

**CRÓNICA DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2010-2011

SALA CUARTA

INDICE SISTEMÁTICO

Introducción

I. DERECHO DEL TRABAJO.

1. ANTIGÜEDAD.

1.1. Antigüedad-Trienios. Relación laboral especial de residentes: RD 1146/06.

1.2. Acceso a Bolsa de Empleo tras despido indemnizado.

2. CESIÓN ILEGAL.

3. CONTRATOS TEMPORALES

3.1. Regla de conversión de contratos temporales en indefinidos

3.2. Contratos por obra o servicio determinado

3.3 Contrato de interinidad (por sustitución y por vacante)

3.4. Contrato por acumulación de tareas

4. CONVENIOS COLECTIVOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

4.1. Ámbito de aplicación.

4.2. Convenios Extraestatutarios.

4.3. Comisión negociadora: composición.

4.4. Extinción de acuerdo laboral "por mutuo disenso".

4.5. Sucesión de convenios y sucesión de empresas. Convenio de aplicación.

5. DESPIDO.

5.1. Despido y lesión del derecho a la integridad física

5.2. Despido disciplinario. Uso incorrecto de ordenado

5.3. Despido objetivo

5.3.1. Requisitos formales

5.3.2. Causas técnicas, organizativas y de producción

5.3.3. Absentismo laboral

6. DIMISIÓN DEL TRABAJADOR.

7. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

8. ELECCIONES SINDICALES: PREAVISO ELECTORAL.

9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

9.1. Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el periodo de prueba

9.2. Extinción del contrato por voluntad del trabajador.

10. EXCEDENCIA VOLUNTARIA

11. HUELGA: PREAVISO.

12. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO.

12.1. Vulneración del derecho al trabajo, del derecho a la intimidad y de la concurrencia entre convenios.

12.2. Normas de derecho necesario relativo: Art 37.3 ET

13. JUBILACIÓN FORZOSA.

14. LIBERTAD SINDICAL.

14.1. Derecho a la negociación.

14.2. Contenido adicional: Derecho al nombramiento de delegado sindical.

14.2.1. Contenido del local a utilizar por los representantes de los trabajadores

14.2.2. Constitución de secciones sindicales en grupo de empresas.

- 14.2.3. Derecho a la información.
- 14.3. Derecho de reunión
- 15. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO.
 - 15.1. Variación de jornada y horario de trabajo.
 - 15.2. Pagas extras de julio y navidad: Modificación unilateral por la empleadora de los periodos de devengo
- 16. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES PARA LA RECLAMACIÓN DE CANTIDADES.
 - 16.1. Reclamación por cantidad no retenida por IRPF por indemnización.
 - 16.2. Reclamación de daños y perjuicios por la empleadora.
- 17. RECLAMACIÓN AL FOGASA.
- 18. RELACIONES ESPECIALES: ACTORES DE DOBLAJE.
- 19. SALARIO.
 - 19.1. Compensación y absorción
 - 19.2. Días de descanso no disfrutados: Forma de retribución.
 - 19.3. Paga de beneficios en el convenio colectivo de la banca privada.
- 20. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.
- II .SEGURIDAD SOCIAL
 - 1. JUBILACIÓN
 - 1.1. Normativa aplicable
 - 1.2. Cálculo de la pensión: determinación de la base reguladora
 - 1.3. Mejoras convencionales
 - 1.4. Responsabilidad de pago: defectuoso encuadramiento
 - 1.5. Jubilación en el RETA
 - 1.6. Jubilación anticipada
 - 1.7. Jubilación parcial
 - 1.7.1. Personal laboral al servicio de la Administración General del Estado
 - 1.7.2. Personal estatutario
 - 1.7.3. Responsabilidad empresarial de pago de la prestación
 - 1.7.4. Cálculo de la base reguladora
 - 2. INCAPACIDAD
 - 2.1. Incapacidad temporal
 - 2.1.1. Determinación de la contingencia
 - 2.1.2. Pago de la prestación: responsabilidad
 - 2.1.3. Mejora convencional
 - 2.2. Incapacidad permanente
 - 2.2.1. Compatibilidad de pensiones en RGSS y RETA
 - 2.2.2. Cálculo de la prestación
 - 2.2.3. Grado de incapacidad
 - 2.2.4. Incapacidad permanente total: no percepción de salarios hasta recolocación
 - 2.2.5. Mejora voluntaria: plazo de prescripción
 - 2.2.6. Indemnización: deportistas profesionales
 - 2.2.7. RETA
 - 3. REINTEGRO
 - 3.1. Prestaciones
 - 3.2. Gastos médicos
 - 4. DESEMPLEO

- 4.1. Fijos discontinuos
- 4.2. Trabajadores a tiempo parcial
- 4.3. Modalidad de “pago único”
- 4.4. Subsidio por desempleo
- 4.5. Devolución de la prestación indebidamente percibida
- 4.6. Incompatibilidad con prestación por IPT
- 5. MATERNIDAD
 - 5.1. Revisión de la base reguladora
 - 5.2. Adopción de hija biológica de pareja de hecho
- 6. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA
- 7. VIUDEDAD
 - 7.1. Parejas de hecho: acreditación
 - 7.2. Separación o divorcio: reconocimiento del derecho
- 8. ACCIDENTE DE TRABAJO
 - 8.1. Determinación de la contingencia
 - 8.2. Indemnización: aplicación del Baremo para accidentes de circulación
 - 8.3. Responsabilidad
- 9. RECARGO DE PRESTACIONES
- 10. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS
 - 10.1. Incompatibilidad entre pensión de invalidez y por hijo a cargo
 - 10.2. Manutención de presos
- 11. PENSIÓN EXTRAORDINARIA A VÍCTIMAS DE TERRORISMO.
- III. DERECHO PROCESAL LABORAL.
 - 1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA:
 - 1.1. Incompetencia en relación con materias que afectan al orden contencioso-administrativo;
 - 1.2. Excepcional competencia en materia de despido en el marco de un ERE;
 - 1.3. Competencia en materia relacionada con cuestiones fiscales;
 - 1.4. Recurribilidad en casación de un auto de la Audiencia Nacional;
 - 1.5. Demanda presentada ante el orden social tras la declaración de incompetencia del contencioso Administrativo.
 - 2. CUESTIONES COMUNES DEL PROCESO:
 - 2.1. Comunicación de que se acude asistido de Letrado;
 - 2.2. No procede la imposición de costas al sindicato que demanda en defensa de los intereses de los trabajadores;
 - 2.3. Excepciones. Caducidad en sanción por falta muy grave;
 - 2.4. Prescripción de acciones empresariales.
 - 3. MODALIDADES PROCESALES:
 - 3.1. Proceso ordinario vs proceso de despido;
 - 3.2. Proceso de conflicto colectivo;
 - 3.3. Impugnación de convenios;
 - 3.4. Proceso especial en materia de conciliación de vida familiar. Citación de personas jurídicas.
 - 3.5. Proceso de tutela de derechos fundamentales
 - 4. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS:
 - 4.1. Litispendencia;
 - 4.2. Interpretación de la exigencia de condena para la ejecución;
 - 4.3. Intereses en ejecución de sentencia.

- 5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN:
 - 5.1. Competencia funcional;
 - 5.2. Afectación general;
 - 5.3. Interposición del recurso de suplicación fuera de plazo;
 - 5.4. Insubsanabilidad de la falta total de consignación de la condena;
 - 5.5. Límites a la revisión del relato fáctico en suplicación.
- 6. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA:
 - 6.1. Personación fuera de plazo;
 - 6.2. Falta de contenido casacional de ciertas pretensiones;
 - 6.3. Contradicción;
 - 6.4. Idoneidad de las sentencia a efectos de casación unificadora;
 - 6.5. Transacción durante la tramitación del recurso.
- 7. RECURSO DE REVISIÓN:
 - 7.1. Legitimación para la interposición de la demanda de revisión;
 - 7.2. Maquinación fraudulenta;
 - 7.3. Vinculación de sentencias penales.

La presente Crónica de la Jurisprudencia de la Sala IV, correspondiente al año judicial 2010-2011, comprende la actividad jurisdiccional de este periodo, que se ha caracterizado por la resolución de un número importante de sentencias dictadas en casación ordinaria, así como por la resolución de relevantes cuestiones en casación unificadora.¹

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

En el concreto terreno del Derecho del Trabajo, y en materia de negociación colectiva y libertad sindical, con independencia de algunos aspectos novedosos, los temas que predominan son los habituales, normalmente vinculados a la interpretación de concretos pactos colectivos respecto a cuestiones diversas, y otros más especiales como el ámbito de aplicación de los convenios, la sucesión de convenios colectivos, o los efectos y requisitos del mutuo disenso para justificar la extinción de un Acuerdo colectivo. Por lo que se refiere al contrato de trabajo, son de destacar las sentencias que abordan la relación laboral especial de los Especialistas de Salud, o sobre el alcance del art. 15.5 del ET, o la que ha analizado el importe indemnizatorio que corresponde por resolución de contrato en caso de empresa concursada. Son de destacar también las sentencias que han abordado la tutela de derechos fundamentales, tales como el derecho a la no discriminación por razón de sexo vinculado con la obligación de las trabajadoras llevar determinado uniforme en una empresa del sector de la sanidad, o la calificación que merece el cese de trabajadora embarazada por no superar el periodo de prueba, o los límites que deben respetar la exigencia de hacer constar en la tarjeta profesional de la construcción la existencia del reconocimiento médico.

En materia de Seguridad Social, como todos los años, la Sala ha dictado algunas sentencias particularmente novedosas. Es de destacar el descenso de pronunciamientos de la Sala IV en materia de Seguridad Social, tendencia que se mantiene en el presente año motivada por la menor cantidad de recursos que se plantean en esta concreta faceta de nuestra rama del Derecho, lo que no ha impedido que se hayan dictado sentencias muy interesantes sobre la

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

Seguridad Social Comunitaria, o sobre la imposibilidad de jubilación anticipada del personal estatutario, o sobre accidente de trabajo. Es de destacar también la sentencia que ha abordado el derecho de los deportistas profesionales a la indemnización legal por extinción de contrato aunque previamente hubieran sufrido accidente de trabajo del que derivó una IPT, así como las sentencias que han estudiado el desempleo de los fijos discontinuos y del trabajador a tiempo parcial. Por último, no podemos dejar de mencionar las sentencias que han abordado la prestación de maternidad de mujer que adopta a la hija de su cónyuge del mismo sexo, o las que han analizado el riesgo durante la lactancia, o sobre la viudedad de las parejas de hecho.

En materia de Derecho Procesal Laboral en el periodo correspondiente a esta crónica la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre temas de particular interés, que van desde la competencia del orden social para conocer de cuestiones relacionadas con expedientes de regulación de empleo no debatidas en vía administrativa, pasando por el alcance del deber de comunicación sobre la asistencia a juicio provisto de letrado, la acumulación, prescripción y caducidad de las acciones, o la citación de personas jurídicas. De otra parte, se repasa y actualiza doctrina en materias como el alcance del proceso de conflicto colectivo y del de impugnación de convenio, la fijación de intereses en ejecución de sentencia, el alcance de la afectación general, o los efectos del error en la fijación judicial del plazo para recurrir en suplicación. Ofreciendo, por último, parámetros que facilitan la correcta configuración del recurso de casación, o de la revisión judicial.

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. Antigüedad

1.1 Relación laboral especial de residentes: RD 1146/06.

La **STS 26-10-2110 (Rc 2836/09)** rechaza la aplicación supletoria del ET art 15.6 para la obtención y retribución de **trienios** en el caso de personal laboral sanitario vinculado con la Administración Sanitaria por la **relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud**, regulada en el R.D. 1146/2006. La sentencia, tras un detallado análisis de la regulación histórica en la materia y de los diferencias pronunciamientos judiciales, analiza el citado RD 1146/2006, que no contempla los trienios entre los conceptos que forman parte de la estructura salarial, estimando que **no existe**, en dicha materia, **laguna** o ausencia de regulación que haya de ser integrada. Por otra parte, la relación analizada tiene una intensísima índole formativa y contornos propios, en la que, además, la antigüedad tiene su propio tratamiento, que consiste en el establecimiento de un salario que se incrementa cada año de docencia en función de la superación de las etapas formativas anuales marcadas. Y aunque existe una **diferencia retributiva** entre el personal fijo y los residentes en formación, está objetivamente **justificada**, pues se asienta en situaciones que no guardan una mínima homogeneidad, puesto que las personas que prestan servicios fijos no

se hallan sujetos a un específico programa formativo como el que resulta de la aplicación del R.D. 1146/2006. En definitiva, **los trienios no se devengan en la relación especial** de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

1.2. Acceso a Bolsa de Empleo tras despido indemnizado.

Se pronuncia la Sala IV, en **STS 23-03-2011 (Rc 2690/10)** sobre una cuestión inédita cual es la **antigüedad a reconocer a los trabajadores, despedidos e indemnizados, en el acceso a la Bolsa de Empleo** en la Sociedad Estatal CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A. Se estima que los actores tienen derecho a ser incluidos en la Bolsa de Empleo, pero no con la misma antigüedad derivada de los períodos de trabajo anteriores al despido cuando por ese período de trabajo perdido ya fueron indemnizados. No es posible computar todo el período trabajado antes del despido, pues ya recibieron una compensación por dicha extinción en función de una concreta antigüedad por lo que no se puede pretender que esa misma antigüedad se la “retribuyan” otra vez computándola como mérito para puntuar en el orden de preferencias establecido en la Bolsa de Empleo. La inclusión en las bolsas de contratación temporal debe hacerse, en el caso de despido previo indemnizado, computando **la antigüedad solo desde el último contrato** y no desde el comienzo de la relación laboral en la empresa.

2. Cesión ilegal

Numerosas sentencias en el periodo acotada por la presente crónica han tenido que decidir sobre la existencia de una lícita contrata o una ilícita descentralización productiva, fenómeno interpositivo de utilización cada día mayor, sobre todo en el ámbito de la Administración Pública. Entre otras, en **SSTS 17-12-2010 (Rc 1673/10, Rc 1647/10, Rc 1655/10, Rc 1656/10, Rc 1814/10, Rc 1815/10, Rc 2093/10, Rc 2094/10, Rc 2114/10, Rc 2120/10, Rc 2412/10); 17-01-2011 (Rc 2082/10; 24-1-11, Rc 1733/10); 25-01-2011 (Rc 1657/10); 26-01-2011 (Rc 1810/10); 16-02-2011 (Rc 2122/10); 28-02-2011 (Rc 2413/10); 09-03-2011 (Rc 3051/10)**, la Sala tras recordar los criterios jurisprudenciales que permiten perfilar y delimitar ambas figuras, declara la existencia de cesión ilegal en la prestación de servicios desarrollada a través de la empresa PC, S.L. para el **Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana**, mediante convenio de contratación administrativa centralizada. Consta en dichas resoluciones que las tareas realizadas por los trabajadores se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, bajo las instrucciones del personal de aquél y utilizando sus medios. Solución que no queda empañada por los términos del contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa cedente. Por similares razones se declara la existencia de cesión ilegal en **STS 27-10-2011 (Rc 1784/10)**, entre TRAGSA y el Organismo Autónomo de Parques Nacionales.

También aprecia la Sala cesión ilegal de trabajadores en **STS 08-03-2011 (Rc 791/10)**, a propósito de una **contrata de servicios**. En el caso, la empresa cedente en absoluto puso en juego su propia organización productiva “puesto que la misma simplemente no existe”, de tal suerte que la empresa de servicios contratista es una mera entidad interpuesta cuya única finalidad es contratar a un determinado número de trabajadores para realizar una parte de la actividad principal de la empresa cesionaria.

Una de las consecuencias que se suelen derivar de la declarada existencia de cesión ilegal, es el planeamiento posterior por parte del trabajador cedido de una reclamación de cantidad interesando las **diferencias habidas entre lo percibido y la retribución resultante del Convenio Colectivo aplicable en la empresa cesionaria**. Uno de estos supuestos es que contempla la **STS 25-01-2011 (Rc 1043/10)**, y en el que la Sala afirma que en estos casos debe analizarse la categoría real con arreglo al Convenio Colectivo de la cesionaria. En efecto, el mandato del art. 43 ET dirigido a las empresas cedente y cesionaria, en función de la opción que el interesado ejercite, no es atribuir una categoría sino que las funciones que haya desempeñado surtan sus efectos, económicos y de todo género en la empresa en la que adquiriera la fijeza o el carácter indefinido, habrá que estar a las efectivamente realizadas y de haber optado por la cesionaria, otorgarle la categoría que en ésta corresponda coincidente o no con la categoría de la empresa cedente.

A propósito también de los efectos que derivan necesariamente de la declara existencia de cesión ilegal, se pronuncia la **STS 25-01-2011 (Rc 1219/10)**, en la que la cuestión suscitada consiste en determinar las **condiciones retributivas** que corresponden a una trabajadora sometida a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fija en la empresa cesionaria, y en concreto si cabe mantener en esta las condiciones salariales superiores que tenía en la empresa cedente. Reitera doctrina anterior -SSTS 25-5-2010 (Rc 3077/09) y 9-12-2009 (Rc 39/09)-, afirmando, en síntesis, que a partir de la opción ejercitada en ejecución de la sentencia que declara la nulidad del despido, los derechos y obligaciones del trabajador no pueden ser otros que **“los que corresponden en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo”**, aunque la antigüedad haya de computarse desde el inicio de la cesión ilegal.

En relación con los efectos de la cesión ilegal y de la opción por la reincorporación en la plantilla de la cesionaria, prosiguiendo la relación realmente existente, establece la **STS 24-11-2010 (Rc 150/10)**, que **los efectos** no pueden producirse sólo a partir del ejercicio de la opción, sino que **se retrotraen a todo el tiempo que haya durado dicha situación**. De tal manera que la reclamación de las diferencias salariales no podrá limitarse a los devengos posteriores a la declaración de la existencia de cesión, sino también **a los anteriores**.

3. Contratos temporales

3.1. Regla de conversión de contratos temporales en indefinidos

Es sabido que con anterioridad al RDL 5/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo, no existía una norma legal mínima contra los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. Así las cosas, y falta de regulación convencional -tal y como admitía el derogado art.15.5 ET- las series de contratos temporales, si todos los contratos de la cadena eran lícitos, no generaban nunca la condición de fijo, sin perjuicio de que, si un contrato fuese fraudulento, por aplicación del art. 15.3 ET, la relación se convertía en indefinida a partir del mismo, anulándose la cláusula temporal incluida en los contratos que se hubieran celebrado posteriormente. La trasposición legal del Acuerdo se materializó en el nuevo art. 15.5 ET. Pues bien, sobre este nuevo panorama normativo es sobre el que deciden la **SSTS 19-07-2010, 9-12-2010, 15-02-2010, 19-04-2011 (Rc 3655/09, 321/10, 1804/10 y 2013/2000)** en las que no se polemiza sobre la concurrencia de los requisitos que la norma exige para adquirir la condición de indefinida – prestación de servicios en el mismo puesto de trabajo y en virtud de contratos temporales (lícitos)-, pero sí sobre la determinación del umbral temporal cuya superación activa la previsión del art. 15.5. ET y, con más exactitud, sobre la retroactividad mínima del mentado artículo, y en particular, cómo ha de interpretarse la disposición transitoria segunda de ésta norma, concluyendo que se toman en cuenta los contratos vigentes o suscritos a partir del 15 de junio de 2006, por lo tanto dichos contratos ya debían contar para computar los 24 meses de prestación de servicios, cumpliéndose en consecuencia los requisitos que la norma contempla para transformar los contratos temporales en indefinidos.

3.2. Contratos por obra o servicio determinado

Sobre la corrección o no de unas contrataciones por obra o servicio determinado llevada a cabo por el Ministerio de Defensa, se pronuncian las **SSTS 20-10-2010 (Rc 3007/09) y 20-01-2011 (Rc 1869/2010)**, concluyendo que no está justificada la temporalidad de los contratos sucesivos suscritos por los demandantes con el Ministerio de Defensa, para la realización siempre de las mismas funciones -traducción e interpretación de una lengua extranjera-, en el marco de una misión militar de largo alcance y duración -aun no concluida-aprobada por el Parlamento Español, y que únicamente se divide en función de la estancia de diversas unidades militares, pero que son parte de la misma misión, para la que de forma continuada han venido prestando servicios los demandantes.

De notable interés es el supuesto que decide la **STS 08-11-2010 (Rc 4173/09)**, a propósito de los **contratos por obra o servicio determinado vinculados a la duración de una contrata**, y en la que la Sala tras reiterar el carácter causal del contrato por obra o servicio, afirma que **no es válida la cláusula genérica que condiciona la duración del contrato por obra o servicio determinado, a la reducción total o parcial del servicio por decisión de la empresa principal**, de ahí que la extinción del contrato con sustento en dicha causa constituye un despido improcedente.

Las **SSTS 17-01-2011 (Rc 721/10)** y **19-01-2001 (Rc 976/10)**, declaran la validez de los contratos por obra o servicio determinado en cada caso suscritos, atendiendo, básicamente, a que la demandada es una **Fundación (FASAD)** que tiene por objeto la atención y protección a personas con discapacidades y/o dependencia, y que se financia solo con cuotas de usuarios y transferencias nominativas de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de Asturias. En efecto, **el programa objeto de contratación**, además de tener tal carácter innovador que, por si mismo, evidencia casi objetivamente su **autonomía y sustantividad respecto de las actividades básicas de la Fundación** empleadora, **se financia** solamente **con** aquellos **excedentes**, si los hubiera, **de los fondos que percibe la empresa de los programas de formación ocupacional**, resultando aplicable, por tanto, el art. 20 del Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención de Personas con Discapacidad, que autoriza la celebración de contratos para obra o servicio determinado cuando los servicios en cuestión sean, cual es el caso, de renovación incierta (por no ser un servicio básico o esencial, sino ocasional y complementario), o su duración no se conozca con seguridad.

3.3. Contrato de interinidad (por sustitución y por vacante)

Recuerda la **STS 10-05-2011 (Rc 2588/10)** que la causa de extinción del contrato de interinidad prevista en el RD 2720/1998 art. 8.c). 3ª refiere “la extinción de la causa que dio lugar a la reserva”, no obstante, **la “duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva”** -art. 4.2.b)-. Así se considera despido la extinción de un contrato de interinidad de una trabajadora contratada para sustituir a compañera que se encuentra en IT por contingencia común y que sin solución de continuidad inicia periodo de descanso por maternidad, porque **el contrato no contemplaba como causa generatriz la “causa de reserva”** (hipotéticamente la IT), **sino la de la propia “reserva”** y mientras la misma se mantuviese, y como efectivamente se mantuvo -sin solución de continuidad-, por eso mismo y porque persiste “la ausencia del trabajador sustituido” (art 4.2.b), no llegó a producirse la extinción del contrato con el alta médica y la consiguiente finalización de la IT.

Sobre la interpretación y aplicación de la Disposición Transitoria 16ª de la L4/2008 de la Función Pública Gallega, introducida por la L 13/2007 de 27 de julio de la Comunidad Autónoma de Galicia y refundida luego en la Disposición Transitoria 14ª del Decreto Legislativo 1/2008, se pronuncian diversas sentencias en el periodo acotado por la presente crónica, dictadas las iniciales por el **Pleno o Sala General**, entre ellas, **SSTS 01-02-2011 (Rc 899/10)**, **02-02-2011 (Rc 346/10)**, **02-02-2011 (Rc 548/10)**, **03-02-2011 (Rc 142/10)**, **03-02-2011 (Rc 167/10)**, **14-03-2011 (Rc 223/10)**, **15-03-2011 (Rc 2195/10)**, **17-03-2011 (Rc 341/10)**; en las que se viene dirimir el **alcance temporal de la reserva de plazas para el proceso selectivo extraordinario** previsto en la disposición controvertida, pues de la respuesta que se dé a tal cuestión depende la calificación del cese de los trabajadores que han demandado en los litigios de referencia. Así, si se considera que la reserva afecta a los concursos ya convocados en el momento de la entrada en vigor de

la L 13/2007 los ceses han de considerarse despidos improcedentes, en caso contrario la calificación que corresponde es la de extinciones lícitas al amparo del ET art. 49.1.b). La Sala IV desestima las demandas, afirma al efecto que si bien la realización del proceso selectivo extraordinario para la sustitución de empleo interino por temporal que prevé la norma legal sólo es factible, tras la entrada en vigor de la L 13/2007, por lo tanto, los procesos de selección de personal laboral iniciados con anterioridad -como acontece en los casos enjuiciados- no podían verse afectados, al menos en el momento de su iniciación, por la reserva establecida en un precepto posterior; es lo cierto que **las disposiciones de nombramiento de titular para las plazas en disputa y consiguiente cese de los actores en el desempeño de las mismas son en verdad posteriores a la entrada en vigor de la L 13/2007**, y resultan ser la consecuencia “no solo lógica sino también legalmente inevitable y exigible” de un proceso de selección que se había convocado en 2006 para una relación numérica de plazas vacantes, cuya concreción o especificación había de producirse necesariamente una vez culminado el concurso de méritos.

3.4. Contrato por acumulación de tareas

Reitera doctrina tradicional la **STS 25-01-2011 (Rc 658/10)**, en orden a los requisitos de la contratación temporal de plena aplicación al caso, en el que, el actor había concertado con la **empresa contrato temporal por acumulación de tareas**, siendo el objeto consignado “tareas técnicas”, no obstante lo cual “ninguna especial necesidad productiva podía concurrir en el momento de la contratación, cuando el trabajador fue en realidad durante casi siete meses el único profesional con categoría de técnico de que disponía la empresa”. Es decir, **ni se expresó adecuadamente las labores que eran objeto de un incremento que necesitara de una provisión temporal, ni los servicios prestados lo fueron para atender una necesidad superior a la normal de la empresa**, como lo evidencia que durante siete meses el actor fue el único técnico de la ciudad de Huelva.

4. Convenio colectivo y negociación colectiva

4.1. Ámbito de aplicación.

La **TS 24-02-2011 (Rc 1764/10)**, se pronuncia sobre el convenio colectivo aplicable, en el marco de los **transportes por carretera**, cuando la empresa tiene domicilio social en provincia distinta a la del convenio que el trabajador solicita que se le aplique y, pese a ello, la prestación de servicios se desarrolla íntegramente fuera de dicha provincia, resultando que en los contratos se hizo constar el convenio colectivo del lugar del domicilio social de la empresa. En el caso, es la efectividad de la actividad laboral en el ámbito geográfico elegido el elemento determinante de la propia negociación y así se plasma en los convenios colectivos provinciales en liza, por lo que es el **“centro de trabajo”** el factor decisivo para fijar la aplicabilidad de la norma paccionada, configurado como unidad simple, en donde se efectúa la actividad empresarial. Consistiendo ésta en el transporte de viajeros por carretera, es de

aplicación el convenio colectivo **del lugar de inicio y final de trayecto**, aunque allí, formalmente, la empresa no tenga centro de trabajo.

Asimismo, la **STS 31-3-2011 (Rc 132/10)** conoce de la interpretación de un acuerdo colectivo que declara que en las relaciones de trabajo había de regir el convenio colectivo vigente y aplicable en otra unidad de negociación. El convenio de remisión ha sido renovado en diversas ocasiones y se plantea si **las condiciones de trabajo han de ser las previstas en el convenio inicial o en las renovaciones sucesivas del mismo**. La sentencia entiende que el reenvío a la regulación convencional debe ser **"dinámica"** y no **"estática"** o **"inmutable"** al convenio inicial. En los supuestos de transmisión de empresa, el ET 44.4 limita el alcance temporal del convenio colectivo de origen hasta la entrada en vigor de otro convenio nuevo, sin embargo, de manera expresa, esta norma legal no impide el pacto colectivo específico en contrario. Y tal condición tiene el acuerdo colectivo analizado, que no ha sido denunciado ni por la empresa ni por los representantes de los trabajadores, y por consiguiente ha mantenido en vigor. Por tanto, salvo que se hubiera **acordado la pervivencia indefinida** del convenio inicial, lo que no ha ocurrido, la remisión ha de ser entendida al vigente en cada momento.

4.2. Convenios extraestatutarios

La **STS 9-3-2011 (Rc 118/10)**, analiza con carácter previo a la cuestión de fondo planteada -solicitud de nulidad de determinados puntos del anexo y del acuerdo de 24 de octubre de 2001, por el que se regulan los órganos de consulta **y participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales** en la empresa demandada, que es una entidad bancaria de ámbito nacional- la competencia de dicho acuerdo para regular la organización de la participación de los trabajadores en la prevención de la empresa. Tras recordar las diferencias entre los convenios colectivos estatutarios y los extraestatutarios, se examina la **competencia que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales** otorga a la **negociación colectiva** en lo relativo a la participación de los trabajadores en materia preventiva. Y si bien deja un amplio margen se estima que estas previsiones van **referenciadas** exclusivamente a los convenios **colectivos estatutarios**. La razón estriba, en que existen determinadas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, puesto que afecta a todos los trabajadores y requiere una **regulación uniforme**, y entre estas materias se incluye la participación de los trabajadores en la prevención de los riesgos laborales. Asimismo, se califica como **convenio extraestatutario** el Acuerdo analizado pues no consta que haya sido tramitado ni aprobado como convenio estatutario ni tampoco que haya sido inscrito u objeto de publicación oficial. En conclusión el Acuerdo es nulo pues no es un instrumento adecuado para sustituir la regulación legal, al tratarse de materia que requiere una ordenación dotada de eficacia personal general y eficacia jurídica normativa.

4.3. Comisión negociadora: composición.

La **STS 19-11-2010 (Rc 63/10)**, dictada a propósito de la **composición de la comisión negociadora** de un convenio colectivo, reitera que el sistema aritmético vigente es el que responde al de **proporcionalidad** con los resultados electorales obtenidos por cada sindicato en los puestos de representantes unitarios de los trabajadores. Dicho sistema consiste en dividir el número de representantes de los trabajadores establecidos en la Empresa entre el número de puestos de la parte social en la Mesa de Negociación. El cociente sirve para otorgar los puestos en la Mesa Negociadora dividiendo por dicho cociente el número de representantes obtenido por cada sindicato. Una vez establecidos estos resultados, si quedaran vacantes en el órgano de negociación se atiende a **los llamados "restos"**, dentro de los cuales pueden entrar incluso los Sindicatos que no alcanzan el mínimo preciso para la adjudicación directa. Esto es, el número de enteros del cociente así obtenido permite la adjudicación directa de puestos en la comisión, adjudicándose luego las vacantes restantes por el orden de mayor a menor cociente decimal restante.

Criterio análogo mantiene la **STS 11-04-2011 (Rc 151710)**, al señalar que la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta debe aplicarse también para la composición de la mesa para la negociación de un convenio colectivo del sector. Se aplica, por tanto el criterio de proporcionalidad, con presencia necesaria de los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos. Esta es la única forma de calcular adecuadamente la representatividad real de los diferentes sindicatos, quienes ostentarían tantas plazas como les corresponda proporcionalmente, salvo que alguno de los sindicatos, considerados más representativos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la LOLS, no alcanzaran plaza por representatividad directa, en cuyo caso les correspondería ocupar la plaza del sindicato, que hubiera alcanzado directamente plaza con el menor número de representación.

4.4. Extinción de acuerdo laboral "por mutuo disenso".

Se impugna la decisión empresarial, de carácter unilateral, por la que se deja de cumplir o sin efecto un acuerdo laboral suscrito entre la dirección de la empresa y los comités de empresa, en relación con el derecho de los trabajadores a que los asuntos disciplinarios y antes de adoptar medidas sancionatorias se traten previamente en la Comisión Disciplinaria prevista en el citado Acuerdo. La **STS 20-1-2011 (Rc 93/10)**, tras rechazar la excepción de litis consorcio pasivo necesario, confirma la estimación de la demanda al entender que la **resolución de un acuerdo por "mutuo disenso"** que determina la extinción por una ineficacia por causa sobrevenida, requiere, inexcusablemente, bien una **manifestación conjunta y expresa** de ambas partes, bien la **"concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca"**. Y estas circunstancias no concurren en el caso analizado en el que existe una conflictividad real, actual, efectiva y exteriorizada, derivada del incumplimiento por parte empresarial del Acuerdo Laboral suscrito.

4.5. Sucesión de convenios y sucesión de empresas. Convenio de aplicación.

La **STS 12-04-2011 (Rc 132/10)**, efectúa un completo análisis de la doctrina existente en relación con los criterios de **interpretación de los convenios colectivos** y de los existentes para determinar el convenio de aplicación en los supuestos de sucesión de empresas y ello a los efectos de establecer el aplicable a los trabajadores de una empresa que se fusionó por absorción de otra, que absorbió a aquel colectivo. Esta doctrina supone que la **subrogación empresarial** solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración; Dicha obligación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad; el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, y la subrogación **no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo** previstas en el Convenio Colectivo que la empresa trasmisora aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador; el convenio en fase de **ultraactividad** sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Por tanto, la empresa adquirente está obligada a respetar para los trabajadores subrogados provenientes de las otras empresas del grupo absorbidas, el convenio colectivo que regia las relaciones de trabajo en cada una de ellas y se encontraba en fase de ultraactividad en la fecha de la transmisión. **La obligación subsiste, salvo pacto en contrario** establecido tras la transmisión mediante acuerdo de empresa alcanzado entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores.

5. Despido

5.1. Despido y lesión del derecho a la integridad física

La Sala IV tiene declarado que la “enfermedad no puede considerarse con carácter general como causa o motivo de discriminación...pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo”. Sin embargo, en el supuesto decidido en **STS 31-01-2011 (Rc 1532/10)** afirma la Sala que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse lesiva para el derecho a la integridad física del art. 15 CE y conduce a declarar la nulidad del despido.

5.2. Despido disciplinario. Uso incorrecto de ordenador

Decide la **STS 08-03-2010 (Rc 1826/10)**, un despido disciplinario con ocasión del uso por parte de un trabajador, para fines particulares, de los

medios informáticos facilitados por la empresa, centrándose el debate en la posible **existencia de una prueba obtenida ilícitamente** al vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador, no constando la existencia de reglas para el uso de dichos medios ni la previa advertencia por parte de la empresa de medidas de control del uso de aquellos. Tal debate se aborda desde la óptica de la compatibilidad del control empresarial con el derecho del trabajador a la intimidad personal y, como no podía ser de otro modo, la Sala efectúa con carácter previo un amplio recorrido por la doctrina de Tribunal Constitucional en materia de los derechos fundamentales que los trabajadores ostentan en las empresas, tras lo cual la sentencia basa su iter argumentativo sobre el anterior pronunciamiento de la Sala -STS 26-09-2007 (Rc 966/06)-, que ha pasado a convertirse en un pronunciamiento de referencia y el uso de sus consideraciones como criterio base del razonamiento. Pero, a diferencia del supuesto anterior, **en el presente caso la auditoria se ha dirigido a averiguar la utilización por parte de todos los empleados de la empresa de los ordenadores de la misma, a través de una terminal conectada a un servidor**. Partiendo de lo anteriormente expuesto y no constando que la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de los medios informáticos, ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores que se iba a proceder al control y los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, la conclusión alcanzada es la de que la auditoria interna llevada a cabo supone una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador y en consecuencia la prueba así obtenida carece de virtualidad en orden a justificar el despido llevado a cabo.

5.3. Despido objetivo

5.3.1. Requisitos formales

Como es sabido, el RDL 10/2010, de 16 de junio, ha modificado los arts. 53.4 del ET y art. 122.3 LPL; a propósito de la calificación judicial que merecen las extinciones objetivas en los supuestos en los que se hubiesen efectuado sin cumplir las exigencias formales, sobre todo si se comparaba la previsión con los despidos disciplinarios. Es por ello que el legislador ha estimado conveniente una modificación de los efectos del despido objetivo de forma que el incumplimiento de requisitos formales conduce a la declaración de improcedencia del despido. En el periodo acotado por la presente crónica, en **STS 01-07-2010 (Rc 3439/09) y 30-09-2010 (Rc 2268/09)**, se abordan, precisamente, unos despidos comunicados por las empresas en los que aludían a “causas objetivas” y se citaba el ET art. 52 c), con reconocimiento no obstante de improcedencia, si bien, se trata de supuestos anteriores a la reforma legal operada en esta materia, de ahí que se trate de una doctrina con vida efímera. Y la Sala concluye que el **defecto en la precisión de la causa** debe ser sancionado con la nulidad, y, por ello, el reconocimiento de la empresa de la dificultad de prueba de dicha causa en ningún caso puede convertir en improcedente el despido. Por lo tanto, el despido objetivo ha de ser calificado como nulo por incumplimiento de los requisitos de forma.

Por el contrario en **STS 01-07-2010 (Rc 3439/09)** se **rechaza la nulidad del despido por causas objetivas**, si el defecto invocado es **la falta de puesta a disposición de la cantidad objeto de indemnización**, cuestión a la que la Sala de lo Social da una respuesta negativa por cuanto que el texto legal cuya infracción se denuncia -ET art. 53.1.b)- no emplea el término entrega sino el de puesta a disposición, lo que significa que en cualquier momento inmediato en el que el trabajador recabe la entrega por cualquiera de los medios de pago legalmente admitidos, la cantidad deberá estar a su alcance. Y en el caso, la cantidad se depositó en el Juzgado lo que evidencia la clara voluntad y sin reservas de la demandada de desprenderse de la cifra indicada con destino al patrimonio de la demandante.

Respecto de los requisitos de forma del despido objetivo económico, la **STS 7-3- 2011 (Rc 2965/10)** determina el alcance de la previsión contenida en el art. 53.1 c) ET -- en la versión vigente en el momento de los hechos, es decir, la anterior a la introducida por la Ley 35/10 de 17 de septiembre--, que exige entregar una **copia de la comunicación del despido a los representantes de los trabajadores**. La omisión de dicho trámite provocará la nulidad del despido objetivo.

5.3.2. Causas técnicas, organizativas y de producción

De interés es la **STS de Pleno de 29-11-2010 (Rc 3876/09)**, a propósito de un despido objetivo con sustento en **causas técnicas, organizativas y de producción**. La situación fáctica es la siguiente: la empresa demandada explotaba en arriendo un local dedicado a juegos recreativos propiedad de ADIF en la estación de Sants en Barcelona, arriendo que no se renueva por dar comienzo las obras de ampliación de la estación, con lo que la empresa ha debido de cesar su actividad en el centro, aunque la continúa en otros. Por tal causa el trabajador es despedido, alegándose amortización del puesto de trabajo e invocándose el art. 52.c) ET. Para resolver tal cuestión, la Sala IV recuerda que las “causas técnicas, organizativas o de producción” requieren la acreditación de que el despido contribuye a “superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa... a través de una mejor organización de los recursos, y que el término “dificultades”, que el ET art. 52 c) utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por tales causas, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad, y en el momento del despido. Así las cosas y atendiendo a la citada doctrina resulta de muy difícil justificación la “necesidad de amortizar” un determinado puesto de trabajo cuando -como en el caso objeto de litigio- en la misma empresa existen numerosas vacantes o se van a crear otros puestos, y simultánea o posteriormente pasan a cubrirse con la contratación de nuevos trabajadores. De tal suerte que tal decisión -amortizar un puesto y a la vez cubrir muchos otros muchos vacantes o de creación *ex novo* no se presenta como una medida racional, sino más interesada -aunque justificada- decisión empresarial, que no se ajusta al ya referido requisito de inextinguibilidad del cese por imperativos de la producción o por la adecuada gestión de la empresa, sin que, en todo caso, resulte exigible acreditar la imposibilidad o dificultad de encontrar otro local.

5.3.3. Absentismo laboral

La **STS 09-12-2010 (Rc 842/10)**, resuelve una duda interpretativa que plantea el término “**meses**” obrante en el ET art. 52 d) que, como es sabido, regula una de las modalidades de despido por causas objetivas, a saber, despido objetivo por absentismo laboral, ya que ni en el ET ni en el resto de la legislación reguladora de las relaciones laborales, existe precepto alguno que dé la solución. Y la Sala IV opta por **aplicar el art. 5 CC**, pues aún cuando los espacios temporales que establece son plazos, es lo cierto que es más acorde con la finalidad del ET art. 52 d) que computar los meses naturales, pues de aplicar este último criterio determinados días de falta de asistencia al trabajo quedarían fuera del cómputo, cuando la falta de asistencia al trabajo se produce en los días finales de un mes y primeros del siguiente, en cuyo caso los últimos no se computarían. En definitiva, **el cómputo del periodo del mes, ha de efectuarse de fecha a fecha y no por meses naturales.**

5.4. Despido improcedente y derecho de opción

Sobre el **derecho de opción y los candidatos electorales** se pronuncia la **STS 28-12-2010 (Rc 1596/10)**, en relación a quién corresponde el derecho de opción por la readmisión o la indemnización en el despido improcedente de un trabajador, cuando en el momento del despido a la empresa le constaba que iba a presentarse como candidato a las elecciones sindicales, resultando el pronunciamiento **ciertamente novedoso** ya que, hasta ahora, nuestros Tribunales habían extendido el derecho de opción de los representantes de los trabajadores a los candidatos presentados o proclamados y posteriormente elegidos, pero en el supuesto examinado **el trabajador aún no había sido formalmente presentado como candidato**, ya que tal presentación se produce veinte días después del despido, no obstante lo cual el TS mantiene que aún cuando al tiempo del despido no reunía el trabajador la condición de candidato “el hecho de que la empresa conociera la intención del actor de presentarse a las elecciones... nos obliga a concretar que la protección que el ET art. 56.4 da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral esté iniciado, la empresa conozca su condición de candidato y haya sido elegido tras el cese”. Asimismo en esta sentencia se resuelve, aún indirectamente, otra cuestión que también viene siendo polémica, la de que no existe impedimento alguno para ser candidato por el hecho de que en fechas anteriores a la presentación de la candidatura el trabajador haya sido despedido.

5.5. Efectos económicos del despido y salarios de tramitación

La cuestión nuclear que se suscita en la **STS 27-12-10 (Rc 1751/10)**, consiste en determinar en el supuesto de declaración judicial de existencia de relación laboral, **qué salario debe tomarse en cuenta para calcular la indemnización por despido improcedente**, el que la trabajadora venía percibiendo realmente en el momento del cese, o el que debía percibir con

arreglo al convenio de aplicación en la empresa, optando la sentencia por esta última solución. Recuerda al efecto que es «en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley... una reclamación inadecuada», **«el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa»**.

Y en cuanto a los **salarios de tramitación derivados de la falta de preaviso**, la **STS 01-07-10 (Rc 3439/09)**, declara que no procede deducir de la cantidad adeudada en concepto de salarios de tramitación la correspondiente a la omisión del preaviso en los despidos objetivos. Y ello por una aplicación gramatical, lógica y sistemática de lo que dispone el art.123.2 LPL, y porque se trata de cantidades que se corresponden con situaciones dispares, una vigente aún el contrato de trabajo y otra una vez ya extinguido.

En la **STS 04-11-2010 (Rc 126/09)**, se dirime la cuestión relativa a **decidir hasta qué fecha se extiende la obligación de abono de los salarios de tramitación**, si la de **la notificación de la sentencia o la de la notificación del auto aclaratorio** de la misma. Lo cierto es que una interpretación literal del ET art. 56.1.b) conduce inexorablemente a entender que “hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia”. Por el contrario, una interpretación sistemática, conduce a solución distinta, atendiendo al lugar que, jurídicamente hablando, corresponde asignar al Auto de aclaración de la sentencia. La sentencia opta por esta última solución. En efecto, el Auto de aclaración de una sentencia no es más que una prolongación de la misma, la subsanación de una omisión o de un defecto de expresión o de un error material, y por ello forma unidad indisoluble con la sentencia que aclara, la cual no puede considerarse, en puridad, correctamente emitida hasta que dicha aclaración ha sido satisfecha. **Por ello la regla general debe ser que los salarios de tramitación deben extenderse hasta la notificación del Auto aclaratorio de la sentencia.**

La regla general de que los **salarios de tramitación** alcanzan hasta la notificación de la sentencia que declara por primera vez la improcedencia del despido no tiene carácter absoluto, sino que es objeto de matizaciones, entre ellas, la referida a los **trabajadores fijos discontinuos**. Las **SSTS 23-03-2011 (Rc 2199/10) y 04-04-2011 (Rc 2175/10)**, en las que, la cuestión planteada consistió precisamente en determinar cómo debía calcularse el importe de los salarios de tramitación en un despido improcedente, cuando se trata de un trabajador fijo discontinuo, si hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido o, por el contrario, hasta la fecha en que haya finalizado la temporada para la que fue contratado el trabajador, optando el TS por esta última solución. Recuerda al efecto que cuando se trata de la extinción de los contratos temporales, los salarios de tramitación sólo se adeudan hasta el día en que el contrato temporal debió extinguirse por causa legal o convencional que produzca su correcta extinción, solución aplicable por analogía a los trabajadores fijos discontinuos. Por lo tanto, para este tipo de trabajadores los salarios de trámite se adeudan hasta la fecha de notificación

de la sentencia que declara la improcedencia del despido, salvo que antes finalice la temporada que motiva la contratación, supuesto en el que se adeudan sólo hasta ese día.

La cuestión jurídica planteada en la **STS 15-09-2010 (Rc 4565/09)**, es la referida a determinar los efectos que la **incapacidad temporal** ha de tener sobre el abono de **los salarios de tramitación**, concluyendo que la obligación de abonar los mentados salarios es inexistente en los supuestos de trabajadores con contratos suspendidos, aplicándose, como es el caso, cuando durante la tramitación de un procedimiento por despido, el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal. Como es de ver, la raíz de esta excepción radica en la función compensatoria de los salarios de trámite.

La previsión del ET art. 56.2 en lo concerniente a la **paralización de los salarios de tramitación**, sigue provocando pronunciamientos por parte de la Sala para perfilar en qué concretos supuestos se activa dicha previsión estatutaria y en cuáles no. En el que contempla la **STS 14-09-2010 (Rc 3199/09)**, la Sala afirma que no se paralizan los salarios de tramitación en la fecha del depósito llevado a cabo después de las 48 horas siguientes al despido, pero antes de la conciliación, cuando en dicha fecha únicamente se consigna el importe de la indemnización correspondiente al despido, sin incluir también el importe de los salarios de trámite desde la fecha del despido hasta ese día.

6. Dimisión del trabajador

A propósito de la dimisión del trabajador y la posibilidad de retractarse de pronuncia la **STS 01-07-2010 (Rc 3289/09)**, dando una **solución novedosa** en relación a lo que ha constituido la doctrina tradicional de la Sala, previa a la unificación de doctrina, y en la que se vino a establecer que una vez comunicada la **dimisión del trabajador**, no cabe **retroacción posterior**, al haber causado estado como acto generador de derechos a terceros. Ahora bien, tras la STS 07-12-2009 (Rc 210/09) afirma la Sala IV que no existe razón para que igual solución se adopte en el caso de que la decisión extintiva y su posterior rectificación sea adoptada por el trabajador, al tratarse de la misma manifestación subjetiva de idéntico fenómeno del “desistimiento legal”, en tanto que excepción a la regla general de indisponibilidad del contrato por una sola de las partes –CC art. 1256. En definitiva, la Sala considera que **es despido no aceptar la retractación llevada a cabo por el trabajador durante el periodo de preaviso si con ello no se le causa un perjuicio al empresario**.

7. Discriminación por razón de sexo

La **STS 19-04-11 (Rc 16/09)** declara que la **práctica empresarial consistente en imponer a las trabajadoras** -enfermeras o auxiliares de enfermería que prestan servicios para la empresa en sus hospitales en planta y consultas externas- **a que vistan un uniforme** consistente en cofia, delantal con peto, falda y medias, **sin posibilidad de opción por el pijama sanitario que visten los hombres** de las mismas categorías y servicios y otras

enfermeras y auxiliares de otros departamentos, carece de justificación objetiva y racional y resulta **contraria al principio de no discriminación por razón de sexo** que se contiene en el art. 14 CE. Y ello porque si bien ese uniforme tradicional es totalmente digno, no vulnera el derecho a la intimidad ni a la propia imagen y sería plenamente lícita la eventual decisión individual de las trabajadoras que libremente optasen por esa vestimenta, lo cierto es que los indicios de distinción por razón de sexo, -imposición al colectivo de mujeres trabajadoras afectado de una determinada vestimenta- supone una actitud empresarial que no resulta objetivamente justificada. Se estima que no es proporcional la medida en relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, ni tampoco necesaria pues la uniformidad pretendida de los empleados, de cara al exterior, se conseguiría igualmente con el pijama sanitario.

8. Elecciones sindicales: preaviso electoral.

En la **STS 09-02-2011, (Rc 3369/09)**, se plantea si **promovidas elecciones sindicales**, en la Consejería de Educación, deben existir **dos preavisos electorales independientes** puesto que hay dos colectivos diferentes-profesores de religión católica y otros trabajadores- o bien uno solo dado que el centro de trabajo es único. Se estima que no es de aplicación el Convenio Colectivo para el personal laboral, a los **profesores de religión católica** quienes se rigen en los aspectos fundamentales de su relación por disposiciones singulares y específicas con suficiente rango normativo. Por otra parte, las normas que rigen la convocatoria de elecciones, de modo especial la Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987 de 12 de Junio por tratarse de órganos de representación del personal al servicio de una Administración Pública, configuran el centro de trabajo a efectos electorales en donde se combinan territorialidad y unidad de dependencia con una excepción, la falta de pertenencia a un mismo convenio colectivo. Tras una interpretación literal del citado precepto, concluye la Sala IV que debe efectuarse un preaviso independiente para los profesores de religión al **no estar sujetos al convenio colectivo del resto del personal laboral**.

9. Extinción del contrato de trabajo

9.1. Extinción del contrato de trabajo de trabajadora embarazada durante el periodo de prueba

Relevante es el pronunciamiento recaído en la **STS de Pleno de 18-04-2011 (Rc 2893/10)** a propósito de la extinción del contrato en período de prueba de trabajadora en estado de gravidez. La protección a dispensar en estos casos es la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, sin que sea aplicable la nulidad objetiva fijeza para el despido. Así pues, cuando el cese de trabajadora embarazada se produce por no superación del periodo de prueba, el despido solo podrá ser nulo si dicho cese vulneró derechos fundamentales, y no cabe declarar la nulidad automática u objetiva que contempla el art. 55.2 b) ET. En palabras de la citada Sentencia:

"durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas." Y, en el caso, hay falta de indicios, la empresa no conocía el embarazo.

9.2. Extinción del contrato por voluntad del trabajador

Recuerda la **STS 09-12-2010 (Rc 3762/09)**, que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria –exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o **trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET**, partiendo de un criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTS 25-1-1999 (Rc 4275/97); y 26-6-2008 (Rc 2196/07), en obiter dicta)", y ello con independencia de que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica. En el caso, se aprecia dicha gravedad al producirse retrasos en el pago durante un largo espacio de tiempo -seis meses-.

No se polemiza en la **STS 17-1-2010 (Rc 4023/09)** sobre el hecho de que en el caso allí contemplado, el incumplimiento empresarial -falta de pago del salario durante más de seis meses y dos pagas extraordinarias- constituye causa bastante para que prospere la acción resolutoria ex ET art. 50.1. b), al tratarse de un retraso grave y culpable, continuo y persistente. La cuestión a dilucidar quedó, no obstante, constreñida a determinar la **viabilidad de la acción al haber dejado el demandante de asistir al trabajo antes de presentar la demanda**, dando la sentencia una respuesta positiva. Razona al respecto que la propia jurisprudencia ha contemplado la posibilidad de que tal permanencia en el puesto de trabajo pueda haberse interrumpido poco antes de entablarse la acción resolutoria, siempre que el incumplimiento empresarial del que se trata genere una situación insoportable para el mantenimiento del vínculo, en cuyo caso se entiende como justificado el hecho de que el trabajador pueda haber cesado en la prestación del servicio sin que ello suponga dimisión o ruptura de la relación laboral, siendo el supuesto analizado una de esas situaciones excepcionales, por cuya virtud la relación laboral cuya resolución se está pretendiendo se mantenía vigente en el momento de entablarse la demanda, toda a vez que lo estaba aún a la hora de postularse la conciliación previa, e incluso en el acto de conciliación sin efecto en el que el actor comunica que dejaría de asistir al puesto de trabajo.

10. Excedencia voluntaria: prórroga

La cuestión que se aborda en la **STS 23-07-2010 (Rc 95/2010)** va referida a determinar si tiene derecho a **la prórroga de un periodo de excedencia voluntaria** el trabajador que ha obtenido la misma por un periodo de 30 meses y pretende que, sin reincorporarse a la empresa, se le conceda prórroga por un periodo igual de tiempo. Recuerda la sentencia que la excedencia voluntaria constituye un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo que, al igual que los demás supuestos de suspensión reflejados en el ET art. 45 constituye una alteración de la normalidad laboral y como tal alteración exige que las normas que regulan su ejercicio sean interpretadas en su estricto sentido. Así las cosas, no es dable aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar la prórroga de la ya reconocida con anterioridad, lo que equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuidad de la primera.

La única cuestión que se decide en la **STS 24-02-2011 (Rc 1053/10)** es la de resolver acerca de la trascendencia que cabe otorgar a la previsión convencional de que la persona que solicita el **reingreso tras un periodo de excedencia voluntaria** formule su solicitud con una antelación prefijada en la norma colectiva. En el caso, se trata de interpretar el alcance de los términos en los que está redactado el art. 52 párrafo 4º) del Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal que exige **solicitar el reingreso con una antelación** al menos de **treinta días** antes de su finalización. La Sala IV rechaza que del incumplimiento del meritado plazo de preaviso se derive la pérdida del derecho al reingreso. Por lo pronto, el precepto convencional en liza no revela cuál sea la consecuencia de tal omisión y la ausencia de otras previsiones no permite presumir como tal la más grave, por otro lado, procede aplicar el principio de derecho que obliga a que deba ser objeto de interpretación restringida la norma limitativa de derechos. Así las cosas, la única consecuencia que puede derivar de dicho incumplimiento es una moratoria para la empresa equivalente a dicho plazo, y desde luego siempre que la solicitud se efectúe antes de finalizar la excedencia concedida.

11. Huelga: Preaviso

El art. 28 de la CE establece el carácter fundamental del derecho de huelga, pero no lo define como tampoco lo hace el RD Ley de 4 de marzo de 1977. De ahí que el TC en sentencia de 8 de abril de 1981, mediante una definición amplia, configura la huelga como una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, **consistiendo el contenido esencial del derecho de huelga en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir**. Partiendo de estas

premisas la **STS 25-01-2011 (Rc 72/10)** afirma que el paro convocado, que supuso una alteración colectiva de trabajo como medida de presión o protesta, bien puede ser calificado de huelga. Ahora bien, el ejercicio del derecho de huelga tiene que **respetar el resto de derechos y bienes protegidos por el ordenamiento jurídico**, siendo necesario preservar otros bienes que puedan resultar afectados, en especial los servicios esenciales para la comunidad - entre los cuales figura el transporte ferroviario-. Esto exige a los convocantes una **comunicación al empresario** (art. 3.3. RDL 17/1977) a fin de que esté advertido, pueda llegar a un acuerdo que evite en la huelga ya convocada y organizar servicios mínimos, y a la autoridad laboral, para asegurar la publicidad de la huelga y garantizar los intereses públicos afectados, máxime en empresas de servicios públicos. Dado que en el supuesto analizado no se cumplió con el requisito de comunicación preavisada al empresario se declara la ilegalidad de la huelga.

12. Impugnación de convenio colectivo.

12.1. Vulneración del derecho al trabajo, del derecho a la intimidad y de la concurrencia entre convenios.

La **STS 27-10-2010 (Rc 53/09)** se pronuncia sobre la **impugnación** de determinados preceptos del **IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción** (BOE 17/8/07), denuncia que se articula a través de tres bloques normativos. Para el primero, relativo a la limitación del derecho al trabajo, se estima que la **tarjeta profesional de la construcción**, es un documento que tiene la **finalidad de “acreditar**, entre otros datos, **la formación específica del sector** recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales; los titulares de esta tarjeta son los trabajadores, que podrán solicitarla o no y que la mantienen en su poder y no es la única forma de acreditar la formación. Se rechaza la afirmación de que dicha tarjeta suponga el establecimiento de una forma de habilitación de la contratación laboral que impida que sean contratadas las personas que no estén en posesión de la misma. Y ello porque la finalidad de la tarjeta se limita a acreditar la formación específica en el sector en materia de prevención de riesgos y **no se regulan ventajas**, sino mejores condiciones de accesibilidad al empleo por parte de quienes ya han prestado servicios en la Construcción, pero **no da ningún derecho exclusivo o preferente a la contratación**. Ahora bien, se declara la nulidad de la DT 4ª del Convenio, en la medida en que **pretende imponer que paulatinamente** todos los trabajadores sean titulares de la tarjeta profesional, lo que iría contra el derecho al trabajo, pues dicha limitación debería estar establecida por la ley en virtud de la reserva constitucional. En segundo lugar, y en relación con la función de la tarjeta para acreditar que su titular ha sido sometido a los **reconocimientos médicos previstos** en el Convenio y con la aportación entre la documentación precisa para la obtención de la tarjeta profesional de los certificados relativos a los reconocimientos médicos expedidos, se analiza el contenido del derecho a la intimidad, concluyendo que no se ve afectado por el mero dato que se limita a constatar que los informes médicos se han realizado sin aportar información sobre su contenido o resultados, siempre que se entienda que informan sobre

la mera existencia de los reconocimientos sin expresión de su contenido. Se anula sin embargo la mención contenida en el inciso final del art. 130.d), sobre las propuestas relativas a la forma de evitar la repetición de los reconocimientos de los trabajadores de alta rotación, porque para evitar esa repetición de los informes sería necesario el conocimiento de su contenido. Finalmente, la sentencia considera que ciertas cláusulas del **convenio colectivo que impiden a ámbitos inferiores regular más favorablemente cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales** vulneran las reglas de **conurrencia de convenios** contenidas en el art. 84 ET, en particular, impiden el juego del principio de complementariedad o de norma más favorable, puesto que está excluida de la negociación en ámbitos inferiores de la materia de seguridad e higiene en el trabajo.

12.2. Normas de derecho necesario relativo: Art 37.3 ET

Interesante es la **STS 25-01-2011 (Rc 216/09)** dictada a propósito de una demanda de oficio planteada por la Autoridad Laboral al entender que el Convenio Colectivo de la empresa demandada, concretamente **la regulación de los permisos por razón de muerte o enfermedad grave de parientes** hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, conculcan el artículo 37.3,b) del ET al establecer un número de días de permiso inferior al legalmente establecido: un día natural en lugar de los dos días que impone el ET. La Sala IV argumenta sobre las características y efectos de las normas de derecho necesario absoluto - no pueden ser alteradas en modo alguno ni por la negociación colectiva ni por la individual - y las **normas de derecho necesario relativo** -permiten su mejora, pero no su empeoramiento- vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo. Así pues, es muy característico del Derecho del Trabajo esta última categoría de normas de derecho necesario relativo: imperativas "hacia abajo" y dispositivas "hacia arriba", cuya aplicación ha sido calificada como "principio de norma mínima". Y en **esta categoría está incluido el art 37.3 ET** por lo que en virtud del principio de norma mínima, deben ser respetados todos y cada uno de los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo. Dado que la regulación convencional no mejora la contenida en la norma estatutaria, sino que la empeora se declara que no son ajustados a derecho los preceptos convencionales analizados.

13. Jubilación forzosa

La **STS 18-01-2011 (Rc 98/10)** desestima la demanda en impugnación del **Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro** (BOE 10-3-2009) en cuanto fija la edad de **jubilación forzosa** a los 65 años, al considerar que el compromiso asumido por las Cajas y plasmado en la Disposición Adicional 1ª del Convenio Colectivo de crear 3.000 empleos brutos, cumple el requisito establecido en la Disposición Adicional 10ª a) del ET. Ello supone cumplir con una de las posibilidades contempladas como **"objetivos coherente con la política de empleo"**, entre los que señala "la contratación de nuevos trabajadores". Se estima que no empecé esta conclusión el hecho de que las contrataciones sean indefinidas o temporales ni que la citada creación de empleo se realice a

lo largo del periodo 2007-2010, pues un número de contratos tan elevado ha de realizarse de forma paulatina. Hay que estar a la **política de empleo** de las Cajas de Ahorro, **no a la sustitución concreta** de un trabajador al que se jubile a la edad de 65 años, por una nueva contratación. En conclusión, en el convenio colectivo impugnado se vincula la jubilación forzosa a objetivos coherentes con la política de empleo, que se expresan de forma concreta en el propio convenio, que además se han ido cumpliendo

14. Libertad sindical.

14.1. Derecho a la negociación colectiva

La **STS 12-4-11 (Rc 136/10)** conoce de la demanda de tutela de derechos fundamentales, en la que se solicita se declare que el comportamiento de la empresa demandada consistente en ofrecer y aplicar a los trabajadores de su plantilla en dos de los centros, un **sistema de clasificación profesional y retributivo distinto** y diferente del previsto en el convenio colectivo -sistema "Talenta"-, ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación -art. 14 C.E.-, el derecho fundamental de Libertad Sindical -art 28.1 C.E.- y el derecho de negociación colectiva -art 37.1 C.E.-, declarando en consecuencia nulo dicho comportamiento. Por lo que se refiere a la **vulneración del principio de igualdad y no discriminación**, derivada de la existencia en la empresa de dos grupos que son tratados de forma diferente, se rechaza porque **no hay identidad en las situaciones** que tratan de relacionarse, y ni siquiera se trata de justificar la diferencia. Además, tras poner de relieve la diferencia existente entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, puesto que el principio de igualdad -en la Ley y en la aplicación de la ley- vincula a los poderes públicos, y al convenio colectivo, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas. Pues bien, la Sala IV declara que la **diferencia de trato existente** no tiene carácter discriminatorio, pues ni siquiera se ha alegado la presencia de un móvil discriminatorio en el sentido del inciso final del art. 14 de la Constitución. Por otra parte, y a efectos de la eventual aplicación del principio de igualdad es obvio que no estamos ante una norma estatal, ni ante un convenio colectivo, ni ante la actuación de un sujeto público. Se trata de una diferencia que se establece por un empleador privado y que se ha instrumentado mediante un acuerdo voluntario con los trabajadores afectados, como autoriza el art. 3.1.c) del ET. También se desestima la impugnación relativa a la **lesión de la libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva**, desde la perspectiva de la regulación en el sistema Talenta de la clasificación profesional y del régimen retributivo. La sentencia examina la denuncia a la luz de la doctrina constitucional que establece dos sistemas a través de los cuales se puede negar al sindicato su derecho a la negociación colectiva. En el caso no se ha conseguido acreditar que estemos ante un supuesto de antisindicalidad por "contratación individual en masa", cuyo objetivo sea desplazar el convenio colectivo. No hay constancia de que Talenta haya sido objeto de una aplicación masiva ni tampoco se ha acreditado

la incompatibilidad entre el citado sistema y el convenio, creando un sistema al margen y contrario al de éste.

14.2. Contenido adicional

Diversas han sido las sentencias que se han dictado en el periodo que abarca esta crónica en relación con distintas manifestaciones del contenido adicional del derecho a la libertad sindical.

14.2.1. Contenido del local a utilizar por los representantes de los trabajadores

La **STS 17-06-2010 (Rc 68/09)** rechaza la demanda en la que se interesó el derecho de las Secciones Sindicales a la **utilización de un local adecuado dotado con equipo informático, impresora, scanner, incluyendo conexión a internet y correo electrónico**. Se niega la vulneración de la libertad sindical en base a la naturaleza adicional del derecho cuyo ejercicio se pretende, máxime cuando el Pacto de empresa, fija el contenido del local, cumpliendo las instalaciones con el equipamiento acordado, por lo que el paso del tiempo no determina que la limitación del contenido preciso suponga vulneración de la libertad sindical. A mayor abundamiento, la sentencia concluye con la **inaplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»** por no concurrir las circunstancias para ello exigidas pues cuando se pactó la dotación material del local ya existían los medios técnicos e informáticos que ahora se reclaman.

14.2.2. Constitución de secciones sindicales en grupo de empresas

La **STS 16-09-2010 (Rc 31/09)**, establece que no procede la **constitución de secciones sindicales, con los derechos propios** atribuidos por la LOLS, **en un grupo de empresas**, salvo que así se disponga por convenio colectivo o el grupo sea ficticio, ocultando una realidad empresarial única. No empecé dicha conclusión el que el grupo empresarial traiga causa de la escisión de una realidad productiva única, puesto que la ulterior desmembración en sociedades dotadas de personalidad jurídica propia, impide atribuir al conjunto resultante una condición empresarial unitaria y con plenitud de “efectos laborales” pues no concurren ninguno de los elementos adicionales exigidos por la jurisprudencia. Por otra parte se recuerda que la exigencia de 250 trabajadores del art. 10.1 LOLS para tener derecho a la creación de Sección Sindical con garantías, se refiere **a cada centro de trabajo y no al conjunto de la empresa**, rechazando el empleo del módulo empresa para alcanzar el número de trabajadores exigido por la Ley; y menos cuando se hace eligiendo las tres concretas empresas en las que no existen Secciones sindicales propias. Por otra parte, y dado que lo acontecido es una **sucesión de empresas**, se debe aplicar el **Convenio Colectivo de la empresa extinguida** incluso en fase de ultraactividad, hasta que por las nuevas empresas cesionarias se pacte otro convenio. El convenio permitía la acumulación del crédito horario para los representantes en los diversos centros de trabajo que aquella empresa tenía, lo que se estima no puede asimilarse a la actual pretensión de acumulación entre las empresas constituidas tras la

desaparición de aquélla.

14.2 .3. Derecho a la información

Nuevamente se plantea el alcance del derecho de los delegados sindicales, con garantías plenas, ex LOLS art 10, a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa. Es sabido que los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa, tienen el específico derecho a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición" de dicho órgano de representación unitaria, y ese derecho tiene naturaleza individual, autónomo, independiente y con sustantividad separada del derecho del comité, precisamente para facilitar la información y con ella la actividad sindical, distinta de la que corresponde al comité.

Este mismo derecho es aplicable cuando en el órgano unitario aparecen miembros que obtuvieron el escaño representativo, en las correspondientes elecciones, en candidaturas del referido sindicato. La **STS 29-03-2011 (Rc 145/10)** concluye que contraria el derecho de libertad sindical la negativa de la Administración demandada a proporcionar a la sección sindical la misma documentación e información que se remite al comité de empresa aunque alguno de los miembros de éste órgano unitario obtuvieran el escaño correspondiente bajo las siglas del sindicato que después formó la sección sindical con los correspondientes delegados. Por otra parte, señala que dicho derecho tiene el mismo contenido y las mismas limitaciones que para el Comité.

También se ha suscitado el alcance de la obligación empresarial de facilitar a los **delegados sindicales información** sobre determinados aspectos relativos a retribuciones y datos de **carácter económico** de los trabajadores. La **STS 3-5-2010 (Rc 168/10)** estima la vulneración del derecho a la libertad sindical puesto que de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid y en el ET art 64.7 a) si la empresa debe facilitar la documentación ahora solicitada al comité de empresa también debe facilitar esa misma información a los delegados sindicales en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 11/1985 de libertad sindical. Añade con apoyo en STC 213/02 y 142/93 y STS 19-02-2009, (Rec 6/08) que la **información relativa al salario** no es un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar **el respeto a la intimidad**. La retribución es un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, no siendo necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder, en su caso, a dicho dato.

14. 3. Derecho de reunión

La **STS 22-11-2011 (Rc 15/10)** declara la licitud de la resolución administrativa por la que se comunicó la obligación de todo el personal,

funcionario o laboral, que desease **asistir a la reunión informativa** convocada que debería solicitar permiso por asuntos personales o por asuntos propios, por el tiempo que estimase necesario, dado que la ausencia debía autorizarse a fin de garantizar la adecuada prestación de los servicios. La Sala IV declara que el **derecho de reunión** no comprende el derecho a **ausentarse del trabajo** para ir a una Asamblea dentro de la jornada laboral, sin pedir permiso. La **exigencia del permiso** no viola la libertad sindical, pues la actuación de la demandada tiene su amparo en la Ley 7/07, de 12 de abril, norma cuya Disp. Derg. Única derogó la Ley 9/1987, de 12 de junio. La indicada Ley dispone en su art. 46.2 que las reuniones en el centro de trabajo se autoricen fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo entre los convocantes y la Administración, así como que la celebración de la reunión no perjudicará la prestación de los servicios. De lo que se deriva que las reuniones deben tener lugar fuera de las horas de trabajo, salvo autorización.

15. Modificación de las condiciones de trabajo

15.1. Variación de jornada y horario de trabajo

El XVIII Convenio Colectivo del personal de Iberia, regula para los **trabajadores a tiempo parcial** comprendidos en su ámbito de aplicación, la distribución y forma de realización de las **horas complementarias** pactadas, que supone, con carácter general, que el trabajador deba conocer el día y hora de realización con un preaviso de siete días. También contempla los requisitos para el **ejercicio de la facultad de variación** atribuida al empresario, en relación con la jornada y el horario que son: 1) "**preaviso de una semana**" en el supuesto normal y 2) "**preaviso**" **simple** o abreviado, en caso de imposibilidad de comunicar la variación del tiempo de trabajo con la antelación o preaviso normal, ante "necesidades imprevistas en las programaciones de vuelos". El problema deriva de que en algunos casos **la comunicación** de la variación de la jornada o del horario **se efectúa** por la dirección **en la misma jornada** que los trabajadores fijos de actividad continuada a tiempo parcial están llevando a cabo. La **STS 09-03-2011 (Rc 87/10)** estima que la comunicación al trabajador a tiempo parcial de una variación de su jornada o de su horario para atender a necesidades imprevistas del tráfico aéreo no cumple la obligación de preaviso, ni siquiera el preaviso simple abreviado previsto en la disposición convencional, cuando tiene lugar el mismo día en que tal variación va a hacerse efectiva, por lo que su régimen jurídico será el de las horas extraordinarias. Ahora bien, la comunicación de un cambio de horario o de jornada con antelación inferior a siete días, inclusive la que se transmite el día anterior, se atiene a las previsiones de la citada regulación colectiva cuando la empresa no ha podido efectuarla con más tiempo por las circunstancias particulares del tráfico aéreo, máxime cuando en su contrato se han contemplado estas contingencias.

15.2. Pagas extras de julio y navidad: Modificación unilateral por la empleadora de los periodos de devengo

La **STS 22-11-2010 (Rc 57/10)** declara **el derecho** de los trabajadores de la empresa demandada procedentes de la anterior empresa concesionaria, **a seguir percibiendo las pagas de julio y Navidad en la forma que se les venían abonando**. Resulta que a los trabajadores se les abonaba la paga de Julio que se devengaba del 1 de enero al 30 de junio y la paga de Navidad que se devengaba también semestralmente del 1 de julio al 31 de diciembre; y en la nueva empresa la paga de Julio se devenga del 1 de julio del año anterior al 30 de junio del año siguiente, y la paga de Navidad se devenga el 1 de diciembre del año anterior hasta el 30 de noviembre del año siguiente. **El cambio de la forma de pago y devengo** de dichas pagas ha supuesto para los trabajadores un perjuicio actual en la medida en que perciben menor cuantía en el momento de pago de las mismas, que implica una modificación de las condiciones laborales existentes. Se estima que dicha decisión **excede de las facultades organizativas de la empresa** que varía el período de devengo de las pagas al convertirse la empleadora en depositaria de unas cantidades que ya no le pertenecen, dilatando sin compensación su abono, por lo que tales cambios deben estar pactados con los trabajadores y no pueden estimarse incluidos en el ámbito de las potestades discrecionales empresariales.

16. Prescripción de acciones para la reclamación de cantidades

16.1. Reclamación por cantidad no retenida por IRPF por indemnización.

La **TS 15-3-2011, (Rc 3772/08)** se pronuncia sobre una **reclamación efectuada por la empresa** contra el trabajador por **la cantidad indebidamente no retenida por IRPF correspondiente a indemnización por despido**, conforme a la legislación de Navarra, y satisfecha por la empresa a requerimiento de la Hacienda Foral. En particular se debate la determinación del *dies a quo* para el inicio del **plazo de prescripción** – desde la fecha en que la deuda tributaria quedó definitivamente fijada por la reclamación administrativa o desde que el descuento debió practicarse -. Para resolver la cuestión la sentencia señala que no es lo mismo la facultad/deber de descontar/ retener, el importe del IRPF “para” [finalidad] ingresarlo en la Hacienda Pública como obligado retenedor tributario, que el derecho al reembolso de la misma cantidad “por” [causa] haberlo incorporado ya a las arcas del Fisco, siendo así que se trata de acciones diferentes. En el caso se trata de una **acción de reembolso por pago del impuesto** a cuenta de otro, por lo que el hecho determinante ha de ser, tanto desde la perspectiva de la teoría de la “lesión” como de la teoría de la “insatisfacción” patrimonial el correspondiente ingreso de la cantidad en la Hacienda Pública, pues sólo a partir de tal fecha era exigible el reembolso de lo pagado. En definitiva, el **inicio de la prescripción** no se produce con el hecho imponible [pago de la indemnización], sino con **el ingreso del impuesto en Hacienda**.

16.2. Reclamación de daños y perjuicios por la empleadora.

La **STS 24-11-10 (Rc 3986/09)**, se pronuncia sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de **reclamación de**

daños y perjuicios por la empleadora al trabajador por indebida utilización del móvil de empresa. En el caso consta que el empleado fue despedido por uso indebido del teléfono proporcionado por la empresa, que fue declarado procedente por sentencia del Juzgado y que la reclamación indemnizatoria fue presentada con posterioridad. La Sala IV rechaza la aplicación del criterio de la *actio nata* -teoría de la insatisfacción-. Se argumenta que **el daño** -por la indebida utilización del teléfono móvil- **ya está producido en su integridad y es conocido a fecha del despido** no existiendo impedimento alguno para que desde tal momento se hubiese exigido la correspondiente responsabilidad civil. Por tanto, no es necesario esperar a que el despido sea declarado procedente en la sentencia de instancia y ni a que ésta fuese confirmada por el Tribunal Superior, sino que desde aquella fecha en la que se tuvo conocimiento de los hechos, con anterioridad a la carta de despido, la acción pudo ser ejercitada. En conclusión, la prescripción, ex ET art 59.2, **inicia su computo cuando se advierte el daño** y no cuando el mismo es reconocido judicialmente en la sentencia de despido.

17. Reclamación al Fogasa

De notable interés es la **STS 13-4-11 (Rc 2149/10)**, en la que, por vez primera, aborda la Sala el **alcance de la responsabilidad del FOGASA en supuestos de extinción de contrato de trabajo por el art. 50.1.b) ET en el marco de un expediente de regulación de empleo**. En particular, la cuestión a dilucidar quedó constreñida a determinar si la extinción contractual declarada en el seno del **concurso**, al amparo de los ET arts. 50.1.b) y LC art. 64.10, debe seguir el régimen indemnizatorio del ET art. 51.8, en el que a los despidos colectivos señala una indemnización de 20 días por año trabajado con el máximo de 12 mensualidades, o, si por el contrario, se puede mantener el que fija el ET art. 50 ET, de 45 días por año trabajado con el máximo de 42 mensualidades, y, por ende, la responsabilidad del FOGASA de 30 días por año del ET art. 33.2 párrafo segundo.. Dicha disyuntiva se resuelve por TS a favor de la primera proposición, de ahí que, **la extinción de los contratos ex art. 50-1-b) ET que se produce en el marco del concurso, como extinción colectiva, participa de todas las notas de las extinciones colectivas del art. 51 ET**: no sólo la objetivación de la causa, sino del procedimiento de consultas y de la consideración de la razonabilidad en el caso de que no se alcance acuerdo, por lo tanto el art. 64.10 LC entraña un mandato que trasciende la pura cuestión procedimental.

18. Relaciones laborales especiales: actores de doblaje

Las **SSTS 16-07-2010 (Rc 3391/09), 19-07-10 (Rc 1623/09, 2233/09 y 2830/09), 05-10-2010 (Rc 1766/09)**, abordan la problemática de los actores de doblaje, encargados de interpretar y sincronizar su voz con la del actor de la película, así como de poner su voz a personajes de ficción en su caso. En todo caso, y al margen de si en dicha actividad prevalece la vertiente o artística, la laboralidad de esta prestación -como señalan las sentencias apuntadas- debe

decidirse a través de las notas exigidas por el RD 1435/85 art. 1.2, coincidentes con las que señala el ET art.1: dependencia y ajenidad que son, en consecuencia, los rasgos definitorios del nexo contractual laboral y que han de predicarse, igualmente, de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. En los supuestos examinados y pese a que el doblaje se realiza siempre en las instalaciones de la empresa, con sus medios técnicos y humanos, coordinado siempre por un director que es quien fija con los actores las fechas, concurren, no obstante, otra serie de circunstancias con posible incidencia en la calificación del vínculo, a saber, la simultaneidad de trabajos para distintas empresas, la falta de sujeción a horario y la determinación del tiempo de disfrute de vacaciones. La Sala del Tribunal Supremo entiende, a pesar de ello, que concurren las notas características de la relación laboral, sin que sea exigible ni la exclusividad ni la cesión de derechos de autor.

19. Salario

19.1. *Compensación y absorción*

Especial importancia presenta la **STS 30-09-2010 (Rc 186/09)** en cuanto que efectúa un detallado análisis de la jurisprudencia de la Sala IV en relación con la institución de la **compensación y absorción** que autoriza el ET art 26.5, así como de la **“homogeneidad”** de conceptos. Al efecto se tiene dicho que 1) la compensación y absorción deben operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad; 2) esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es **evitar la superposición de mejoras salariales** originadas en diversas fuentes reguladoras, superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 3) hay que **valorar las circunstancias** del caso, atendiendo siempre a “los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas” las remuneraciones salariales implicadas; 4) la absorción y compensación no rige, en principio, entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquéllos que se ligan al puesto de trabajo. En aplicación de la anterior doctrina se rechaza la **compensación del Plus de Residencia [CR] previsto en el convenio de las Cajas de Ahorros** para quienes prestan servicios en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla **con la “mejora salarial Caixa”** prevista en el Acuerdo adaptativo [de naturaleza extraestatutaria]. No cabe aplicar el mecanismo compensatorio porque los **conceptos retributivos no son homogéneos**, pues el CR es un retributivo de las especiales condiciones en que los trabajadores prestan servicios en diversos territorios españoles extrapeninsulares, con una “mejora salarial Caixa” cuya causa de atribución no consta en autos, pero que muy presumiblemente esté ligada a los propios resultados económicos de la entidad. Por otra parte, y si bien en alguna ocasión la Sala ha entendido que la exigencia de homogeneidad pudiera quebrar por mor de la negociación colectiva, esta afirmación es impredecible del caso debatido pues aunque en el Acuerdo se pacta expresamente la compensación del CR, no lo es menos que

esa previsión colectiva se realiza frente al Convenio Colectivo Estatal y precisamente para dejar sin efecto la aplicación de su art. 49, con lo que se produce la **vulneración del principio de jerarquía** y de la fuerza vinculante del convenio estatutario. Finalmente se reprocha el **uso de la “técnica del espiguelo”**

19.2. Días de descanso no disfrutados: Forma de retribución.

La **STS 25-01-2011, (Rc 1799/10)**, interpreta el art 44 del Convenio Colectivo Estatal de **empresas de seguridad**, a fin de resolver sobre la reclamación salarial de un trabajador, con categoría de Escolta, con base en la realización de trabajo efectivo durante determinados días de descanso a lo largo del año 2007. **El trabajo desarrollado en los días de descanso** ya fue objeto de retribución al valor de la hora extraordinaria, y se discute si el trabajador tiene o no derecho a percibir la otra retribución adicional por el hecho de haber trabajado precisamente en días de descanso. Esto es, se diferencia **entre “horas extraordinarias”**, y lo que se denomina **“compensación por los descansos no disfrutados”**, que también deben retribuirse al valor de la hora extraordinaria. La Sala IV señala que la cuestión es de tipo fáctico, concluyendo que de la sentencia recurrida, se constata la tesis empresarial, además, de que lo contrario supondría condenar a la demandada a pagar dos veces por el mismo concepto. Se precisa, que con esta sentencia no se produce cambio de criterio respecto a la STS 05-02-2008 pues en ningún momento afirma que las horas trabajadas en días de descanso deban **ser pagadas por partida doble**.

19. 3. Paga de beneficios en el convenio colectivo de la banca privada.

Especial relevancia presenta la **STS 06-07-2010 (Rc 120/09)**, en cuanto efectúa un riguroso análisis de los preceptos comunitarios y la normativa interna en relación con los principios de libertad de establecimiento y de la prestación de servicios respecto a la regulación establecida en el **Convenio Colectivo de la Banca Privada** en relación con el abono **de la paga de beneficios**. Se debate si una entidad de crédito en un Estado miembro de la Unión Europea, debe o no ser considerado como **"banco extranjero"** a los efectos del cálculo de la paga de beneficios regulada en el artículo 18 del citado Convenio. La Sala IV concluye que la norma convencional que impone al banco extranjero abonar en concepto de paga extraordinaria, una cantidad equivalente a la satisfecha por el banco nacional que más pague, en lugar de atender a los criterios generales establecidos para los bancos nacionales, atenta contra el **principio de libre circulación de servicios**. Y ello, porque la fórmula de cálculo de la paga de beneficios de las sucursales de los bancos comunitarios constituye un claro obstáculo para que el banco comunitario pueda abrir una sucursal en España, en cuanto la fórmula supone mayores costos. En definitiva, el precepto analizado incurre en discriminación a la luz de **las normas comunitarias**, sobre libre prestación de servicios y también se opone al **principio de libertad de establecimiento** comunitario al establecer condiciones de trabajo más onerosas a la empresa de un Estado miembro, que reglamentariamente, realiza su actividad bancaria mediante una sucursal

abierta en el territorio de otro Estado miembro, -en el caso España-. **Diferencia de trato que no aparece justificada** por "una razón imperiosa de interés general", al no haberse probado la existencia de circunstancias, que determinen que la aplicación de la medida litigiosa adoptada en el convenio colectivo de la Banca sea conforme a los artículos 56 y 57 del TFUE, ni tampoco se ha planteado en el proceso que la restricción a la libre prestación de servicios está fundamentada por las razones de orden público, seguridad y salud públicas.

20. Subrogación empresarial

En el marco de una sucesión de contratistas de limpieza, la **STS 21-10-2010 (Rc 806/10)**, confirma el fallo combatido en el que se condena a la nueva empresa adjudicataria del servicio de limpiezas a las consecuencias de un despido improcedente, pues aún cuando la entidad mercantil ostenta la condición de Centro Especial de Empleo, por lo que únicamente contrata a trabajadores que tengan reconocida la condición legal de minusválidos -que no consta en las demandas-, no por ello deja de ser de aplicación el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Barcelona, en lugar del aplicable a los centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña para el año 2005. Por lo tanto, los centros especiales de empleo vienen obligados a subrogarse en la plantilla de trabajadores de las contratistas de limpieza en aplicación de lo establecido en los convenios colectivos que regulan dicha actividad.

II. SEGURIDAD SOCIAL

1. JUBILACIÓN

1.1. Normativa aplicable

En materia de jubilación, la **norma aplicable**, ha de ser la que esté **vigente a la fecha del hecho causante**, así lo ha determinado la **STS 05-07-2010 (Rec. 3557/09)**, que sigue el criterio de la sentencia dictada en Sala General de 24-10-2006 (Rec. 4453/04).

1.2. Cálculo de la pensión: determinación de la base reguladora

Como consecuencia de la STS (Sala General) 07-10-2004 (Rec. 1428/03), que entendió que los trabajadores de la ONCE debían considerarse trabajadores del régimen laboral común, y no agentes de comercio, han sido muchos los supuestos de trabajadores de dicha entidad que obtuvieron una pensión de jubilación por sentencia firme en atención a la base reguladora calculada para los representantes de comercio, y que tras dicha sentencia, solicitan revisión de dicha base reguladora. Sobre el tema se ha pronunciado la Sala IV de forma reiterada en **SSTS de 22-04-1010 (Rec. 1888/09)**, **10-05-2010 (Rec. 2410/09)**, y **19-05-2010 (Rec. 2556/09)**, en el sentido de que no

cabe apreciar la excepción de cosa juzgada, y ello en aras del principio de igualdad, ya que como se pronunció el Tribunal Constitucional en sentencia 307/2006, de 23 de octubre, no se admite que la existencia de una sentencia firme con valor de cosa juzgada pueda aceptarse como justificación objetiva y razonable de un trato desigual. En definitiva, **cabe revisar la base reguladora de una prestación reconocida por sentencia firme**, como consecuencia del cambio jurisprudencial que entendió que no era de aplicación a los vendedores de la ONCE, el régimen aplicable a los representantes de comercio.

En relación con la forma de cálculo de la pensión de jubilación en atención, y en particular, en atención al tiempo que haya de entenderse como cotizado, siguiendo la doctrina de las SSTS 23-11-2009 (Rec. 1152/09), 03-02-2010 (Rec. 1444/09), y 10-11-2009 (STS 1099/09), en **STS 12-07-2010 (Rec. 3901/09)**, la Sala IV concluye que **no puede computarse como cotizado** en el Régimen de Clases Pasivas, **el tiempo de servicio militar** que el actor cumplió con carácter **voluntario** y no obligatorio, por lo que dicho periodo no puede alcanzar efectos sobre la pensión de jubilación.

Además, en la **STS 17-09-2010 (Rec. 4555/09)**, la Sala, con cita de las anteriores sentencias, reitera que el **periodo de servicio militar** que superó los nueve meses (entre 1967 y 1969) **no puede ser computado como cotizado** en el régimen de clases pasivas, y por lo tanto no puede alcanzar efectos sobre la pensión de jubilación.

En relación con los trabajadores migrantes, para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, y aplicando el **Convenio hispano-francés de Seguridad Social** de 31-10-1974, la Sala IV, en **STS 15-09-2010 (Rec. 4056/09)**, falla en el sentido de que a aquellos trabajadores que estuvieron sometidos a sus previsiones antes del 01-01-1986, debe aplicarse, para la **determinación de la base reguladora, las bases medias y no las bases remotas**, por cuanto la regulación del Convenio es más beneficiosa que la contenida en el art. 47. g) del Reglamento Comunitario 1408/1971, en redacción dada por el Reglamento 118/1997.

En el mismo sentido, es decir, entendiendo que deben aplicarse las **bases medias**, se pronuncia la **STS 31-01-2011 (Rc 714/10)**, esta vez en relación con el **Convenio de Seguridad Social suscrito entre España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte** de 13-09-1974, por las mismas razones anteriores y por considerar que contiene una regulación más beneficiosa para el trabajador que la establecida en el Reglamento 1408/71, reformado por el Reglamento 1248/92.

Por último, el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de quien prestó servicios y **cotizó a** la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (**MUNPAL**), pero **se jubila en el Régimen General de la Seguridad Social**, debe efectuarse aplicando las reglas del art. 162.1 LGSS, **sin que pueda aplicarse un paréntesis** entre la **fecha de declaración de incompatibilidad** en el desempeño del puesto en un Ayuntamiento, hasta la **fecha de la jubilación**, ya que ello no se desprende de la Disposición Adicional

1ª de la Ley 53/1984, de incompatibilidades. Así ha fallado la Sala IV del TS en **STS 08-11-2010 (Rec. 3412/09)**.

1.3. Mejoras convencionales

Interpretando el **Convenio Colectivo de la empresa Bormioli Rocco S.A.** para los años 2005-2008, en relación con el derecho que asistiría a un trabajador que se jubiló parcialmente al **complemento de pensión de jubilación**, la Sala IV, en **STS 30-06-2010 (Rec. 4190/09)**, falla en el sentido de **que sí cabe el derecho** del trabajador jubilado parcial a dicho complemento, y ello por cuanto el art. 60 del convenio colectivo analizado, **contempla la jubilación anticipada del personal** a partir de los 50 años y el anexo VIII de dicho convenio, regula el complemento de jubilación sin distinguir entre jubilación total o parcial, por lo que ésta última también estaría incluida. Añade la Sala, además, que dado que el compromiso de prestaciones de jubilación fue externalizado mediante póliza de seguros, si el trabajador no consta en la relación de asegurados, o consta pero a partir de una fecha posterior, la compañía aseguradora no tiene la obligación de pagarlo, pero ello no exime de pago a la empresa, ya que no existe relación entre la póliza de seguros y la disposición del convenio colectivo que establece el complemento de pensión.

Dicha doctrina, sin embargo, **se rectifica** por **STS 20-12-2010 (Rc 4451/09)**, [seguida por **STS 26-01-2011 (Rc 1832/10)**, **STS 26-01-2011 (Rc 3/10)**] en la que en Sala General, **se deniega el derecho al complemento por jubilación parcial**, por entender que los Tribunales deben atenerse a la interpretación de lo preceptuado en el Convenio Colectivo, art. 60, que en ningún momento refiere a la jubilación parcial sino a la anticipada, de ahí que en la póliza de seguro no se hiciera alusión alguna a la jubilación parcial, y como las partes negociadoras conocían de las diferencias entre jubilación total, anticipada y parcial en el momento en que acordaron la externalización de la mejora, y no hicieron ninguna referencia a la jubilación parcial, no puede aplicarse el beneficio en esos supuestos.

Nuevamente, e igualmente en relación el derecho al premio de jubilación previsto convencionalmente, en **STS 20-12-2010 (Rc 2747/09)**, dictada en Sala General, que se reitera en **STS 11-04-2011 (Rc 3160/10)** **creando jurisprudencia**, **no se concede** a quien se jubila parcialmente antes de cumplir 65 años, el **premio por jubilación anticipada** previsto en la norma convencional que le es de aplicación (**Convenio colectivo del Ayuntamiento de Coria**) y ello por cuanto entiende la Sala que la jubilación parcial no puede entenderse como un supuesto de jubilación anticipada voluntaria, que es la que se contempla en el mismo.

Reiterando lo dispuesto en dicha sentencia, en **STS 19-01-2011 (Rc 2112/10)**, **se deniega** el derecho al **premio por jubilación** previsto en el **Convenio Colectivo del Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal de la Diputación de Sevilla 2004-2006** (que reconoce una

indemnización para los empleados que soliciten la jubilación anticipada) a quienes acceden a la jubilación parcial antes de cumplir los 65 años de edad.

1.4. Responsabilidad de pago: defectuoso encuadramiento

Siguiendo reiterada jurisprudencia en torno a los trabajadores de la ONCE, en el supuesto de un trabajador que permaneció afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, si bien **su encuadramiento debió realizarse al Régimen Especial de Trabajadores del Mar** (respecto de los que existe el beneficio de coeficientes reductores de edad previstos en el RD 1311/2007), en **STS 04-12-2010 (Rec. 121/10)**, la Sala IV falla en el sentido de que **cabe incrementar la base reguladora** de dicha prestación **incluso por encima del 100%** (en el supuesto enjuiciado el 114%), añadiendo que no cabe imputar responsabilidad en el pago de la prestación de jubilación a la empresa, ya que el defectuoso encuadramiento es imputable al Instituto Social de la Marina que rechazó en diversas ocasiones la posibilidad de encuadramiento en dicho régimen.

1.5. Jubilación en el RETA

Ante el supuesto de un trabajador que solicita **pensión de jubilación** en el RETA, que le fue reconocida por hallarse al corriente de pago de las cuotas ya que **tenía concedido un aplazamiento, si bien no abonó los pagos en plazo**, lo que llevó a se anulara el aplazamiento y se suspendiera el pago de la pensión de jubilación hasta que saldó su deuda, la Sala IV, en **STS 10-03-2011 (Rc 2656/10) (que contiene voto particular de una Magistrada)**, reconoce su **derecho al percibo de la pensión de jubilación** (que no percibió), correspondiente al periodo en que le fue suspendida, por entender que dado que en la fecha del hecho causante se consideró que el actor cumplía los requisitos de estar al corriente de las cuotas para acceder a la pensión, luego no puede suspenderse ésta por falta de cumplimiento de los plazos concedidos para el abono, ya que esta causa de suspensión no está prevista en la ley. Añade la Sala que hay que distinguir entre los supuestos:

1.-En que el aplazamiento se ha concedido antes de causarse la prestación, en cuyo caso el solicitante está al corriente del pago de las cuotas y

2.-En que el aplazamiento se ha concedido con posterioridad, con lo que no cumple el requisito de hallarse al corriente de pago y para acceder a la prestación deberá cumplir con la invitación al pago.

De ello se deduce que la relación entre el efecto del aplazamiento y la acción protectora, se vincula al momento del hecho causante de las prestaciones, de forma que el incumplimiento del aplazamiento determina que a partir del mismo ya no se esté al corriente, reanudándose el procedimiento de apremio y la ejecución de garantías, pero no la suspensión o extinción de

prestaciones reconocidas cuando se estaba al corriente de las cuotas, ya que la norma no autoriza a la aplicación de un efecto retroactivo.

1.6. Jubilación anticipada

Una vez que la Sala entendió que la cuestión relativa a si tienen derecho a la mejora prevista en la disposición adicional 4ª de la Ley 40/2007, los trabajadores del Banco Exterior de España (BEX) jubilados anticipadamente al amparo de lo dispuesto en los diversos convenios colectivos (a partir del XIII), de dicha entidad, que por razón de la cuantía no era recurrible en suplicación (ya que era equivalente a 63 euros/mes en 14 pagas), sí lo es por tener afectación general [a partir de STS de 29-10-2009 (Rec.795/09) cuya doctrina se reitera en SSTS 17-05-2010 (Rec. 2978/09), 18-05-2010 (Rec. 3736/08), 07-07-2010 (Rec. 3519/09), 23-09-2010 (Rc 3212/09)] a partir de la **STS 05-05-2010 (Rec. 3695/09)**, que se reitera en STS 22-06-2010 (Rec. 3509/09), STS 30-06-2010 (Rec. 3504/09) STS 04-10-2010 (Rec. 406/10) STS 04-11-2010 (Rec. 1108/10) se reconoce el **derecho de los trabajadores del Banco Exterior de España**, (que se jubilaron anticipadamente al amparo de lo dispuesto en el XIII Convenio Colectivo o los posteriores que mantenían su redacción o remitían a él), a la **mejora de la pensión de jubilación** prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 40/2007. Entiende la Sala IV que si bien en los supuestos en que el trabajador accediera voluntariamente a la jubilación no tendría derecho a la mejora, entender (como proponía el INSS en instancia, suplicación e incluso casación unificadora), que además que los requisitos previstos en dicha disposición adicional relativos a la acreditación de 35 años de cotización y que el cese no sea voluntario, se añadiera el que dicha extinción estuviera comprendida entre los supuestos recogidos en el art. 208.1.1 LGSS, llevaría a que incluso en los supuestos de jubilación forzosa del trabajador (por decisión empresarial), tampoco se tendría derecho a la mejora. La Sala argumenta que **la mención del art. 208.1.1 LGSS no tiene en la Ley 40/2007 un sentido restrictivo** (es decir que sólo se considerarán ceses involuntarios los contemplados en dicho precepto), sino por el contrario aclaratorio.

1.7. Jubilación parcial

1.7.1. Personal laboral al servicio de la Administración General del Estado

El art. 12.6.I ET determina que *“para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial (...) deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y salario”*, precepto que, puesto en conexión con el art. 12.4 e) ET, en relación con la voluntariedad de la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, lleva a la Sala IV TS, en **STS 22-06-2010 (Rec. 3046/09)**, [cuya doctrina se reitera en **STS 06-07-2010 (Rec. 3888/09)** **STS 07-07-2010 (Rec. 3871/09)**, **STS 21-09-2010 (Rec. 3263/09)**, **STS 05-10-2010 (Rec. 692/10)**] a entender que **no cabe imponer por la empresa al trabajador** (unilateralmente, como consecuencia de una modificación de condiciones de trabajo del art. 41 ET, ni a través de negociación colectiva), **la jubilación parcial**, pues conlleva necesariamente la conversión del contrato a

tiempo completo en contrato a tiempo parcial. Señala la Sala IV, que **tampoco cabe imponer por el trabajador a la empresa dicha jubilación**, si bien ésta deberá acceder a ello en la medida de lo posible y motivar su denegación, por cuanto en el ámbito estricto de la Seguridad Social (arts. 166 LGSS y 12.6 ET desarrollado por RD 1131/2002, de 31 de octubre), el trabajador que reúna los requisitos para ello, tiene derecho a acceder a la jubilación anticipada. Por último, refiere la Sala IV, que en relación con la previsión del art. 12.6 II d) ET, relativa a que *“en la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo”*, ésta **no puede ser interpretada** en el sentido de que **el convenio colectivo pueda obligar a los trabajadores a jubilarse anticipadamente a tiempo parcial**. Pues bien, en atención a dichos extremos, la Sala IV resuelve, en relación con el **personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas**, que si bien en el marco del art. 67 EBEP, podría incluirse una obligación empresarial de convertir en contrato a tiempo parcial el contrato del trabajador que pretendiera jubilarse de forma anticipada parcial, y efectuar el correspondiente contrato de relevo, dado que ni el art. 59 del **II Convenio colectivo único del personal al servicio de la Administración General del Estado (CUAGE)**, ni el art. 61. III y IV del **I CUAGE**, contienen previsión al respecto (refieren a la jubilación especial a los 64 años que es una modalidad de jubilación diferente), ni se ha efectuado la planificación y ordenación de los recursos humanos por parte de la Administración Pública cuya posibilidad se prevé en el art. 67 EBEP, por lo que **se requiere acuerdo** entre el trabajador y la Administración para la que presta servicios, para que éste pueda acceder a la jubilación parcial.

1.7.2. Personal estatutario

En el mismo sentido de las SSTS 22-07-2009 (Rc 3044/08) –que contiene un voto particular de 4 magistrados-, 09-12-2009 (Rc 4352/08), y 03-11-2009 (Rc 807/09), en **STS 06-07-2010 (Rec. 4010/09)** y **STS 12-05-2010 (Rc 1867/09)**, la Sala IV falla en el sentido de que **no pueden jubilarse parcialmente** quienes ostentando la condición de **personal estatutario**, prestan servicios en virtud de un régimen jurídico especial regulado en el Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y que se ven afectados por el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Las razones son que dicha modalidad está prevista y perfeccionada en el ordenamiento de Seguridad Social (art. 166.2) y ha sido desarrollada reglamentariamente -RD 1131/2002, de 31 de octubre- para los trabajadores por cuenta ajena (art. 12-7 ET), pero necesita de desarrollo específico respecto del personal estatutario. Apoyando dicha solución, la Sala IV concluye que si bien el Estatuto Marco contempla tal posibilidad, la condiciona a que quienes tienen competencia para ello, lo determinen en su ordenamiento específico *“como consecuencia de un plan de recursos humanos”* (art. 26.4 Ley 55/2003) y el Estatuto del Empleado Público, en su disposición adicional sexta, contempla igualmente tal posibilidad para los funcionarios pero condicionada a que exista posterior desarrollo reglamentario.

1.7.3. Responsabilidad empresarial de pago de la prestación

Las **SSTS 20-05-2010 (Rc 3797/09)**, **18-05-2010 (Rc 2165/09)** y **09-02-2011 (Rc 1148/10)** reiteran la doctrina de la STS 25-01-2010 (Rc 1245/09), en supuestos de jubilación parcial y contrato de relevo. En particular, falla la Sala IV que **no existe responsabilidad empresarial y por lo tanto obligación de devolución por la empresa del importe de la pensión de jubilación**, cuando la empresa **no contrata a un nuevo trabajador relevista**, habiéndose producido el **cese del anterior relevista** en la empresa en que sigue prestando servicios el jubilado parcial, **por haber sido traspasado a una tercera empresa** –que se subroga en los derechos y obligaciones de la anterior- y en la que consolida su puesto de trabajo. Las razones esgrimidas son las mismas en todas las sentencias:

1.- Que el relevista ha consolidado su empleo en la nueva empresa sirviendo a los objetivos de política de empleo que inspiran la norma;

2.- Que según la normativa laboral aplicable en supuestos de subrogación, la nueva empresa ha mantenido al trabajador relevista en las mismas condiciones que tenía con el anterior empresario;

3.- Que el hecho de que el trabajador jubilado y el relevista formen parte de la plantilla de distintas empresas, no supone incumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma, y

4.- Que no existe conducta fraudulenta por la empresa originaria, por lo que no puede ser de aplicación la Disposición Adicional segunda apartado 4 del RD 1131/2002.

En **STS 04-10-2010 (Rc 4508/09)**, y **STS 07-12-2010 (Rc 77/10)**, la Sala IV falla en el sentido de que **sí existe responsabilidad empresarial en el pago de la prestación de jubilación parcial** durante el tiempo en que **no se contrató** a un trabajador para sustituir a un contratado como **relevista que pasó a excedencia para el cuidado de hijos**. Argumenta la Sala que el término “cese” previsto en la disposición adicional 2ª RD 1131/02, debe entenderse como desvinculación temporal de la empresa, por lo que el empresario estaría obligado a cubrir el puesto de trabajo para sustituir al relevista que temporalmente se desvincula de la empresa, a lo que añade que la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituido, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad.

1.7.4. Cálculo de la base reguladora

En materia de cálculo de la base reguladora de una pensión de jubilación, y ante la cuestión de si la **excedencia del trabajador relevista** coincidente con la jubilación parcial afecta al **beneficio del incremento al 100%** de la cuantía de las bases de cotización prevista en el art. 18.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre, durante todo el tiempo de disfrute del periodo de jubilación parcial (incluido el periodo de excedencia voluntaria del trabajador relevista en que no ha habido cotizaciones), o no procede en aplicación del art. 18.4 de idéntica norma por no haberse simultaneado la jubilación parcial con

un contrato de relevo, la Sala IV del TS, en **STS 15-07-2010 (Rec. 2784/09)**, resuelve a favor de la primera de las opciones (que se aplique el beneficio a todo el periodo de jubilación parcial), por cuanto en atención al **principio de suficiencia financiera de la Seguridad Social**, y dado que el empresario ha procedido al abono de la pensión de jubilación parcial (prevista para los supuestos de cese), **no cabe penalizar al trabajador jubilado parcialmente**. Añade la Sala que la exigencia prevista en el art. 18 RD 1131/2002, de 31 de octubre, relativa a que para que se pueda disfrutar de dicho incremento es condición necesaria que la jubilación parcial se hubiese simultaneado con un contrato de relevo, no puede interpretarse en el sentido de que se haga recaer en el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino del empresario.

Por otro lado, se ha fallado en el sentido de que **no tiene derecho al incremento del 3%** previsto en el art. 163.2 LGSS, a **quien se jubila definitivamente con más de 68 años**, cumpliendo con el requisito de tener cotizados más de 40 años al cumplir los 65, habiendo accedido a dicha situación desde la de jubilación parcial. Para llegar a dicha conclusión, la Sala, en **STS 21-03-2011 (Rc 2396/10)**, argumenta, que el art. 136 LGSS, refiere a la jubilación ordinaria con más de 65 años y precedida de un tiempo de cotización superior al año, requisito que no se cumple cuando se cotiza a tiempo parcial, como ocurre en los supuestos en que el trabajador, como consecuencia de haberse jubilado parcialmente, cotiza por la jornada reducida. Además, señala que la **ficción de cotización a tiempo completo** prevista en el art. 18.3 RD 1131/2002 para los jubilados parcialmente, **deja de tener justificación** cuando el trabajador cumple los **65 años** de edad, reuniendo el **periodo mínimo de cotización**, ya que reconocer el incremento supondría una elevación ficticia, sin soporte de cotización real, y sin justificación normativa. Por último, la Sala IV, en obiter dicta, refiere a que *“sólo si las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios a tiempo parcial suman todas ellas el tiempo de uno o más años, cabría computarlas a estos efectos, calculando el tiempo de cotización en la forma prevista en el citado artículo 3 del RD 1131/2002”*.

2. INCAPACIDAD

2.1. Incapacidad temporal

2.1.1. Determinación de la contingencia

En **STS 14-02-2011 (Rc 1420/10)**, la Sala IV falla en el sentido de que debe considerarse **accidente de trabajo** el acontecido a un trabajador que acude a casa a comer y al volver al trabajo sufre **un accidente de motocicleta antes de salir de la finca de su propiedad** para incorporarse a la carretera general. Argumenta la Sala que por “domicilio” hay que entender la vivienda o lugar en que el trabajador desarrolla las actividades más características de su vida familiar, personal, privada e íntima, y aunque el trabajador ya había abandonado ese espacio que constituye su verdadero domicilio, si bien estaba en una finca de su propiedad, habiendo comenzado el trayecto hacia el centro

de trabajo con el medio de transporte habitual (motocicleta), debe entenderse que la contingencia del accidente es laboral.

La **STS 19-07-2010 (Rc 2698/09)** es la segunda sentencia [tras la STS (Pleno) 06-03-2007 (Rec. 3415/2005)] por lo que **crea jurisprudencia**, en relación a que es derivada de **accidente de trabajo**, la **incapacidad temporal** (derrame cerebral) **acontecida a un conductor de camión** mientras se encontraba tomando un café y **descansando en un área de servicio**. La Sala IV del TS fundamenta su decisión en que la actividad de transporte no se desarrolla en un lugar determinado, siendo el desplazamiento inherente al trabajo normal, por lo que sufriendose la incapacidad temporal en tiempo de presencia, juega la presunción de laboralidad.

2.1.2. Pago de la prestación: responsabilidad

La **empresa** (y no el INSS) debe considerarse **responsable** del pago de la prestación por **incapacidad temporal derivada de enfermedad común**, cuando **ha cotizado en el mes anterior** al inicio de dicha situación en **cuantía inferior** a la legalmente establecida, ingresando con posterioridad la diferencia entre lo cotizado y lo debido de cotizar. Así lo estableció el Tribunal Supremo en STS 04-10-2006 (Rc 1798/05), y se reitera, en **STS 01-03-2011 (Rc 1075/10)**. Argumenta la Sala IV que existe responsabilidad directa del empresario que ha incumplido sus obligaciones de Seguridad Social, entre ellas las de cotización, sin perjuicio del anticipo por parte de la Entidad Gestora.

2.1.3. Mejora convencional

Ante el supuesto de un trabajador que solicita se le abone la **mejora voluntaria del subsidio de incapacidad temporal** para el periodo de **prórroga de efectos posteriores a los 18 meses**, en **STS 10-11-2010 (Rc 3693/09)** la Sala IV falla en dos sentidos:

1.- Por un lado, reiterando jurisprudencia anterior, que existe la **obligación de complementar el subsidio** por la empresa **durante todo el tiempo** a que se extienda la incapacidad temporal, incluida la prórroga extraordinaria superados los 18 meses, hasta que se declare la incapacidad permanente y mientras persista la relación laboral.

2.- Por el otro, que deben **abonarse los intereses por mora**, si bien, no el previsto en el art. 29 ET –que refiere exclusivamente a las deudas salariales y no a las mejoras voluntarias de Seguridad Social que no son salario- sino los **intereses sustantivos comunes** (arts. 1110,1101 y 1108 CC), y los genéricos procesales (art. 576.2 LEC).

Además, ante el supuesto de un trabajador cuyo **despido** fue declarado **improcedente** estando en situación de **incapacidad temporal durante todo el periodo** al que puede extenderse la obligación de abonar los **salarios de tramitación**, en **STS 21-09-2010 (Rc 3704/09)**, reiterando lo expuesto en STS 10-02-2009 (Rc 3672/07) **y creando jurisprudencia**, se le reconoce el **derecho** a percibir el **complemento al subsidio de incapacidad temporal**

establecido como mejora convencional, y ello por cuanto entiende la Sala IV que el ilícito empresarial (despido improcedente), no puede privar al trabajador de la mejora, pues ello supondría liberar al empleador del pago de la obligación contraída convencionalmente y atribuir las consecuencias de dicho ilícito al trabajador, que tendría que soportar el quebranto económico, lo que no es admisible

2.2. Incapacidad permanente

2.2.1. Compatibilidad de pensiones en RGSS y RETA

La Sala IV falla en STS 11-05-2010 (Rc 3640/2009), 12-05-2010 (Rc 3316/09), 15-07-2010 (Rc 4445/09) y 22-11-2010 (Rc 233/2010), STS 20-01-2011 (Rc 708/10) y 27-01-2011 (Rc 1442/10) en el sentido de que cabe la **compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente en dos regímenes de la Seguridad Social**, cuando no ha existido simultaneidad de cotización a ambos regímenes (no pluriactividad), sino **sucesión en las actividades laborales** que dan lugar al alta del sujeto en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social, siempre y cuando el beneficiario reúna los requisitos legales exigidos para cada una de ellas. Añade la Sala que la diversidad de patologías en los procesos de incapacitación que se reclaman, y las **diferentes secuelas** que se producen con un intervalo cotizado en el ejercicio de profesiones diversas y en diversos regímenes de la Seguridad Social, con **cotización suficiente** en cada uno de ellos para lucrar pensión por incapacidad permanente, es lo que permite compatibilizar ambas prestaciones, ya que en el supuesto de agravación de un cuadro determinante de incapacidad permanente total, lo que cabría sería la revisión del grado.

La Sala, en **STS 05-07-2010 (Rc 3367/09)**, distingue, por comparación con la STS de 12-05-2010 (Rc 3316/2009), entre concurso de incapacidades independientes (que es lo que se reconoció en dicha sentencia), de un concurso de lesiones. En atención a dichos extremos considera que cuando las **lesiones** son sucesivas y **derivadas no de distintas contingencias**, sino de **agravación** de un cuadro determinante de incapacidad permanente total ha degenerado en incapacidad permanente absoluta, **no pueden reconocerse dos pensiones independientes**, por cuanto se está en presencia de un concurso de lesiones, lo que se diferencia de la situación en la que se tienen patologías diversas, en las que se está ante un concurso de incapacidades independientes que tiene que derivar en el reconocimiento de dos pensiones de incapacidad permanente independientes.

2.2.2. Cálculo de la prestación

Si bien con carácter general, cuando el hecho causante de la incapacidad permanente se fija en el dictamen emitido en el expediente de calificación o en la fecha de extinción de la incapacidad temporal, el periodo de carencia se acredita con las cotizaciones efectivamente realizadas hasta el hecho causante, en el supuesto de que el **hecho causante se fije en el momento en que se inició la incapacidad temporal** (por ser en aquél

momento en que las dolencias ya tenían carácter irreversible), la Sala IV en **STS 18-05-2010 (Rc 3495/09)**, ha fallado en el sentido de que habrá de tenerse en cuenta para **acreditar el periodo de carencia**, las **cotizaciones** correspondientes a la **incapacidad temporal** y las posibles **cotizaciones ficticias** por no agotamiento del periodo máximo o de la prórroga.

A efectos de acreditar el **requisito de carencia específica** exigido para causar prestaciones por incapacidad permanente (de quien ha cotizado en el **RETA**), **pueden abrirse tantos paréntesis como periodos sin obligación de cotizar acredite el interesado**, y ello cuando se han alternado periodos de actividad laboral con otros de inscripción como demandante de empleo sin cobrar prestaciones por esa situación. La Sala IV adopta tal conclusión en **STS 24-11-2010 (Rc 777/09)**, por entender que en caso contrario se incentivaría la inactividad, el paro y la falta de cotización, ya que nadie aceptaría un trabajo de corta duración o de duración intermedia, por el riesgo de perder el beneficio de la apertura de un único paréntesis, ni nadie con delicada salud o edad avanzada, buscará trabajo o se dará de alta como autónomo si con ello pierde dicho beneficio.

Sobre el cálculo de la **cuantía de una pensión de incapacidad permanente**, cuando **quien accede a ella tiene ya la edad de jubilación** (65 años), pero **no tiene la carencia** necesaria para lucrar la pensión de jubilación (15 años), se ha pronunciado la Sala IV en **STS 22-06-2010 (Rc 1045/2009)**, en el sentido de que **no cabe la aplicación del 100%** directamente **sobre la base reguladora** (por ser una incapacidad absoluta), sino sobre el porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización que esté establecido en cada momento para el acceso a la pensión de jubilación, y ello en aplicación del art. 139.5 LGSS, añadido por la Ley 35/2002, de 12 de julio.

En la **STS 25-05-2010 (Rc 2345/09)**, la Sala IV falla en el sentido de que respecto del periodo en que un trabajador estuvo ejerciendo el derecho fundamental a la **huelga**, la **base reguladora** de una **incapacidad permanente** se debe calcular teniendo en cuenta las **bases mínimas y no aplicando la teoría del paréntesis**, por cuanto si durante el periodo de huelga no existe obligación de cotizar conforme al art. 106.5 LGSS, debe ser de aplicación el art. 140.4 LGSS en relación con dichas bases mínimas, ya que la exención del deber de cotizar, si bien obedece al ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga, no es ajena a la voluntad del interesado sino que por el contrario es voluntaria.

Por su parte, y en relación a cómo debe calcularse **la base reguladora** de una **prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo**, cuando el convenio colectivo (en el supuesto enjuiciado el Convenio Colectivo de Trabajo de la Construcción y Obra Pública de la provincia de Granada), asigna a la mensualidad correspondiente a las **vacaciones de verano el mismo importe que una paga extraordinaria**, se ha resuelto, en **STS 08-07-2010 (Rc 3137/09)**, en el sentido que se resume en la siguiente fórmula

365 días -30 días vacaciones = 335 días x salario día = x

{x + importe del plus + [valor de una paga extraordinaria x 3 (porque la paga de vacaciones se equipara a la extraordinaria)]/12

El cálculo de la prestación por **gran invalidez**, según lo dispuesto en el art. 139.4 LGSS, en redacción dada por el art. 2.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (que concreta “*si el trabajador fuese calificado de gran inválido tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que lo atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que deriva la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador*”), no puede realizarse teniendo en cuenta que antes de aplicar los porcentajes del 45% y 30% respectivamente, deba recalcularse su importe teniendo en cuenta las pagas extraordinarias, lo que llevaría a que la base de cotización vigente en el momento del hecho causante, y la última base de cotización del trabajador (correspondiente a la contingencia de la que derive la incapacidad permanente), deberán multiplicarse por 12 y dividirse por 14 por, sino **por la simple suma del 45% de la base mínima de cotización y del importe del 30% de la última base de cotización del trabajador**, sin ninguna otra operación aritmética, y ello por cuanto así lo ha interpretado el TS en **STS 16-06-2010 (Rc 3774/09)**.

2.2.3. Grado de incapacidad

En **STS 01-06-2010 (Rc 1550/09)**, la Sala IV falla en el sentido de que cuando por **sentencia de suplicación** se **rebaja el grado de incapacidad reconocido** en la instancia, **habiendo percibido** el actor las **prestaciones** correspondientes al grado de incapacidad superior durante la sustanciación del recurso, **no** existe la **obligación de devolver la diferencia** entre lo cobrado y lo debido de cobrar, en aplicación de la literalidad de los artículos 192.2 y 4 y 292.1 y 2 LPL.

Reiterando lo dispuesto en STS 14-07-2009 (Rc 3987/08), la **STS 19-07-2010 (Rec. 3283/08)**, **crea jurisprudencia**, al declarar la **incompetencia de la Mutua para impugnar la resolución del INSS por la que se reconoce al trabajador una pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional**, en supuestos anteriores a la entrada en vigor de las modificaciones incorporadas en los arts. 68 y 201 LGSS por la Ley 51/2007 y Disposición Final 3ª Ley 2/2008. Alega la Sala IV que “*la asunción del coste de esa prestación por la vía de la opción abierta por la disposición adicional 1ª de la Orden de 27-12-2005 no se ajusta a la legalidad vigente y no puede alterar la configuración de la relación de protección. Frente a ello no cabe alegar que la falta de legitimación produce a la Mutua una situación de indefensión, porque el*

reconocimiento de la pensión no crea de forma automática la obligación de abonar el capital coste; obligación que tendrá que ser declarada por el organismo gestor competente y que podrá ser impugnada por la Mutua alegando la ilegalidad de la opción. La Mutua puede combatir la decisión del INSS para excluir la aplicación del capital coste, invalidando la opción por ilegal. Pero no puede impugnar el reconocimiento de la pensión que a favor del trabajador ha hecho el único organismo competente”.

2.2.4. Incapacidad permanente total: no percepción de salarios hasta recolocación

Reiterando la doctrina las SSTS 01-07-2009 (Rc 2816/2008) y 03-11-2009 (Rc 4314/2008), en **STS 12-07-2010 (Rc 4460/09)**, se señala que en aplicación del art. 65 del **Convenio Colectivo Personal Laboral Administración del Estado**, se prevé un **derecho de recolocación** tras la incapacidad permanente total, **pero no** la obligación de **creación de puesto de trabajo adecuado** a las circunstancias personales del trabajador declarado incapaz, por lo que no es obligatorio dar empleo adecuado, ni indemnizar por el incumplimiento de ese deber, ni abonar el salario dejado de percibir mientras se espera a la recolocación.

2.2.5. Mejora voluntaria: plazo de prescripción

Las **actuaciones penales** seguidas como consecuencia de un **accidente de trabajo**, **no interrumpen el plazo de prescripción de cinco años** previsto en el art. 43.3 LGSS para reclamar una mejora voluntaria (seguro de accidente que incluye como garantía la incapacidad permanente absoluta), ya que como argumenta la **STS 17-01-2011 (Rc 4468/09)**, las diligencias penales tienen un objetivo que no guarda ninguna relación con la mejora y su exigibilidad por parte del trabajador accidentado, por lo que no cabe atribuir a las mismas efecto suspensivo alguno respecto de la acción para reclamarla.

2.2.6. Indemnización: deportistas profesionales

Reiterando la doctrina de la STS de 02-03-2004 (Rc2820/03), con la **STS 10-06-2010 (Rc 4394/08)**, se crea **jurisprudencia** cuando la Sala IV estima que un **futbolista** (cuya relación laboral se regula según lo dispuesto en el RD 1006/1985, de 26 de junio), que **sufre un accidente de trabajo, extinguiéndose su relación laboral con posterioridad al mismo** por despido reconocido por la empresa como improcedente, y siendo declarado incapaz permanente total como consecuencia de dicho accidente, **tiene derecho a la indemnización** prevista en el art. 13 d) del RD 1006/1985, ya que lo decisivo es que el contrato esté vigente a la fecha del accidente y no en el momento en que fue declarado en situación de incapacidad permanente, ya que el actor se encontraba de hecho incapacitado para la práctica del deporte a la fecha de extinción de la relación laboral, siendo éste el daño que se indemniza.

2.2.7. RETA

Como ya se afirmó en SSTS 21-12-09 (Rc 746/09) y 04-02-10 (Rc 2068/10), y se reitera en **STS 19-05-2010 (Rc 3461/09)** y **STS 20-12-2010 (Rc 4537/09)**, dado que la Disposición Adicional Única RD 463/2003, prevé que el **complemento por mínimos de la incapacidad permanente total para los trabajadores del RETA** sólo corresponderá **a partir del 01-01-2003**, aquellos trabajadores que hubieran sido calificados como incapacitados permanentes totales con anterioridad a dicha fecha, no tendrán derecho a dicho complemento.

Por otro lado, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala de las SSTS 13-11-2001 (Rc 8695/2001) y 14-04-2005 (Rc 2007/04), que se dictaron en aplicación del art. 3.4 de la Ley 26/1985, en **STS 24-01-2011 (Rc 1394/10)**, respecto de la que no es de aplicación la normativa anterior sino el art. 140 LGSS, se sigue **denegando el beneficio de integración de lagunas con las bases mínimas para los periodos en que no existió obligación de cotizar**, a los trabajadores afiliados al RETA, por lo que a efectos de determinación de la base reguladora de una prestación de invalidez permanente absoluta, no se pueden completar las cotizaciones con las bases mínimas durante el periodo en el cual, como consecuencia de permanecer en situación de incapacidad temporal, no existió obligación de cotizar.

3. REINTEGRO

3.1. Prestaciones

En **STS 11-05-2010 (Rc 1942/2009)**, se estima que la **caducidad del expediente administrativo** por el **transcurso de tres meses** desde su inicio **no impide su reapertura ni afecta al derecho sustantivo**, mientras no prescriba por el transcurso del plazo prescriptivo del artículo 45.2 LGSS, es decir, una vez caducado un expediente de reintegro de prestaciones indebidas por haber transcurrido seis meses desde su inicio, puede ser reabierto por la entidad gestora mientras no haya prescrito el deber de reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas, ya que la **caducidad del expediente comporta solamente que no se ha interrumpido el curso de la prescripción**.

3.2. Gastos médicos

Ante la cuestión de si **un trabajador** dado de alta en la Seguridad Social española, **desplazado a Francia**, con tarjeta sanitaria europea, tiene derecho o no al reembolso de los gastos derivados de la asistencia sanitaria de carácter urgente –que requirió de hospitalización e intervención quirúrgica- recibida en dicho país –Francia, en el que existe un sistema de “ticket moderador” según el cual el usuario paga parte del servicio- la Sala IV, en **STS 13-07-2010 (Rc 2194/09)**, reiterando lo expuesto en la STS de 04-03-2010 (Rc 1504/2009) y **creando** de este modo **jurisprudencia**, reconoce el **derecho al reintegro** en aplicación de la normativa comunitaria en la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Y ello por cuanto entiende que

en los casos de urgencia vital, es indiferente que la asistencia urgente se haya necesitado y producido en España o en el extranjero, dado que está garantizada a todos los afiliados a la Seguridad Social, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren; a lo que añade que la normativa española no puede obstaculizar la libre prestación de servicios de asistencia hospitalaria, de servicios turísticos o de servicios educativos en supuestos de un tratamiento imprevisto y de carácter urgente.

4. DESEMPLEO

4.1. *Fijos discontinuos*

En atención a la cuestión de cómo se deben computar para calcular el **periodo de ocupación cotizada** a efectos de **prestaciones por desempleo de estibadores portuarios fijos-discontinuos**, la Sala IV, reiterando doctrina anterior [SSTS 4-11-2009 (Rc 2452/07), 17-12-2009 (Rc 1595/09) y 22-04-2010 (Rc 2686/09)], en **STS 12-05-2010 (Rc 3940/09)**, se vuelve a reiterar que no si el salario diario cobrado por el estibador portuario cinco días a la semana, incluye la parte proporcional del salario del sábado y del domingo de esa semana y la parte proporcional del salario de los días festivos y de las vacaciones, resulta que la cotización por el salario de ese día también incluye la de los días que se le pagan prorrateados, lo que supone que se cotiza por ellos, razón por la que los mismos se deben computar para calcular el periodo de ocupación cotizada.

4.2. *Trabajadores a tiempo parcial*

No cabe denegar el **derecho a la prestación por desempleo** de un **trabajador a tiempo parcial** (que prestó servicios por cuenta ajena con jornada semanal de cinco horas), por no acreditar 360 días cotizados en los últimos 6 años, teniendo en cuenta que el porcentaje de jornada realizada equivaldría a un número de días de cotización efectiva (cinco horas semanales equivalen a 12.5% de jornada respecto de la jornada ordinaria, que equivale a 84 días de cotización efectiva). Así ha fallado la Sala IV en **STS 10-11-2010 (Rc 3600/09)** en atención a lo dispuesto en el RD 625/1985, de 2 de abril que desarrolla la Ley 31/1984, de protección de desempleo, a la que remite la disposición adicional 7ª.1 Cuarta LGSS, que contempla **que las cotizaciones efectuadas a tiempo parcial cada día trabajado, se computarán como un día cotizado cualquiera que haya sido la duración de la jornada**, lo que supone que no se puede imponer un trato distinto a los días trabajados a tiempo parcial, de los trabajados a tiempo completo, y ello con independencia del número de horas en que hubiera consistido la jornada

4.3. *Modalidad de “pago único”*

Ante la cuestión de si un **trabajador** que fue **despedido improcedentemente** y la empresa le **reconoce un periodo de vacaciones retribuidas** (que no habían sido disfrutadas), **tiene derecho a la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, cuando solicita la misma**

durante el periodo vacacional, la Sala IV falla en sentido positivo en **STS 10-12-2010 (Rc 46/10)**, por entender que la situación legal de desempleo se inicia en el momento del despido, por lo que el trabajador se halla en la situación prevista en el art. 203.1 LGSS. Además, dado que en el supuesto analizado el trabajador había iniciado actuaciones con anterioridad a la solicitud de la prestación por desempleo para constituir una sociedad, la Sala IV entiende que no puede sostenerse que no tenga derecho a la prestación, ya que en dicha modalidad de “pago único”, no está prohibido que los actos de preparación, e incluso la propia actividad, se inicien antes de la solicitud.

4.4. Subsidio por desempleo

A efectos de determinación de que los ingresos no alcancen el 75% del SMI para la obtención del subsidio por desempleo, **no se puede descontar del cómputo de rentas, la suma que a efectos de tributación por el impuesto de la renta de las personas físicas se considera mínimo exento**, y ello por cuanto se dispone en **STS 27-07-2010 (Rc 3380/08)** reiterando lo dispuesto en las SSTs 28-10-2009 (Rc 3354/08) y 21-11-2007 (Rc 4604/06), por cuanto la exención de un mínimo de renta viene establecida en una ley de naturaleza fiscal y salvo remisión legal en contrario resulta inaplicable a otros órdenes normativos.

En **STS 16-11-2010 (Rc 1125/10)**, la Sala falla en el sentido de que la **beca para “material didáctico, compensatoria y residencia”**, percibida por la hija de quien pretende se le reconozca el derecho al subsidio por desempleo, **no tiene la naturaleza de rentas** susceptibles de ser sumadas a las del conjunto de la unidad familiar para determinar la existencia de estado de necesidad a efectos de percepción de subsidio por desempleo y ello por cuanto entiende la Sala que hay que distinguir entre:

- 1.-Becas públicas que se conceden en virtud de relación laboral o funcional como rendimiento a un trabajo, estudio o investigación, o becas otorgadas a estudiantes de formación profesional sin relación laboral pero que tiene como finalidad facilitar la colocación, que pueden considerarse “remuneratorias” o de naturaleza “pre-laboral”, y que habría que incluir dentro del concepto de renta de cualquier naturaleza a efectos de determinación del cómputo de carencia de rentas, y
- 2.-Becas otorgadas por el Ministerio de Educación y Ciencia para la realización de estudios académicos y no profesionales, destinadas a compensar las desventajas económicas que supone para la familia la dedicación al estudio de algunos de sus miembros, que no pueden ser consideradas como rentas, sino como compensación de gastos y desventajas económicas.

La obligación de reintegro de subsidio por desempleo, sólo debe realizarse en relación con lo abonado en el **mes en que** la perceptora del mismo **vendió el fondo de inversión** del que era cotitular, percibiendo una ganancia que se volvió a reinvertir. Así lo ha concretado la Sala IV en **STS 28-10-2010 (Rc 706/10)**, en la que considera que tras la reforma operada en el art. 219.2 LGSS por la Ley 45/2002, la obtención de rentas superiores al mínimo

legal durante un tiempo que no alcance los 12 meses, provocará la suspensión del subsidio; si por el contrario se mantiene dicha situación por tiempo superior, éste se extingue, debiendo equipararse al primer supuesto (suspensión), las ganancias generadas por la venta de bienes que se produjo en unidad de acto, obteniéndose el precio de modo puntual.

4.5. Devolución de la prestación indebidamente percibida

En STS 22-09-2009 (Rc 3856/08) se falló en el sentido de que cuando no se comunicaba por quien estaba percibiendo prestación por desempleo al por entonces INEM, la existencia de un título que daba lugar al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia era el cese en el percibo de las prestaciones y la devolución de las percibidas. Dicha doctrina **se rectifica** por **STS 01-02-2011 (Rc 4120/09)**, dictada en Sala General (que contiene voto particular que suscriben 4 Magistrados), y se reitera, creando **jurisprudencia**, en **STS 21-03-2011 (Rc 1187/10)**, según la cual, si bien incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia de un título en virtud del cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación (en el supuesto enjuiciado una sentencia por la que se declara la improcedencia del despido y el derecho al percibo de salarios de tramitación), la consecuencia de dicho incumplimiento **no debe extenderse a la devolución íntegra de la totalidad de la prestación** cuando durante el percibo de la misma existía una situación de desempleo protegida no incompatible; es decir, **sólo cabría la devolución de lo percibido indebidamente desde la fecha de notificación de la sentencia por la que se condenó al pago de salarios de tramitación**. La argumentación de la Sala es que el despido en sí mismo determina la existencia de situación de desempleo y derecho al percibo de la correspondiente prestación, y si después del reconocimiento inicial del derecho a la prestación, se plantea demanda por despido que termina con una sentencia o acta de conciliación en la que se obliga al pago de salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo no se produce una vez finalizado el periodo a que corresponden los salarios de tramitación, sino desde el despido (porque la prestación por desempleo no es doble, sino una sola que nace con la extinción del contrato de trabajo), sobre la que se deben proyectar las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, y que llevan a que la devolución sólo proceda respecto de los periodos incompatibles.

La Sala IV, reiterando lo dispuesto en STS 12-04-2010 (Rc 3335/09), crea **jurisprudencia** con la **STS 18-10-2010 (Rc 4302/09)**, concretando que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 9ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre:

1.-No cabe devolver las cantidades percibidas en concepto de **desempleo** –cuando se ha producido una fraudulenta concatenación de contratos- **cuando se hayan prestado servicios con anterioridad a la entrada en vigor de la norma.**

2.-La **Entidad Gestora podrá reclamar** la devolución de las cantidades percibidas en concepto de desempleo, **siempre que el último contrato temporal se hubiera concertado tras la entrada en vigor de dicha norma.**

La Sala IV argumenta que el art. 145 bis LPL regula una cuestión sustantiva por la que se prevé el derecho de la Entidad Gestora a reclamar al empresario la devolución de las cantidades abonadas por desempleo y las cotizaciones correspondientes, cuando en los cuatro años anteriores a una solicitud de prestaciones, hubiera concertado contratos temporales fraudulentos y abusivos con un mismo trabajador, mientras que la disposición transitoria novena contiene una precisión procesal, y fija el momento en que la Entidad Gestora puede ejercitar la acción de art. 145 bis LPL, cuando el último de los contratos temporales celebrados en fraude de ley se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre –es decir, el 14-12-2002-

4.6. Incompatibilidad con prestación por IPT

Siguiendo la jurisprudencia de las sentencias dictadas en STS 27-03-2000 (Rc 3113/1999) y STS 19-02-1996 (Rc 3003/95), la Sala IV, nuevamente, en **STS 09-12-2010 (Rc 4363/09)**, falla en el sentido de que **quien percibe prestación de incapacidad permanente total, no tiene derecho a la prestación por desempleo** derivada de una ocupación posterior y compatible con la incapacidad declarada, **cuando no ha completado** respecto del nuevo trabajo el **periodo mínimo de cotización** exigido en el art. 210 LGSS, sin que cotizaciones anteriores a la situación de incapacidad puedan ser tenidas en cuenta a tal efecto. Argumenta la Sala que las razones derivan de que:

1.- La pérdida o suspensión de empleo tiene que referir al nuevo trabajo y no a la ocupación anterior y

2.- Las cotizaciones previas al reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, no pueden ser aplicadas a una futura prestación por desempleo respecto de una ocupación compatible, ya que en caso contrario se conculcaría la regla de incompatibilidad de percibo de ambas prestaciones.

5. MATERNIDAD

5.1. Revisión de la base reguladora

Ante un supuesto en que la trabajadora disfrutó de descanso por maternidad durante un periodo de tiempo (entre el 13-06-2005 al 02-10-2005), procediendo la empresa para la que prestaba servicios a realizar una cotización adicional para el periodo en que estuvo disfrutando del descanso maternal (mayo 2005-febrero 2006), solicitando la trabajadora revisión de la base reguladora de la prestación por maternidad en fecha posterior (03-12-2007), la Sala IV, en **STS 25-05-2010 (Rc 1525/09)**, falla en el sentido de que dado que

el titular de una prestación reconocida que interesa una revisión de la misma, no tiene límite temporal alguno para el ejercicio de la acción, si bien los efectos económicos de la revisión sólo tendrán una retroactividad de 3 meses, en supuestos como el presente, en que la revisión de la base reguladora no trae causa de un error de la entidad gestora, sino por hechos nuevos:

1.- Si el trabajador lo solicita en el plazo de tres meses desde que se produce el hecho nuevo, los efectos económicos de la revisión se retrotraerán al momento inicial en que, conforme a los nuevos datos, corresponde aplicar la nueva base reguladora;

2.- Si el trabajador lo solicita en plazo posterior, los efectos económicos se retrotraerán únicamente a los tres meses anteriores a la solicitud.

Y como la trabajadora había solicitado la revisión en plazo posterior a tres meses desde que la empresa realizó una nueva cotización, y como al tratarse de una prestación temporal (maternidad) ésta ya estaba extinguida en el momento en que se produce el hecho causante de la revisión, no le corresponde el derecho a la revisión solicitada.

5.2. Adopción de hija biológica de pareja de hecho

Ante el supuesto de quien **adopta a la hija biológica de su cónyuge**, tras un periodo previo de convivencia con la misma, **solicitando prestación por maternidad**, la Sala IV, en **STS 15-09-2010 (Rc 2289/09)**, falla a favor del **reconocimiento del derecho**, por entender:

1.- Que se reúnen todos los requisitos exigidos legalmente para tener derecho a la prestación por maternidad prevista legalmente (adopción, disfrute del periodo de descanso por maternidad, acreditación de las condiciones establecidas en el art. 124.1 LGSS y cotización de 180 días dentro de las 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de la resolución judicial por la que se constituye la adopción);

2.- La normativa no exige como requisito que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad;

3.- No se establece como supuesto de denegación, anulación y/o suspensión del derecho, el que el menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad;

4.- En caso de denegarse el derecho en este supuesto en concreto, no se tendría tampoco derecho en supuestos de adopción legalmente previstos;

5.- La integración del adoptado en la nueva familia no se produce por el hecho de la convivencia con el adoptante antes de la adopción, sino con la propia adopción, y

6.- No obstaculiza el derecho al descanso y a la prestación por maternidad, el que la madre biológica también hubiera disfrutado del permiso por maternidad, pues el percibo de la prestación por parto no excluye el derecho al percibo de la prestación por adopción.

6. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

Como consecuencia de las **SSTS 17-03-2011 (Rc 1865/10), 17-03-2011 (Rc 2448/10), 17-03-2011 (Rc 1865/10), 18-03-2011 (Rc 1290/10), 18-03-2011 (Rc 2257/10), y 18-03-2011 (Rc 1966/10)**, **no se reconoce el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural** a las trabajadoras **ATS del Hospital Costa del Sol** (Málaga). Las trabajadoras de dicho hospital que habían sido madres, solicitaron la prestación de riesgo durante la lactancia, que le fue reconocida por sentencia de suplicación, por entenderse que ante la ausencia de puestos sanitarios exentos de riesgo, no cabía exigirles que llevaran a cabo tareas ajenas a su cualificación. En la declaración empresarial y certificado del EVI, existía una referencia indirecta a los riesgos del puesto de trabajo, y sólo aparecían nueve puestos exentos de riesgo (todos ellos de naturaleza administrativa), no existiendo ningún puesto sanitario exento de riesgos. Para denegar el derecho a la prestación, la Sala IV del TS, argumenta que la evaluación de riesgos en el supuesto de la lactancia natural, tiene que ser específica y en relación con dicho riesgo, pudiendo reconocerse el derecho a la prestación cuando:

1.-Se hayan identificado los riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural;

2.-Exista imposibilidad de adaptación de las condiciones de trabajo del puesto específico y

3.-Tampoco sea posible un cambio de puesto de la misma o diferente categoría que no tenga riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados. Al no constar debidamente descritos, valorados y acreditados los riesgos específicos en relación con la lactancia, no es posible conocer si existen riesgos o puestos exentos de riesgo, por lo que no se puede articular el mecanismo legal anteriormente descrito, que en caso de imposibilidad de cumplimiento lleve al reconocimiento del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural.

7. VIUDEDAD

7.1. Parejas de hecho: acreditación

Respecto de la **acreditación de la existencia de pareja de hecho** o *“convivencia ininterrumpida como pareja de hecho”* a los efectos de obtener una pensión de viudedad, la Sala IV, en **SSTS 25-05-2010 (Rc 2969/09), 24-06-2010 (Rc 4271/09), 06-07-2010 (Rc 3411/09), 14-09-2010 (Rec. 3805/09)**,

20-09-2010 (Rc 4314/09), 12-11-2010 (Rc 975/10), 09-12-2010 (Rc 3914/09), 15-03-2011 (Rc 1514/10), STS 14-04-2011 (Rc 1846/10) y STS 14-04-2011 (Rc 710/10), falla en el sentido de que siempre que sea de aplicación el art.174.3 LGSS, o la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (para fallecimientos acontecidos con anterioridad al 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de dicha norma), **además del certificado de empadronamiento** al que refiere la norma, **servirá cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho**, especialmente de carácter documental, con fuerza suficiente para llevar a la entidad gestora, o al juzgador, a la convicción de la existencia de la pareja de hecho con la duración requerida por la norma (6 años en aplicación del art. 174.3 LGSS ó 5 años en aplicación de la Disposición Adicional tercera Ley 40/2007), y ello por cuanto el art. 174.3 LGSS refiere al certificado de empadronamiento, pero además, a *“convivencia estable y notoria”*, y admite la acreditación de pareja de hecho mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o documento público, de lo que se deduce que el certificado de empadronamiento no es el único medio de prueba posible. Añade la Sala que una vez acreditada la existencia de pareja de hecho por cualquier medio admisible en Derecho, **la acreditación de la duración necesaria para causar derecho a la pensión de viudedad** (periodo de carencia de 5 ó 6 años), **se verificará por el mero transcurso del tiempo** (y mientras que la pareja de hecho no haya dejado de existir), **o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho**.

Por otra parte, en **STS 14-06-2010 (Rc 2975/09)**, la Sala IV señala, que tiene derecho a la pensión de viudedad quien acredita, por **cualquier medio de prueba** (y no sólo inscripción en registro público como pareja de hecho o formalización de documento público), una **convivencia de dos años con el causante** (en conjunción con la del matrimonio) **fallecido menos de un año después de haber contraído matrimonio** y como consecuencia de una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal. Señala la Sala IV, que para evitar los matrimonios de conveniencia para percibir pensiones de viudedad, en supuestos en los que la enfermedad común de la que derivó la muerte del causante se contrajo con anterioridad al matrimonio, el legislador exigía o bien que la pareja hubiera tenido hijos en común, o que se acredite una convivencia de duración razonable que se fija en dos años en conjunción con los del matrimonio, cautela que no exige una excesiva rigidez formal para acreditar el periodo convivencial, sirviendo cualquier medio de prueba admitido en Derecho para acreditar dicho periodo de convivencia.

Además, en **SSTS 20-07-2010 (Rc 3715/09), 17-11-2010 (Rc 911/10), 26-01-2011 (Rc 2174/10) y STS 26-01-2011 (Rc1556/10)** la Sala IV, acogiendo la doctrina anterior -STS 09-06-2010 (Rc 2975/09)- relativa a que el derecho a la pensión en las situaciones matrimoniales que no alcancen un año de duración, habiéndose producido el fallecimiento por enfermedad común, se sujetan a la acreditación (por empadronamiento o cualquier medio admitido en Derecho) de un periodo de convivencia que sumados al de matrimonio hubiera superado los dos años, añade que **no es exigible el requisito de inscripción**

en el registro de parejas de hecho o escritura pública, y ello porque dado que el supuesto se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la pensión de viudedad, el requisito de acreditación de la convivencia está cumplido por el propio matrimonio.

7.2.-Separación o divorcio: reconocimiento del derecho

En las **SSTS 07/06/2010 (Rc 4841/03), 06-07-2010 (Rc 931/09), 07-07-2010 (Rc 1866/05) y 08-07-2010 (Rc 813/05)**, se reconoce el **derecho a la pensión de viudedad** de quien **estando divorciada del causante, mantenía una convivencia more uxorio con otra persona**. La Sala IV resuelve en aplicación el art. 174. 2 LGSS en redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre -que establecía *“en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”*-, y 174. 3 LGSS, según redacción dada por idéntica norma -que establecía *“los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil [que preveía la posibilidad de extinción de la pensión por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona] sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”*-. La **Sala de lo Social del Tribunal Supremo** presentó, con ocasión del Rc 4841/2003, por Auto de 16-12-2005, **cuestión de inconstitucionalidad** en relación con la causa de extinción de la pensión de viudedad establecida por el art. 101 CC, al que remitía el art. 174. 3 LGSS, por la diferencia de trato que suponía el reconocer la pensión de viudedad al cónyuge viudo que convivía maritalmente después del fallecimiento del causante con otra persona, y sin embargo denegarla a quien había estado divorciada del causante y convivía maritalmente con otra persona, declarándose, **por STC 22/1020, de 7 de abril de 2011, inconstitucional y nulo el art. 174. 3 LGSS en relación a la referencia de vivir maritalmente con otra persona**, y ello por cuanto en sentencia previa (STC 125/2003, de 19 de junio), se había declarado inconstitucional la norma 5ª de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en referencia a la causa de extinción de las pensiones establecidas en el art. 101 CC de *“vivir maritalmente con otra persona”*. La argumentación del Tribunal Constitucional, es que puesto que la convivencia more uxorio con una persona con la que no existe vínculo conyugal, es lícita, no puede deducirse de ello la privación de una pensión de viudedad, ya que se estaría dando un trato injustificadamente diferente a los cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados (en relación con los que operaría la causa legal de extinción de la pensión) respecto del cónyuge viudo.

En materia igualmente de viudedad, y en relación a si tiene **derecho a la pensión de viudedad** quien **se divorció de su marido sin que se hubiera fijado en la sentencia de divorcio pensión compensatoria alguna**, si bien cumpliendo con todos los requisitos para acceder a la pensión solicitada

además de **haber sido víctima de violencia de género** por parte del causante, por **STS 21-12-2010 (Rc 1245/10)** y **STS 26-01-2011 (Rc 4587/09)**, se reconoce el derecho a la pensión a pesar de que el fallecimiento del causante se produjo con anterioridad a la entrada en vigor (01-01-2010) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre que modificó por su disposición final tercera, apartado diez, el art. 174.2 LGSS, para eximir del requisito de ser acreedora de pensión compensatoria a la mujer que haya sido víctima de violencia de género, y ello por cuanto entiende la Sala que se cumplen todos los requisitos que se exigen en la disposición transitoria decimoctava LGSS, que exige de dicho requisito en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 01-01-2008.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO

8.1. Determinación de la contingencia

La Sala IV, en **STS 15-06-2010 (Rc 2101/09)**, ha considerado que la muerte del trabajador acontecida como consecuencia de un “shock volémico secundario, a sangramiento digestivo abundante por gastritis hemorrágica, no existiendo antecedentes médicos de enfermedades en el actor”, tiene que ser considerada accidente de trabajo cuando el mismo se ha producido en tiempo y lugar de trabajo, y no se ha conseguido probar a carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba y el siniestro, y ello por cuanto cabe aplicar la presunción legal del art. 115.3 LGSS.

Reiterando la doctrina tradicional de la Sala IV expuesta en multitud de sentencias [SSTS 20-03-1997 (Rc 2726/96), 16-11-1998 (Rc 502/98), 21-12-1998 (Rec. 722/98), 30-05-2000 (Rc 468/99), 16-07-2004 (Rc 3484/03) y 06-03-2007 (3415/05), en **STS 24-06-2010 (Rc 3542/09)**, cuya doctrina se reitera en **STS 18-01-2011 (Rc 3558/09)**, se deniega la pretensión de la viuda de que la contingencia de la muerte de su marido (que falleció de un infarto de miocardio mientras se dirigía a la furgoneta de la empresa con la que se desplazaba al trabajo), se considerara derivada de accidente de trabajo, por cuanto entiende la Sala IV que cuando el art. 115.3 LGSS determina que “*se presumirá (...) que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo*”, dicha **presunción o asimilación a accidente de trabajo del accidente in itinere, se limita a los accidentes en sentido estricto** (lesiones súbitas y violentas podrecidas por agente externo), pero no, a los procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación.

En **STS 22-12-2010 (Rc 719/10)**, se considera que deriva de **accidente de trabajo el infarto de miocardio** sufrido por el trabajador en los vestuarios de la empresa durante la jornada laboral, por cuanto según reiterada jurisprudencia los vestuarios tienen la consideración de lugar de trabajo, y la estancia del trabajador en los mismos no se acreditó que fuera en tiempo de descanso para el trabajador.

La Sala IV en **STS 22-07-2010 (Rc 4049/09)**, considera como **accidente de trabajo “en misión”**, el fallecimiento de un trabajador por isquemia miocárdica-arritmia cardiaca mientras dormía en el camión que conducía, por entender que la lesión se ha producido en tiempo y lugar de trabajo, ya que se trata de un lapso temporal de presencia aunque no se presta trabajo efectivo de conducción.

8.2. Indemnización: aplicación del Baremo para accidentes de circulación

En **STS** (Sala General), de **30-06-2010 (Rc 4123/08)**, se falla en el sentido de que el **accidente de trabajo que sufre un aprendiz en ausencia del preceptivo tutor**, y como consecuencia de acciones realizadas sin orden empresarial, la actuación indebida del aprendiz debe atribuirse no a su inexperiencia, sino muy especialmente a la falta de formación y a la ausencia del obligado tutor. En virtud de ello, **se reconoce el derecho al percibo de indemnización por daños y perjuicios**, aplicando el Baremo para accidentes de tráfico, del siguiente modo:

1.- En relación con las **secuelas**, entiende la Sala que debe ser de aplicación para otorgar el valor del punto atribuible a las lesiones permanentes, **la disposición vigente en la fecha de consolidación de las lesiones** (alta médica), que **se incrementa por el factor de corrección por perjuicios económicos** en función de los ingresos netos de la víctima por trabajo personal; de la cantidad resultante **se debe deducir lo ya percibido por lesiones permanentes no invalidantes**;

2.- En relación con la **incapacidad temporal**, entiende la Sala, que el **lucro cesante** viene determinado por la **diferencia entre las cantidades percibidas por incapacidad temporal y las que le hubieran correspondido por salario**, debiendo aplicarse a la cifra indemnizatoria así obtenida, el interés legal moratorio, y desde la fecha de la sentencia los intereses procesales del art. 576 LEC.

En materia de indemnización por daños y perjuicios, en aplicación del Baremo para la fijación de indemnizaciones causadas en accidentes de circulación, y respecto de la cuestión de **si es compensable la indemnización reconocida por daños fisiológico y estético** producido como consecuencia de un accidente de trabajo, **con el importe del capital coste de la pensión de incapacidad permanente**, la Sala IV falla, en **STS 24-11-2010 (Rec. 651/10)**, que **no cabe dicha compensación**, ya que ésta debe operar entre conceptos homogéneos, reparando la indemnización por daño moral y fisiológico (calculada conforme a la Tabla III del Baremo) el daño físico causado, las secuelas que deja y el daño moral, y compensando el capital coste de la pensión de incapacidad permanente, por el lucro cesante (concepto distinto).

8.3. Responsabilidad

En el supuesto de **subcontrata que no tiene la misma actividad** que la empresa contratista, la **responsabilidad** en el pago de las prestaciones de

Seguridad Social (art. 127.1 LGSS), **es subsidiaria y no solidaria**, por lo que sólo se desencadena en el supuesto de que exista insolvencia. En este sentido ha fallado la Sala IV, en **STS 09-12-2010 (Rc 1266/10)** reiterando lo ya dispuesto en **STS 23-09-2008 (Rc 1048/07)**, **creando jurisprudencia**.

No cabe el pago a la viuda de un trabajador fallecido por enfermedad común, de la **cantidad asegurada** por la empresa en que prestaba servicios su marido, aún cuando cubra la enfermedad (por la que se produjo el fallecimiento) que se manifestó cuando estaba cubierto por la póliza (por aparecer el trabajador en la relación nominal), pero no en el momento en que se produjo el fallecimiento (al haber sido declarado en situación de incapacidad permanente), por cuanto en **STS 14-12-2010 (Rc 487/10)**, se entiende que **no cabe anticipar los efectos de la enfermedad común a un momento anterior a la muerte, aunque ésta sea conocida con carácter previo** a la misma hasta el punto del reconocimiento en situación de incapacidad permanente.

9. RECARGO DE PRESTACIONES

En la **STS 22-07-2010 (Rc 3516/09)**, la Sala IV determina que la **culpa del trabajador** en la producción del accidente, (salvo que el daño se produzca de forma exclusiva por una actuación culposa de la víctima), **no exonera** de responsabilidad **al empresario** y por lo tanto cabe imponer recargo de prestaciones, y ello por cuanto se entiende que existe concurrencia de culpas.

En **STS 29-11-2010 (Rec. 3355/09)**, se falla en el sentido de que el **recargo** de prestaciones por falta de medidas de seguridad, **opera sobre el 20% de incremento de la pensión de incapacidad reconocida**, por cuanto la naturaleza de dicho incremento es prestacional, aplicándose sobre toda ella el recargo.

10. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

10.1. Incompatibilidad entre pensión de invalidez y por hijo a cargo

En **STS 15-06-2010 (Rc 2683/2009)**, se resuelve la cuestión de si cabe la compatibilidad entre una **pensión de invalidez no contributiva con la asignación por hijo a cargo** (que en el concreto supuesto contemplado venía percibiendo de su padre), en el sentido de que el art. 189.3 LGSS, según redacción dada por la Ley 8/2005, de 6 de junio, considera **incompatibles ambas prestaciones**, por lo que deberá optarse por una de ellas.

10.2. Manutención de presos

En Sala General (con voto particular de 6 magistrados), y en la línea de lo ya dispuesto en la STS de 20 de diciembre de 2000, se falla, en la **STS 29-09-2010 (Rc 2479/09)**, y **29-09-2010 (Rc 3386/09)** que teniendo en cuenta la modificación introducida por la disposición adicional 16ª de la Ley 4/2005, en el art. 145.2 LGSS, **la manutención** que facilita a los **internos** la administración penitenciaria, **está incluida entre los ingresos que han de deducirse de la**

pensión no contributiva, y ello por cuanto es un ingreso en especie (valorado en dinero), de naturaleza prestacional, que ha de computarse a los efectos previstos en los artículos 144 y 145 LGSS.

En **STS 17-01-2011 (Rc3834/09)**, se reitera dicha previsión, destacándose que a partir de la Ley 39/2006, el art. 145.2 LGSS (según redacción dada por la Ley 4/2005), establece una regla de compatibilidad limitada entre la pensión no contributiva y los ingresos anuales del beneficiario que no excedan del 25% de la pensión, por lo **que sólo podrá deducirse** (de la pensión no contributiva) **la diferencia entre lo percibido en concepto de manutención y el 25% de la pensión no contributiva reconocida**.

11. PENSIÓN EXTRAORDINARIA A VÍCTIMAS DE TERRORISMO

No cabe reconocer el **derecho a la pensión extraordinaria** prevista en el RD 1576/1990, de 7 de noviembre, **a quien perdió dos hijos víctimas de un acto terrorista y fue declarada afecta de incapacidad permanente absoluta como consecuencia de ello**, por entender la Sala IV, en **STS 03-12-2010 (Rc 4255/09)**, que si bien en dicha norma no *define* “víctima de un acto de terrorismo”, el art. 64.4 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 4/1990, de 19 de junio, considera víctima de acto de terrorismo a quien resulte incapacitado o fallecido “*como consecuencia*” de actos de dicha índole, concepto que es más restringido que el de accidente de trabajo definido en el art. 115.1 LGSS, ya que no contempla la posibilidad de que la muerte o la incapacidad se hayan producido “*con ocasión*” de actos terroristas. En definitiva, entiende la Sala, que sólo son víctimas del terrorismo las personas que fueron directamente afectadas por la conducta criminal, pero no quienes padecieron daños personales derivados (o “*con ocasión*”) del sufrimiento, que no tiene derecho a dicha pensión extraordinaria.

III DERECHO PROCESAL LABORAL.

1. Jurisdicción y competencia por razón de la materia

1.1. Incompetencia en relación con materias que afectan al orden contencioso-administrativo

Es conocida la doctrina de la Sala según la cual el orden social no tiene competencia para la interpretación de normas contencioso-administrativas que afectan a personal laboral, estatutario o funcionario. Doctrina que recuerda la **STS 11-05-10 (Rc 3262/09)** a propósito de la reclamación de una subvención por parte de un sindicato contra la Comunidad de Madrid, pretensión que se basaba en un acuerdo sectorial para el personal funcionario de la Comunidad.

Por su parte, la **STS 13-07-10 (Rc 3142/09)** declara la incompetencia del orden social para conocer de una demanda por despido presentada por los profesores especialistas en lenguaje de signos, contratados al amparo del RD 1560/1995, mediante contratación administrativa temporal. Considera la sentencia que si bien normalmente no es posible la contratación por la

Administración de servicios de personas individuales mediante contratos administrativos, el caso de autos es una excepción, al regirse esta contratación por un conjunto de normas coordinado y homogéneo que expresamente prevé este particular régimen para el personal docente en cuestión, y, lógicamente, la naturaleza administrativa del vínculo excluye la competencia del orden social.

1.2. Excepcional competencia en materia de despido en el marco de un ERE

Si bien con carácter general el orden social no es competente, conforme a la legislación hasta ahora vigente, para pronunciarse sobre materias directamente vinculadas con expedientes de regulación de empleo, esta regla se excepciona en algunos casos. Tal acontece con el asunto del que han conocido las **STS 07-02-11 (Rc 815/10, 840/10, 1191/10, 818/10), 14-02-11 (Rc 1191/10)**, en el que se acudía al orden social en reclamación por despido de trabajadores afectados por un ERE, con base en la existencia de una cesión ilegal entre la empresa formal de los actores -IPELSA- y la efectiva destinataria de los servicios -Diputación Provincial de León-. Como advierte la Sala, en este caso la particular complejidad de la situación requiere un pronunciamiento diverso al que normalmente se evacua cuando se trata de declarar la incompetencia del orden social en materia de expedientes de regulación de empleo. No en vano, lo discutido se refiere a la existencia de una cesión ilegal, materia sobre la que no se pronuncia la autorización administrativa, lo que permite la entrada del orden social.

1.3. Competencia en materia relacionada con cuestiones fiscales

La **STS 18-05-10 Rec 3917/09** recuerda la doctrina de la Sala sobre la competencia del orden social cuando se trata de decidir si el empleador está legitimado por su propia autoridad para hacer descuentos en las nóminas de los trabajadores –vía compensación– por supuestas deudas de aquéllos, a consecuencia de previos errores sufridos por la empresa con ocasión de efectuar las retenciones por IRPF o IVA. No en vano, tal pretensión no deja de ser una disputa entre trabajadores y empresarios, incardinable por ello en el art. 2 [apartados a) y l)] LPL. Doctrina que esta sentencia trae a colación a propósito de los descuentos realizados por «Telefónica de España, SAU».

1.4. Recurribilidad en casación de un auto de la Audiencia Nacional

Se pronuncia la **STS 23-06-10 (Rc 44/09)** sobre la posibilidad de recurrir en casación ordinaria un auto de la Audiencia Nacional que pone fin al procedimiento por pérdida sobrevenida de objeto, al pretenderse la nulidad de un convenio ya derogado. La Sala rechaza el argumento de la empresa sobre la irrecurribilidad del auto por el carácter tasado y excluyente de las resoluciones recurribles en casación ordinaria -arts. 203-204 LPL- rayando a colación el carácter supletorio de la LECv respecto de la LPL en aquellas materias que no tienen en ésta un tratamiento específico, de modo que tramitado en el proceso laboral el incidente previsto en el art. 22 LECv para determinar si existe o no carencia sobrevenida de objeto, la resolución que se

dicte en instancia por la Audiencia Nacional, que apreciándola ponga fin al procedimiento, y que en la jurisdicción ordinaria sería recurrible en apelación; en el proceso laboral, lo será en casación ordinaria, haciendo efectiva la tutela judicial que proclama el art. 24 CE.

1.5. Demanda presentada ante el orden social tras la declaración de incompetencia del contencioso Administrativo

Como advierte la **STS 13-09-10 (Rc 234/09)** en estos casos, el plazo para la interposición de la demanda, a efectos de evitar que se considere prescrita la acción, es el previsto en el art. 5 LJCA, de modo que la demanda ante el orden social debe interponerse en el plazo de un mes desde la notificación del auto del orden contencioso administrativo para entender interrumpido el plazo de prescripción -se refiere a la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo contenida en especial en sentencia de 30-9-03 (Rc 8614/99)-.

2. Cuestiones comunes del proceso

2.1. Comunicación de que se acude asistido de Letrado

Advierte la **STS 24-01-11 (Rc 69/2010)** que la obligación que tiene el demandado de manifestar que acude al pleito asistido de Letrado no alcanza a los organismos de la Administración de la Seguridad Social, que deben legalmente acudir siempre con esta asistencia. Imperativo legal que razonablemente les exime de la obligación de indicar al juzgador tal circunstancia. Ahora bien, el que estos organismos no tenga la obligación de comunicar al juez que asisten con Letrado, no obsta para que éste -el juzgador- tenga la obligación de proceder a tal comunicación a la parte demandante, pues lo contrario puede provocar indefensión.

2.2. No procede la imposición de costas al sindicato que demanda en defensa de los intereses de los trabajadores

Es sabido que, con carácter general, cuando el sindicato actúa en defensa de los intereses de los trabajadores no puede condenársele en costas. Pues bien, como aclara la **STS 24-1-11 (Rc 3792/09)**, esta inoportunidad de la condena procede incluso en los casos en los que se considera que la organización sindical ha pleiteado con temeridad.

2.3. Excepciones. Caducidad en sanción por falta muy grave

La **STS 17-05-10 (Rc 4042/08)** despeja la duda sobre el momento en el que comienza a computar el plazo para la impugnación de una falta muy grave, que será aquel en el que se comunica al trabajador la imposición de la sanción, y no, como en el despido, el día de ruptura de la relación laboral. No hay que olvidar, como sostiene la sentencia, que se trata de dos medidas diversas, con efectos distintos en cuanto a la ejecución de la decisión -el despido extingue la

relación, no así la sanción-, por lo que las reglas generales del despido no pueden resultar de aplicación a la impugnación judicial de la sanción.

2.4. Prescripción de acciones empresariales

La **STS 24-11-10 (Rc 3986/09)** considera que el plazo de prescripción para reclamar por parte de la empresa una indemnización por daños y perjuicios a un trabajador que había empleado indebidamente el teléfono facilitado por la comercial, comienza a correr en la fecha del despido en el que derivó dicha conducta. Sin que resulte de aplicación la doctrina de la Sala -TS 10-6-09- sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, porque en este caso el daño ya estaba producido en su integridad y era conocido a la fecha del despido, no existiendo impedimento para exigir entonces la responsabilidad, sin necesidad de esperar al proceso penal en el que pudieran ventilarse las consecuencias penales de la conducta sancionada, porque ésta alcanzaba por sí sola la gravedad suficiente para justificar el despido y la correspondiente pretensión indemnizatoria.

3. Modalidades procesales

3.1. Proceso ordinario vs proceso de despido

Como advierte la **STS 30-11-10 (Rc 3360/09)** cuando se reclama la diferencia entre la indemnización por despido reconocida por la empresa (tras aceptar la improcedencia de la extinción) y la indemnización que legalmente corresponde, sin que las partes discutan los parámetros de cálculo de la misma, el cauce procesal apropiado es el proceso ordinario, no el especial de despido, pues la acción así ejercitada no tendría objeto. Como señala la sentencia, la reclamación de la diferencia descrita deberá hacerse en un proceso de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad, o sujeto o sujetos obligados al pago) pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate exclusivamente de hacer la operación matemática necesaria para aplicar correctamente el precepto legal correspondiente.

3.2. Proceso de conflicto colectivo

Varias son las cuestiones que en el periodo correspondiente a esta crónica se plantean a propósito del proceso de conflicto colectivo. Así en primer lugar puede aludirse a la problemática de la legitimación sindical en función del ámbito del litigio. En este sentido, resulta de interés la **STS 21-06-10 (Rc 55/09)**, en la que se advierte que no resulta posible reducir artificialmente el ámbito propio del conflicto colectivo para poder atribuir legitimación al sindicato accionante. Este sindicato, que actuaba en las Islas Baleares pretendía que se declarase que el art. 3.6 del Acuerdo Laboral de 1996 suscrito entre Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, “La Caixa”, y las representaciones de los sindicatos SECPB, UGT, SIB y FEC, era contrario al art. 90 del Convenio Colectivo del Sector de las Cajas de Ahorro, solicitando que tal declaración se

circunscribiese al ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Pues bien, la Sala considera que se intenta hacer pasar por pretensión de ámbito autonómico, un pleito que tiene un claro ámbito superior, al ser la normativa laboral en liza, aplicada por la empresa, de ámbito nacional, siendo el sindicato que demanda de ámbito autonómico. Como señala la sentencia el art. 152 LPL es determinante en este punto, y el hecho de que el resultado de su aplicación sea la falta de legitimación del sindicato no supone ni cercenación de la libertad sindical, ni de la tutela judicial efectiva. Concluye con ello la sentencia declarando de oficio la competencia objetiva de la Audiencia Nacional.

Por su parte, la **STS 20-01-11 (Rc 93/10)** sostiene, en un pleito en el que se ataca el incumplimiento empresarial de un acuerdo laboral, que ni es necesario ni obligatorio demandar a los Comités de Empresa, firmantes del Acuerdo Laboral cuyo incumplimiento se alega, cuando además de estos el sindicato demandante también ha elevado quejas por el incumplimiento señalado. Como aclara la sentencia el hecho de que el sindicato y los comités tengan intereses coincidentes no conlleva obligatoriamente la constitución de litisconsorcio pasivo necesario, sin perjuicio de que éste pueda ser voluntario.

En otro orden de cosas, como se sabe, con carácter general, la interposición de una demanda colectiva interrumpe la prescripción de las acciones individuales atinentes a la misma materia, pero cuando la sentencia colectiva firme se refiere expresamente a los efectos retroactivos de la declaración que contiene, como se advierte en **STS 20-09-10 (Rc 4584/09)**, es justo tener presente que si la acción individual ha prescrito, la genérica declaración sobre los efectos retroactivos que contenga la sentencia colectiva no podrá reactivar la acción individual [doctrina que se recuerda también en la **STS 09-12-10 (Rc 1458/10)**].

Por lo demás, es conocido que el efecto de cosa juzgada que el proceso de conflicto colectivo produce sobre los pleitos individuales puede ceder frente a argumentos de legalidad o constitucionalidad, como la igualdad y la no discriminación. Así lo ha entendido la Sala en **STS 10-12-10 (Rc 1121/10)** a propósito de las reclamaciones de diferencias salariales interpuestas por trabajadores del INE contratados para la elaboración del censo demográfico decenal, con pacto en el contrato de exclusión del convenio y de una retribución inferior a la prevista en la norma convencional. La sentencia en estas líneas comentada, considera tal exclusión contraria a derecho, declarando la ineficacia del efecto de cosa juzgada respecto de la TS 26-12-02 Rec. 73/02, que había permitido excluir la aplicación del convenio colectivo del Instituto indicado al personal contratado por obra o servicio para la realización de ciertos censos. Razona la Sala que la sentencia recurrida en este proceso se pronuncia sobre una pretensión diversa, pese a su innegable proximidad con el pleito anterior. Y ello porque la resolución recurrida hacía pivotar sus argumentos sobre los principios constitucionales a la igualdad y no discriminación, a los que no se aludía en la sentencia colectiva previa de la Sala, que había valorado exclusivamente la posible nulidad de una contratación en masa fuera de convenio, sin tomar en consideración, por no haber sido

planteado, la posible repercusión que dicha contratación tenía sobre el principio de igualdad.

En cuanto a la adecuación o no del procedimiento de conflicto colectivo para el conocimiento de ciertas pretensiones, puede aludirse, por ejemplo, a la **STS 03-05-10 (Rc 185/07)**, que valora la adecuación de este cauce procesal para conocer de la reclamación de los trabajadores de Babcock Power España S.A. y Babcock Montajes S.A. con el fin de ser integrados en la SEPI y en BWE. Razona la Sala, para apreciar adecuación de procedimiento que la controversia afecta a un grupo genérico de trabajadores -los trabajadores que actualmente prestan servicios para las dos empresas privatizadas Babcock Power España, S.A. y Babcock Montajes S.A.-, sin que el hecho de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados, desvirtúe ni su condición de integrante del grupo, ni el carácter homogéneo de éste. La controversia afecta de manera indiferenciada a todo ese grupo porque la demanda deducida versa sobre unas concretas circunstancias que afectan a las empresas SEPI y BWE y se proyectan sobre el pretendido derecho de los trabajadores de Babcock Power España S.A. y Babcock Montajes S.A. a solicitar su integración en SEPI (tanto los de Babcock Power España S.A. como los de Babcock Montajes S.A.) y en BWE (los de Babcock Montajes S.A.). Siendo, por lo demás, un conflicto real y actual -destaca la Sala que existen numerosas demandas individuales y una demanda plural (233 trabajadores) con este mismo objeto-.

Sin embargo, no es posible considerar adecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo para declarar que los trabajadores que pertenecieron a BWE no son trabajadores de dicha empresa sino de Babcock Power España, S.A., en la que actualmente prestan sus servicios, y ello porque el complejo fenómeno de la privatización ha acarreado distintas circunstancias concurrentes en los trabajadores, por lo que no puede predicarse una situación de homogeneidad que permita examinar al grupo de trabajadores como un “grupo genérico de trabajadores”, sino que existen distintas circunstancias que concurren en cada uno de los grupos y la solución a la posibilidad de integración, o no, en la plantilla de BWE y SEPI, vendrá dada en atención a las concretas circunstancias de cada grupo a través, en su caso, de la formulación de la correspondiente demanda individual o plural.

Por último, conviene llamar la atención respecto de la **STS 15-03-11 (Rc 142/10)** que sostiene la imposibilidad de acumular la acción sindical para pedir una indemnización por lesión de su derecho a la libertad sindical con la de conflicto colectivo, pues como advierte la sentencia no se pueden acumular acciones individuales, como la que incumbe a un sindicato a título personal, porque este procedimiento especial solo tiene por objeto la tutela de interés generales de un grupo genérico de trabajadores (art. 151.1 LPL), lo que no resulta alterado por el art. 27.4 LPL, en la redacción dada por la Ley 13/2009, no sólo porque no estaba en vigor a la fecha del pleito, sino también porque de su regulación se desprende igualmente la imposibilidad de acumular acciones individuales a las que son objeto de un proceso de conflicto colectivo.

3.3. Impugnación de convenios

En cuanto al efecto de las sentencias anulatorias de convenios colectivos, las **STS 15-03-10 (Rc 2275/09)**, **19-02-10 (Rc 1734/09)**, **12-04-10 (Rc 1736/09)**, y **21-06-10 (Rc 1735/09)**, consideran que las sentencias que declaran nulo todo o parte de un convenio carecen de naturaleza constitutiva, siendo la suya declarativa negativa, pues simplemente constatan algo que ya existía: la nulidad total o parcial del convenio, por oponerse a una norma de superior rango jerárquico. De ahí que produzcan efectos “ex tunc”. Doctrina que se recuerda también en la **STS 09-12-10 (Rc 1458/10)**, a propósito de una reclamación de los trabajadores de la empresa Audasa cobradores de peaje de la autopista respecto de la consideración como horas extraordinarias de los descansos no disfrutados, teniendo en cuenta que el convenio había sido objeto de impugnación.

Por su parte, la **STS 23-06-10 (Rc 44/09)** se pronuncia sobre la finalización del procedimiento por pérdida sobrevenida de su objeto. En concreto, en este caso se pedía la nulidad de un convenio colectivo por establecer una doble escala salarial en cuanto al abono del complemento de antigüedad. La Sala confirma el auto que pone fin al procedimiento por carecer de objeto toda vez que el convenio impugnado había sido derogado por otro posterior, trayendo a colación doctrina de la Sala, según la cual la impugnación directa del Convenio puede hacerse a lo largo de toda su vigencia, tras la cual habrá de apreciarse falta de acción -TS 23-5-06 (Rc 116/05)-, habiendo considerado la Sala Tercera del TS y el propio Tribunal Constitucional que la desaparición del objeto del recurso es uno de los modos de terminación del proceso. En otro sentido, que no contrario, se pronuncia la **STS 09-12-10 (Rc 242/09)**, que a propósito de la impugnación del Convenio colectivo Repsol, y en particular del acuerdo de la comisión de seguimiento del Acuerdo marco prevista en el VII convenio colectivo, acuerdo integrado posteriormente en el VIII Convenio, considera que no se da la carencia sobrevenida de objeto porque el interés no ha desaparecido por el hecho de que se haya aprobado un nuevo convenio que sustituye al anterior, ya que la acción puede desplegar sus efectos desde la aprobación de aquel acuerdo cuya anulación se discute, cubriendo así un período que podría no estar incluido en el ámbito del nuevo convenio colectivo.

Por último, en materia de legitimación para la impugnación de convenios colectivos, la **STS 21-10-10 (Rc 59/09)**, niega al principado de Asturias la condición de tercero a los efectos de impugnación por lesividad del convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza subvencionados. Como aclara la sentencia, lo importante no es tanto el concepto de trabajador o empresa como el de estar «incluido en su ámbito de aplicación», de manera que la condición de tercero se limita a quienes son externos a la unidad de negociación por no ser firmantes ni estar por ellos representados; o lo que es igual, a quienes son sujetos ajenos al Convenio pero resultan afectados por el mismo, al invadirles el marco de sus intereses. Condición que no puede reconocerse al Principado de Asturias, porque no solamente no ha sido parte negociadora del mismo, sino que no es destinatario de la regulación pactada,

que se limita a los negociadores y sus representados. Sin que, al efecto, resulte determinante que sea la Administración Pública quien satisface las retribuciones porque no lo hace en virtud de previsión convencional alguna sino de una obligación legal y porque esa misma obligación de «pago delegado» es precisamente la que justifica su legitimación para combatir por la vía de la lesividad los pronunciamientos salariales del Convenio Colectivo.

3.4. Proceso especial en materia de conciliación de vida familiar. Citación de personas jurídicas

La **STS 28-02-11 (Rc 297/10)** niega la posibilidad de aplicar a la citación a juicio de las personas jurídicas en el proceso de "permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares" el plazo del art. 82.3 a) LPL, y ello porque debe estarse al plazo especial previsto en el art. 138 bis b) del mismo cuerpo legal, específico de este particular proceso. Fundamenta su decisión la Sala no sólo en el carácter especial de esta regla, sino también en el hecho de que el carácter urgente del procedimiento quedaría vacío de contenido si se aplicase para la citación del demandado persona jurídica el plazo de citación de quince días de antelación establecido con carácter general, sin que tal conclusión genere indefensión alguna a la parte que conoció la demanda con la suficiente antelación para poder acudir a juicio en adecuadas condiciones de defensa procesal.

3.5. Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales.

La **STS 09-05-11 (Rc 4280/10)**, ha abordado la cuestión relativa a si el ejercicio de la acción de tutela de un derecho fundamental ha de ejercitarse "inexcusablemente" por la vía en el mismo procedimiento en el que se solicitó la extinción de la relación laboral por la vía del art. 50 del ET o puede ejercitarse por separado, habiendo resuelto que es posible tal ejercicio por separado, al considerar que la remisión que hace el art. 182 de la LPL a los procesos especiales no incluye el de resolución de contrato por voluntad del trabajador. En semejante sentido la **STS 13-06-2011 (RC 2590/10)** establece la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela indemnizatoria por la modalidad especial, aunque previamente se hubiese tramitado proceso por despido concluido por conciliación judicial cuando en tal proceso no se alegó vulneración de derechos fundamentales ni se pretendió la indemnización alguna por tal concepto.

4. Ejecución de sentencias

4.1. Litispendencia

La **STS 22-04-10 (Rc 1789/09)** aprecia que no concurre litispendencia en un proceso de despido por hallarse pendiente de resolución una previa demanda de cesión ilegal, pues no se trata de las mismas acciones y la identidad únicamente afecta al componente subjetivo. A entender de la Sala, la posible conexión entre los objetos del proceso podría derivar en un efecto

positivo de cosa juzgada, pero no en la excepción de litispendencia, pues ésta requiere la completa identidad prevista en el art. 222.1 LECv.

4.2. Interpretación de la exigencia de condena para la ejecución

La **STS 13-07-10 (Rc 2104/09)** rechaza la tesis empresarial, basada en que las sentencias meramente declarativas no constituyen por sí título que lleve aparejada ejecución, para negar la posibilidad de ejecutar la sentencia que había reconocido el derecho de los trabajadores a ser integrados en la plantilla de una de las mercantiles codemandadas, al apreciar unidad empresarial entre ambas. Considera la Sala que una sentencia de estas características debe considerarse condenatoria y ejecutable, pues lo que hace es imponer a las comerciales implicadas una determinada conducta de hacer –integrar al personal en su plantilla--. Recuerda, por lo demás, la sentencia que debe estarse a lo que efectivamente haya sido objeto del proceso y no sólo al fallo sino también a la fundamentación que lo precede, siendo de aplicación también a esta fase el principio *pro actione* (como ya se dijera en STC 167/1987 y 194/1993).

4.3. Intereses en ejecución de sentencia

La **STS 31-03-10 (Rc 1817/09)** recuerda la doctrina según la cual cuando el INSS adeuda a una Mutua el anticipo de la prestación, por declaración de insolvencia de la empresa condenada, el día inicial del cómputo para el pago de intereses no es el de la fecha del Auto que declara la insolvencia de la empresa, sino el de la fecha de su notificación a la entidad gestora –ya se había dicho en TS 7-11-07 (Rc 3780/06)--. Gozando el INSS de la excepción prevista en el art. 576.3 LECv, por lo que el interés es el legal del dinero, sin que proceda el incremento de dos puntos previsto en aquel precepto.

5. Recurso de suplicación

5.1. Competencia funcional

Como se advierte en la **STS 14-06-10 (Rc 2600/09)** el hecho de que las pretensiones netamente económicas se sumen a la de reconocimiento de un derecho, que se presenta formalmente como pretensión meramente declarativa, no es óbice para que pueda negarse el acceso al recurso, pues la jurisprudencia ha entendido que aunque se trate de una acción declarativa autónoma también habrá que proceder a una cuantificación indirecta a través de su valor anual (así se sostiene en TS 31-1-02 y 15-7-09). Teniendo en cuenta, además, que «el elemento determinante a efectos de recurso no es la previa declaración que se pide y que constituye fundamento inescindible de la petición de condena, sino la cuantía efectiva que se reclama» en la medida en que «todo pronunciamiento de condena conlleva uno o varios previos, aunque en ocasiones sean implícitos o no se incorporen al fallo, sobre la procedencia del derecho; y ello aun en los casos en que esa previa declaración no sea objeto de una pretensión expresa e independiente de la de cantidad».

Por lo demás, en cuanto a la determinación de la cuantía, la **STS 23-12-10 (Rc 832/10)** recuerda que cuando por una parte se reclama en concepto de “derecho y cantidad”, y por otra parte se pretende una condena de futuro, la cuantía litigiosa viene determinada por la solicitud del escrito de la demanda, o en su caso, si es distinta, por la cifra expresada en trámites posteriores del proceso de instancia, como el de alegaciones o el de conclusiones. Mientras que cuando se trate de una acción en la que se reclama al mismo tiempo declaración de derecho y condena al abono de las cantidades correspondientes, la fijación de la cuantía litigiosa se obtiene por referencia a los “efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración” del derecho reclamado, recurriendo si es preciso, y si es posible, a la técnica de la “anualización”, que es específicamente la que rige en materia de Seguridad Social [doctrina que se contenía ya en TS 26-2-01 (Rc 2350/00), 30-1-02 (Rc 752/01) y 15-6-04 (Rc 3049/03)].

Por su parte, la **STS 17-02-11 (Rc 314/10)**, rechaza la posibilidad de que cuando en la demanda se acumulan varias pretensiones en torno a una declaración de categoría profesional, la sentencia de instancia tenga acceso al recurso de suplicación cuando en esta fase el ataque se limite a las reclamaciones de reconocimiento de categoría superior y diferencias retributivas, pues si ambas acciones se ejercitan conjuntamente son mutuamente interdependientes, configurándose la acción de clasificación profesional como principal y la de diferencias por reconocimiento de la categoría como derivada. Descarta con ello la sentencia la tesis de la resolución recurrida, según la cual la recurribilidad afectaba al conjunto de la sentencia, de modo que si algunas pretensiones eran recurribles se debía permitir el acceso a suplicación a la totalidad de la sentencia, aunque en fase de recurso sólo se discutiese lo relativo a la clasificación profesional y a las diferencias salariales.

En todo caso, conviene tener presente que la exclusión de determinadas pretensiones del acceso a suplicación cede frente a la regla contenida en el LPL art. 189.1 d), que reconoce tal recurso contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento -así se recuerda en **STS 28-02-11 Rec 297/10** y **08-03-11 Rec 2327/10**, a propósito, respectivamente, del proceso especial de "permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares" y del de clasificación profesional, al haberse alegado en los dos casos indefensión por infracción procesal-.

5.2. Afectación general

Como recuerda la **STS 25-01-11 (Rc 1418/10)**, la determinación de la afectación general no sólo es un instrumento para garantizar el acceso de las partes al recurso de suplicación, es también un medio para conseguir la unificación de doctrina en supuestos que son trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos participa en buena

medida de la condición de orden público [doctrina que ya se había expuesto en TS 28-1-09 (Rc 2747/07)].

Por lo demás, quizás convenga recordar que son irrecurribles en suplicación las sentencias que resuelven reclamaciones individuales frente a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, tramitadas por el procedimiento del art. 138 LPL. Sin que, como señalan las **STS 22-03-10 (Rc 2293/09)** y **19-04-10 (Rc 1313/09)**, resulte de aplicación a estos procesos la excepción de afectación general, pues tal posibilidad no tiene reflejo legal, al no mencionarse este proceso especial en el art. 189 LPL [siguen criterio ya expuesto por TS 24-4-07 (Rc 265/06)].

En todo caso, en el periodo correspondiente a esta crónica la Sala ha apreciado la existencia y la inexistencia de afectación general en relación con diversos supuestos. Algunos de ellos son los que se exponen a continuación.

En primer lugar, la **STS 29-09-10 (Rc 1764/09)** ha apreciado la concurrencia de afectación general en un pleito sobre la interpretación de la Disposición adicional 2ª del II Convenio colectivo único personal laboral Administración General Estado -complemento singular de puesto-, destacando que las partes no habían cuestionado la procedencia del recurso de suplicación, y que la Sala tenía constancia de que la cuestión debatida tenía una proyección general dentro de todo el ámbito del Convenio Colectivo aplicable por la larga serie de recursos que se habían suscitado en la materia [en el mismo sentido: **STS 16-11-10 (Rc 1015/10)**, **23-12-10 (Rc 1019/10)**, **14-12-10 (Rc 925/10)**, **17-01-11 (Rc 1017/10)**, **23-12-10 (Rc 1538/10)**, **18-01-11 (Rc 1018/10)**, **24-01-11 (Rc 1012/10)**, **14-01-11 (Rc 618/10)**, **04-03-11 (Rc 627/10)**, **08-03-11, (Rc 1555/10)**].

También en la **STS 18-01-11 (Rc 1212/10)** se aprecia afectación general respecto de las reclamaciones de diferencias salariales acerca de incrementos en función del incremento experimentado por el IPC, con fijación de un porcentaje anticipado a principios de cada año. Generalidad que la Sala considera resulta no sólo del elevado número de trabajadores demandantes - más de 90-, sino también, y sobre todo, de la cuestión litigiosa planteada, sobre la que la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de resoluciones en los últimos tiempos.

Igualmente se aprecia afectación general respecto de qué interpretación deba darse al art. 51 del Estatuto Básico del Empleado Público para el Personal laboral al servicio de la Administración, en el concreto punto atinente al derecho al permiso de seis días por asuntos particulares previsto en el artículo 48.1 k) del señalado Estatuto -**STS 07-12-10 (Rc 4318/09)**, **09-12-10 (Rc 4397/09)**, **17-01-11 (Rc 1679/10)**, **17-01-11 (Rc 1473/10)**, **26-01-11 (Rc 678/10)**, **01-02-11 (Rc 2552/10)**, **08-02-11 (Rc 2179/10)**-. Afectación que en este caso trae causa en el número de asuntos planteados sobre esta problemática, muchos de los cuales han de ser aún resueltos por la Sala en casación unificadora. Y que se estima concurrente también en la **STS 25-01-11 (Rc 1752/10)**, a propósito de la concreta pretensión de reconocimiento del

complemento de turnicidad c1 a una trabajadora del Ministerio de Defensa, porque lo debatido es el derecho que asiste a los trabajadores conforme a un acuerdo colectivo que modifica ciertos preceptos del Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

Por último, la Sala considera que media afectación general respecto del modo en que debe calcularse la pensión de jubilación de una afiliada en su día a la Mutualidad Textil, por haberse pronunciado este Tribunal en otros supuestos sobre la aplicación de las mismas normas -TS 29-11-96 (Rc 1795/96), 11-2-02 (Rc 2009/01), 20-12-02 (Rc 951/02), 26-12-07 (Recs 62/07 y 1095/07), y 26-6-07 (Rc 670/06)—. Conclusión a la que llega la **STS 04-11-10 (Rc 140/10)** tras recordar que a partir de las sentencias de Pleno de 6-10-03, la notoriedad —cuya presencia hace innecesaria la alegación y prueba por la parte de la afectación general— se interpreta de una forma más flexible y matizada, siendo suficiente para apreciarla la propia naturaleza de la cuestión debatida, las circunstancias concurrentes y la mera existencia de otros procesos con iguales pretensiones, correspondiendo al tribunal correspondientes la valoración y el sopesado de estos elementos.

En la otra cara de la moneda, la Sala ha negado la existencia de afectación general, entre otros, en los siguientes pleitos. En primer lugar, respecto del reintegro prestaciones indebidas en contrato de relevo cuando no se sustituye al relevista en plazo. Razona la **STS 25-01-11 (Rc 1418/10)** que ni la existencia de un interés general es evidente, ni el hecho de que dos sentencias de la Sala hayan abordado esta problemática puede considerarse indicativo de una afectación generalizada notoria, que tampoco resulta del hecho de que se pretenda un pronunciamiento sobre la interpretación de una norma jurídica, pues la norma en cuestión regula la responsabilidad civil del empresario que incumple su deber de contratar un nuevo trabajador relevista, y no puede presumirse que todos los empresarios vayan a incumplir tal obligación, que sería la única forma que apreciar afectación general notoria por la concurrencia de un interés general.

Por su parte, la **TS 20-07-10 (Rc 3743/09)** niega la concurrencia de afectación general respecto de la responsabilidad subsidiaria del INSS, como entidad sucesora del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en el pago de una prestación por incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo mediando incumplimiento empresarial de la obligación de pago delegado. Destaca, por lo demás, la sentencia que tampoco es posible enmarcar el caso en las excepciones del art. 189.1 LPL porque no se discute sobre reconocimiento o denegación de una prestación, que ya fue reconocida, sino sobre su abono —reitera doctrina contenida en TS 16-1-08 (Rc 483/07), 5-12-07 (Rc 3180/06), referidas ambas a un supuesto idéntico--.

Tampoco se considera que concorra afectación general en la discusión, planteada en las **STS 14-07-10 (Rc 2625/09)** y **STS 05-10-10 (Rc 3006/09)**, sobre la determinación de la forma de calcular la base reguladora de la prestación contributiva por desempleo cuando la cotización es mensual, al no haberse acreditado la afectación por esta cuestión de un gran número de

beneficiarios de la Seguridad Social, ni la existencia de abundante litigiosidad. En la misma línea, no se considera concurrente esta litigiosidad generalizada respecto del derecho al reintegro de los salarios de tramitación abonados por exceso atribuible a subsanación de la demanda (**STS 25-05-10 (Rc 2404/09)**).

Igualmente ha descartado la Sala apreciar afectación general, pese a la existencia de varios recursos de casación unificadora sobre el tema, en los procesos relativos al reconocimiento de diferencias salariales por parte de los profesores de bachillerato al servicio de colegios de enseñanza privada concertada -ello pese a discutirse la aplicación de un convenio colectivo de ámbito nacional-. Según afirma la Sala los datos de litigiosidad de la controversia reflejados en las sentencias, referidos a unos pocos centros de trabajo no alcanzan para considerar notoria tal afectación -**STS 27-07-10 (Rc 3450/09)**, **STS 20-10-10 (Rc 3734/09)**, **10-11-10 (Rc 3572/09)**, **15-03-11 (Rc 2784/10)** y **16-03-11 (Rc 1016/10)**-.

Igual doctrina se aplica en la **STS 14-06-10 (Rc 2600/09)**, en la que se requería un pronunciamiento sobre si la regulación del convenio colectivo de la empresa se ajustaba en el punto debatido al principio de igualdad, a propósito de la retribución por antigüedad. Como aclara esta sentencia, no es la tramitación de un recurso extraordinario el momento adecuado para alegar y probar la afectación general, que, por lo demás, no puede cimentarse en la existencia de reclamaciones posteriores a la de autos, ni resultar del acuerdo o aceptación de las partes, que en modo alguno no vincula a la Sala al tratarse de una cuestión de orden público.

Por último, descarta la Sala la concurrencia de afectación general en lo relativo al modo en que deben calcularse las horas extraordinarias en la empresa Transportes Unidos de Asturias, S.L., en atención a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Transporte por Carretera del Principado de Asturias -**STS 24-11-10 (Rc 108/10)**, **21-12-10 (Rc 1286/10)**, **25-01-11 (Rc 1750/10)**, **07-12-10 (Rc 1296/10)**, **28-02-11 (Rc 2442/10)**, **22-12-10 (Rc 52/10)**, **15-03-11 (Rc 861/10)**, **11-03-11 (Rc 3242/10)**-. Y ello pese a la cantidad de recursos de casación unificadora planteada sobre la materia, y a que en las sentencias de instancia se estableciese como hecho probado que “la cuestión afecta a gran número de trabajadores”, porque, a entender de la Sala, esta lacónica afirmación no viene respaldada por ninguna argumentación que indique por qué vía se ha llegado a dicha conclusión. Sin que, como ya se ha dicho, el hecho de que la controversia gire, en definitiva, sobre la interpretación de un convenio convierta a los pleitos planteados como reclamaciones individuales en cuestiones con afectación general, pues una cosa es el ámbito personal de una norma jurídica y otra muy distinta el ámbito de un conflicto [se trae a colación doctrina contenida en **TS 17-9-04 (Rc 3221/03)**, **19-12-07 (Rc 983/07)**, **7-10-08 (Rc 984/07)**, y **28-1-10 (Rc 1776/09)**].

5.3. Interposición del recurso de suplicación fuera de plazo

Se pronuncia la **STS 09-12-10 (Rc 919/10)** sobre el valor que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, deba atribuirse a la

providencia del juzgado que prorrogó indebidamente el plazo para la formalización del recurso de suplicación. Como recuerda la sentencia, el art. 43.3 LPL únicamente permite la suspensión y reapertura de los plazos legalmente fijados en los casos taxativamente establecidos en las leyes, no pudiendo el órgano judicial acceder a la solicitud de ampliación del plazo fuera de dichos casos. De ahí la nulidad de la providencia de ampliación de plazo, y la imposibilidad de otorgar validez al recurso presentado con base en dicha providencia fuera de plazo, sin que para lo contrario pueda enarbolarse el derecho a la tutela judicial efectiva, que no puede ampararse en actos nulos, y que, además, protege a las dos partes en el proceso, teniendo el recurrido derecho a la intangibilidad de la sentencia de instancia, una vez que ha transcurrido el plazo legal para impugnarla.

5.4. Insubsanabilidad de la falta total de consignación de la condena

Recuerda la **STS 01-03-11 (Rc 1357/10)** el carácter insubsanable de la falta total de consignación de la cantidad objeto de la condena al tiempo de anunciar el recurso de suplicación, con independencia de que se proceda con posterioridad a dicha consignación -doctrina contenida, entre otras, en TS 17-2-99 (Rc 741/98), 5-6-00 (Rc 2469/99), 14-7-00 (Rc 487/99), 26-9-01 (Rc 2346/00) y TC 173/93 y 343/93-.

5.5. Límites a la revisión del relato fáctico en suplicación

Niega la **STS 23-12-10 (Rc 4380/09)**, la posibilidad de la Sala de suplicación, en una reclamación por supuesta lesión de la garantía de indemnidad en un cese por contratación irregular en una Administración Pública, de, manteniendo inalterado el relato de hechos probados, calificar el despido como improcedente por entender que la actuación de la Administración no se había debido a represalia o venganza, sino al deseo de poner fin a una irregularidad en la contratación. Como razona la sentencia -trayendo a colación doctrina contenida en TS 16-4-04 (Rc 1675/03)- debe anularse la sentencia recurrida porque el juzgador de instancia ha llegado a una convicción sobre la concurrencia de un indicio suficiente de represalia, y sin que frente a tal presunción se haya practicado prueba suficiente en contrario, y sin modificar los hechos probados por la vía adecuada, que alteren la presunción, no puede la Sala de suplicación llegar a diversa conclusión incorporando datos fácticos por su propia iniciativa.

6. Recurso de casación para unificación de doctrina

6.1. Personación fuera de plazo

Considera la **STS 24-11-10 (Rc 777/09)** que a los efectos de la caducidad del recurso de casación lo determinante es la formalización del mismo dentro del plazo de veinte días legalmente previsto, sin que la falta de personación en el plazo de quince días tenga trascendencia a estos efectos, pues el plazo determinante es el de formalización no el de personación, que va implícita en la interposición.

6.2. Falta de contenido casacional de ciertas pretensiones

Tradicionalmente la Sala ha rechazado la concurrencia de contenido casacional en las pretensiones que cuestionan la valoración realizada de la prueba practicada, o que requieren la alteración del relato fáctico. Ahora la **STS 06-10-10 (Rc 3781/09)**, niega expresamente tal contenido en los casos en los que se discute la situación económica negativa en la que debe encontrarse la empresa para proceder a un despido por causas económicas, porque ello supone, en todo caso, cuestionar la valoración de la prueba.

Doctrina que también ha servido a la Sala para mantener que en materia de valoración de los indicios que puedan dar pie a la apreciación de la vulneración de algún derecho fundamental de los trabajadores, tienen indiscutible importancia no sólo los hechos, sino incluso también las circunstancias concurrentes en ellos; de modo que cualquier divergencia entre unos y otros puede justificar perfectamente que se adopten distintas decisiones, de ahí que esta materia tenga muy complejo el acceso a la casación **-STS 14-10-10 (Rc 3071/09), 14-10-10 (Rc 1787/09) y 15-10-10 (Rc 1820/09)-**. Y que 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, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico **-STS 19-01-11 (Rc 1207/10)**, ello pese a la innegable proximidad de los despido comparados en este recurso-

Igualmente es consolidada la doctrina de la Sala que entiende que carecen de contenido casacional las pretensiones relativas a la reclamación previa. Como recuerda ahora la **STS 24-11-10 (Rc 323/10)**, aunque se trata de una posible infracción de procedimiento, no toda infracción procesal puede fundar un motivo de casación, y ésta no afecta a la jurisdicción, a la competencia o a la inadecuación del procedimiento, ni puede considerarse una norma reguladora de la sentencia, ni de los actos y garantías procesales esenciales, al no ser la reclamación previa forma esencial del juicio, sino procedimiento administrativo previo a éste, por lo que su omisión o cumplimiento defectuoso no genera indefensión -doctrina que se contiene en TS 17-10-92, 16-11-92, 9-2-93, 4-2-94, 2-6-94, 3-3-99, 15-6-99, 21-10-04, 31-3-06, 27-9-06, 6-2-08 y 7-4-09-. Además, tal exclusión del acceso a casación, como advierte la sentencia, es coherente con la economía procesal y con el principio de celeridad que inspira el proceso social.

Por lo demás, esta exclusión no genera indefensión, pues la indefensión supone una restricción indebida de los medios de alegación y prueba, y la apreciación razonada sobre la falta de agotamiento de una vía previa no priva a la parte de ningún medio de defensa, pudiendo ésta oponerse a esta excepción en el acto de juicio y en la impugnación del recurso de suplicación utilizando los medios de defensa que haya considerado oportunos. Tampoco, a entender de la Sala, se produce una negación del acceso a la jurisdicción, pues no se trata

de una cuestión de caducidad de la acción, sino de caducidad de la instancia, que no impide un nuevo acceso a la jurisdicción -la sentencia tiene voto particular sobre este punto-.

6.3. Contradicción

No tiene sentido en una crónica de estas características detenerse a analizar la multitud de supuestos en los que la Sala ha apreciado falta de contradicción para desestimar el recurso. Sin embargo, sí resulta interesante recordar que en principio para poder apreciar contradicción es preciso que la normativa parangonada sea la misma o equiparable [**STS 13-07-10 (Rc 2084/09)**]. Si bien, como se aclara en **STS 18-05-10 (Rc 2773/09)**, lo determinante para rechazar la contradicción no es que se trate de normas diferentes sino que éstas regulen la materia litigiosa de forma diferente, pudiendo incluso entender que concurre la identidad necesaria aunque se analicen convenios distintos con contenido equiparables.

De otra parte, parece más acertado enumerar las sentencias en las que, en contra de lo que viene siendo habitual respecto de las materias en cuestión, la Sala ha apreciado contradicción.

Así se ha apreciado respecto del recargo de prestaciones, en **STS 22-07-10 (Rc 3516/09)**, en concreto, en lo relativo a la relevancia de la culpa de la víctima en orden a la aplicación del recargo, al entender la sentencia recurrida que bastaba tal concurrencia para romper la relación de causalidad y exonerar a la empresa y la de contraste que tal circunstancia no era determinante para excluir el recargo -también sobre recargo, apreciando la existencia de contradicción por tratarse de incumplimientos empresariales de medidas de seguridad que presentan identidad suficiente: **STS 22-07-10 (Rc 1241/09)** y **22-07-10 (Rc 1241/09)**-.

También, respecto del contenido mínimo de la carta de despido, razonando la **STS 30-09-10 (Rc 2268/09)**, que en ambos supuestos se trataba de calificar un despido en cuya comunicación se hacía referencia a una causa objetiva, no plenamente expresada, con reconocimiento de la improcedencia, y la sentencia recurrida entendía que en tales circunstancias debía entenderse que se trataba de un despido disciplinario, mientras que la de contraste optaba por la nulidad del despido objetivo por incumplimiento del requisito formal de la concreción de la causa.

Sobre el efecto liberatorio del finiquito, la **STS 11-11-10 (Rc 1163/2010)**, fundamenta la identidad apreciada en que los dos trabajadores había suscrito contratos temporales, firmando el finiquito al producirse la extinción de su relación laboral.

Por su parte, se ha apreciado contradicción respecto de una cesión ilegal de trabajadores en las **STS 17-12-10 (Rc 1647/10)**, **17-12-2010 (Recs 1673/10, 2114/10, 2094/10, 2120/10, 2412/10, 1656/10, 2093/10, 2094/10, 1655/10, 1656/10, 1814/10, y 1815/10)**, **26-01-2011 (Rc 1643/10)**, **24-01-11**

(Rc 1733/10), 18-01-11 (Rc 2087/10), 18-01-11 (Rc 1811/10), 18-01-11 (Rc 1648/10), 18-01-11 (Rc 1665/10), 18-01-11 (Rc 2415/10), 18-01-11 (Rc 1644/10), 18-01-11 (Rc 1650/10), 18-01-11 (Rc 2106/10), 18-01-11 (Rc 1710/10), 20-01-11 (Rc 2100/10), 25-01-11 (Rc 1657/10), 27-01-11 (Rc 2101/10), 19-01-11 (Rc 1660/10), 27-01-11 (Rc 1813/10), 27-01-11 (Rc 1658/10), 31-01-11 (Rc 2102/10), 31-01-11 (Rc 1667/10), 01-02-11 (Rc 1640/10), 19-01-11 (Rc 1735/10), 18-01-11 (Rc 1637/10), 19-01-11 (Rc 2121/10), 20-01-11 (Rc 1659/10), 24-01-11 (Rc 2077/10), 21-01-11 (Rc 1819/10), 26-01-11 (Rc 1810/10), 14-02-11 (Rc 1820/10), 21-02-11 (Rc 2411/10), 15-02-11 (Rc 2123/10), 16-02-11 (Rc 1817/10), 17-01-11 (Rc 2082/10), 17-01-11 (Rc 1641/10), 15-02-11 (Rc 2097/10), 21-02-11 (Rc 2418/10), 21-02-11 (Rc 1645/10), 27-01-11 (Rc 1675/10), 28-02-11 (Rc 2078/10), 18-01-11 (Rc 1642/10), 16-02-11 (Rc 1816/10), 14-02-11 (Rc 2083/10), 15-02-11 (Rc 1669/10), 22-02-11 (Rc 2419/10), 28-02-11 (Rc 1661/10), 02-03-11 (Rc 2417/10), 15-02-11 (Rc 1654/10), 15-02-11 (Rc 2116/10), 03-03-11 (Rc 2416/10), 02-03-11 (Rc 2095/10), 22-02-11 (Rc 1664/10), 22-02-11 (Rc 2099/10), 28-02-11 (Rc 2413/10), 24-01-11 (Rc 1672/10), 03-03-11 (Rc 2092/10), 17-02-11 (Rc 2113/10), 16-02-11 (Rc 2122/10), 22-02-11 (Rc 2098/10), 17-02-11 (Rc 2110/10), 09-03-11 (Rc 1818/10), 04-03-11 (Rc 3463/10), 09-03-11 (Rc 3051/10), 23-02-11 (Rc 1646/10), relativas todas ellas a la prestación de servicios de los trabajadores de la empresa "Perfaler Canarias SL" para el Ayuntamiento San Bartolomé de Tirajana en Gran Canaria, mediante convenio de contratación administrativa centralizada -también aprecia la Sala, en relación con la cesión ilegal de trabajadores, contradicción en los asuntos de las **STS 27-01-11 (Rc 1784/10)** [Empresa de Transformación Agraria SA (TRAGSA) y el Organismo Autónomo Parques Nacionales del Ministerio de Medio Ambiente (OAPN)], y **STS 08-03-11 (Rc 791/2010)** [ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. y COOPAMAN SCL]-.

Igualmente, se excepciona la general negación de contradicción en relación con la extinción indemnizada del contrato por incumplimiento empresarial, al concurrir en el caso de la **STS 09-12-10 (Rc 3762/09)** suficiente grado de similitud entre los supuestos comparados, pues en ambos casos se trataba de retrasos en el pago de seis meses –aproximadamente- y la satisfacción de lo adeudado en la fecha de celebración del juicio. Y a propósito del efecto liberatorio del finiquito, la **STS 22-03-11 (Rc 804/10)** porque los trabajadores habían sido despedidos por la misma causa, reconociendo la empresa la improcedencia del despido, habían suscrito un documento de saldo y finiquito de contenido similar, y la empresa les había abonado en los dos casos una indemnización inferior a la que legalmente correspondía, no estando presentes los representantes de los trabajadores.

6.4. Idoneidad de las sentencias a efectos de casación unificadora

Como se sabe, no son idóneas para fundamentar la contradicción las sentencias que al tiempo de la publicación de la recurrida se encuentran pendientes de un recurso de casación en el Tribunal Supremo, y ello aunque durante la tramitación del recurso adquieran firmeza [**STS 14-10-10 (Rc**

1787/09), 14-10-10 (Rc 3071/09) y 15-10-10 (Rc 1820/09). Y es que si no son firmes, la doctrina que contienen puede ser objeto de rectificación o anulación [**STS 21-04-10 (Rc 479/09), 04-05-10 (Rc 2407/08)**]. Por lo mismo, ya había señalado la Sala que no eran válidas a estos efectos las sentencias casadas y anuladas por el TS [**STS 04-05-10 (Rc 2407/08)**]. Falta de idoneidad que no se ve afectada por el hecho de que hubiese aclarado la sentencia recurrida, porque no hay que estar, como regla general, a la fecha del auto de aclaración sino a la de la sentencia [**TS 5-11-10 (Rc 2946/09)**].

Ahora bien, cuando por error la certificación de la sentencia indique que es firme en derecho, debe decretarse la nulidad de actuaciones para que la parte pueda invocar como contradictoria otra que cumpla los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos [**STS 04-05-10 (Rc 2407/08)**].

Por lo demás, también había advertido ya la Sala que no eran idóneas las sentencias que no disponían de un adecuado relato de hechos probados, pues sin este requisito no resulta posible establecer la comparación necesaria - **STS 12-07-10 (Rc 4237/08)**, así se había advertido también en **ATS 19-7-05 (Rc 1213/04)** y **5-11-08 (Rc 920/08)**-. Si bien, podrá excepcionalmente establecerse la comparación cuando del conjunto de la resolución de contraste pueda deducirse, sin lugar a dudas, cuáles han sido los hechos enjuiciados, así como las peticiones y las causas de pedir.

Por último, no son idóneas, como se recuerda en la **STS 24-01-11 (Rc 3792/09)**, las resoluciones que inadmiten el recurso para la unificación de doctrina por falta de contradicción, pues carecen de doctrina que pueda compararse con la recurrida.

6.5. Transacción durante la tramitación del recurso

El **ATS 16-04-10 (Rc 411/10)** permite que en fase de recurso de casación unificadora las partes lleguen a un acuerdo transaccional, pues el art. 19 LECv las autoriza para disponer válidamente del objeto del proceso en cualquier momento del mismo, incluida esta fase, salvo en supuestos en los que la Ley expresamente lo prohíba o lo limite reproduce doctrina unánime contenida entre otros en los autos de **18-11-09 (Rc 991/09)**, **18-2-09 (Rc 3298/08)**, **12-2-09 (Rc 3939/08)**, **20-6-08 (Rc 1301/07)**, **19-6-08 (Rc 2152/07)**, **14-3-08 (Rc 1200/07)**.

7. Recurso de revisión

7.1. Legitimación para la interposición de la demanda de revisión

La **STS 06-07-10 (Rc rev 7/06)** niega legitimación para interponer una demanda de revisión al socio partícipe al 50% de la sociedad en cuestión, rechazando la aplicación de la doctrina sobre la interpretación no rigorista de las reglas de legitimación (**TS 28-4-03, Rc Rev 1094/01**), porque quien pretenda estar legitimado tiene que acreditar que ha sufrido un perjuicio que «... debe ser directo, es decir, arrogado a la persona por si misma, y no como

integrante de un persona jurídica, pues ésta tiene su propia representación legal, que no puede ser suplantada, aunque se opine que la representación legal no defiende los intereses de la sociedad, opinión que podrá hacer valer ante los órganos judiciales pertinentes y ejerciendo la acción adecuada, pero no a través de la interposición de una demanda de revisión».

7.2. Maquinación fraudulenta

Especialmente interesante se presenta la **STS 20-12-10 (Rc rev 2/10)** que rechaza la consideración como maquinación fraudulenta de la presentación de testimonio que en vía penal fue calificado de erróneo y no falso. Como se advierte en la sentencia la revisión en virtud de falso testimonio requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que en el proceso en el que se hubiere dictado la sentencia susceptible de rescisión se haya practicado prueba testifical o pericial; b) que los testigos o peritos hayan quebrantado el deber fundamental de veracidad que para aquéllos exige [bajo juramento o promesa y con conminación de poder incurrir en las penas derivadas del falso testimonio] el LECv art. 365.1 y para estos últimos el art. 335.2; c) que los testigos o peritos hayan sido condenados, en virtud de sentencia firme, por delito de falso testimonio; d) que la condena por tal delito lo sea en concreto como consecuencia de las declaraciones o dictámenes emitidos precisamente en el proceso origen de la sentencia a revisar; y e) que las declaraciones testificales o los dictámenes periciales hayan tenido carácter decisivo, esto es, que de la fundamentación de la sentencia firme atacada, o de su tenor general, se desprenda con la suficiente seguridad que la solución se ha basado, si no de manera exclusiva sí al menos de forma claramente trascendental, en las referidas declaraciones o dictámenes [TS 4-6-08 (Rc 15/07)]. Y en todo caso que no se hubiese procedido al archivo de la querrela porque los hechos denunciados no mereciesen reproche de naturaleza penal [TS 7-2-07 Rec. 19/05)]. Y en el caso de autos estos requisitos no se cumplían porque no se había obtenido una condena penal por falso testimonio.

7.3. Vinculación de sentencias penales

La **STS 27-09-10 (Rc rev. 3/10)**, considera que no es motivo de revisión la existencia de una sentencia penal firme condenatoria por una falta de hurto, cuando con anterioridad la jurisdicción social había declarado la improcedencia del despido por los mismos hechos, ante la falta de prueba de los mismos – relativos a la apropiación de una caja de caudales--. No en vano, la jurisprudencia es clara al advertir que no basta con que la sentencia social y penal presenten contradicciones fácticas, al resultar totalmente imprescindible que la sentencia penal sea absoluta por inexistencia del hecho o por no participación en el del sujeto interesado. Condición que no se cumplía en este caso porque la sentencia era condenatoria por la comisión de un hurto.

Doctrina que se completa con la contenida en el **ATS 18-05-10 (Rc rev. 30/09)**, en el que se advierte que esta especial posibilidad revisoria no puede jugar por la inexistencia de prueba y consiguiente aplicación del principio «in dubio pro reo», porque «la jurisdicción penal y la laboral operan sobre culpas

distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta» [sigue doctrina contenida, entre otras, en TS 4-12-07 (Rc rev. 8/06) y 22-1-08 (Rc rev. 12/07), basadas en las TC 24/1983, 36/1985, y 62/1984].