

**CRÓNICA DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2009-2010

SALA CUARTA

INDICE SISTEMÁTICO

INTRODUCCIÓN

I. DERECHO DEL TRABAJO.

1. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.
2. CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO Y CLAUSULA EXTINTIVA.
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - 3.1. Contratos por obra o servicio determinado en la Administración Pública.
 - 3.2. Contrato de trabajo de inserción.
 - 3.3. Consolidación de la condición de fijeza por el personal contratado temporalmente por en las Administraciones Públicas.
4. CONVENIOS COLECTIVOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
 4. 1. Legitimación para negociar y para constituir la Comisión Negociadora.
 4. 2. Integridad del convenio.
 4. 3. Comisión Paritaria del Convenio: Cometido y competencias.
 4. 4. Convenios Extraestatutarios.
 4. 5. Ámbito de aplicación.
 4. 6. Representación de los trabajadores. Comité de Empresa Europeo.
5. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.
 - 5.1. Retracción empresarial sobre la decisión extintiva.
 - 5.2. Vinculación empresarial al reconocimiento de la improcedencia y posibilidad de nueva opción.
 - 5.3. Acción por despido tras ser anulado el ERE.
 - 5.4. Cómputo de tiempo de servicios e indemnización por despido improcedente.
 - 5.5. Salarios de tramitación.
 - 5.6. Eficacia extintiva del finiquito.
6. EXCEDENCIAS.
7. JUBILACIÓN PARCIAL.
8. LIBERTAD SINDICAL.
 - 8.1. Contenido esencial: Derecho a la negociación.
 - 8.2 Contenido adicional: Derecho al nombramiento de delegado sindical.
 - 8.3. Cuenta de correo electrónico asignada a los sindicatos.
9. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO.
 - 9.1. Modificaciones de carácter colectivo.
 - 9.2. Administración Pública: Cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia.
10. SALARIO.
 - 10.1. Absorción y compensación.
 - 10.2. Condición más beneficiosa.
 - 10.3. Incrementos salariales.
 - 10.4. Plus de penosidad: Valoración de los elementos de protección.
 - 10.5. Principio de igualdad retributiva.
 - 10.6. Equiparación salarial entre el personal laboral y el funcionario.
 - 10.7. Realización de funciones de superior categoría.

10.8. Alcance de la responsabilidad del FOGASA.

11. SUCESIÓN DE CONTRATAS

12. TIEMPO DE TRABAJO.

12.1. Condición más beneficiosa.

12.2. Descanso compensatorio: Hospitales de la Red Publica de Cataluña.

12.3. Descanso semanal y garantía de 2 fines de semana al mes.

12.4. Horas extraordinarias: Calificación y valor retributivo.

12.5. Permiso de lactancia y parto múltiple.

13. VACACIONES.

II SEGURIDAD SOCIAL.

1.-ACCIÓN PROTECTORA: RESPONSABILIDAD

1.1.-Falta de alta y cotización: profesores de religión católica

1.2.-Falta de alta y cotización: prestaciones derivadas de accidente

1.3.-Falta de cotización: incumplimiento dilatado y no ocasional

2.-PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD Y REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAS

2.1.-Prescripción: reclamación de diferencias económicas

2.2.-Prescripción: complemento de cónyuge a cargo

2.3.-Prescripción: reconversión prestación incapacidad permanente en prestación SOVI

2.4.-Prescripción y caducidad: responsabilidad solidaria

2.5.-Interrupción del plazo: expediente tramitado ante Inspección de Trabajo

2.6.-Caducidad: obligación de la Administración de dictar resolución expresa

2.7.-Reintegro de prestaciones

3.-ACCIDENTE DE TRABAJO

3.1.-Suicidio

3.2.-Infarto de miocardio

3.3.-Lesiones preexistentes

3.4.-Extranjeros

3.5.-Accidente in itinere

3.6.-Indemnización: aplicación analógica Baremo para accidentes de tráfico

4.-RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

4.1.-Subcontratación

4.2.-Concurrencia de culpas

5.-INCAPACIDAD TEMPORAL

5.1.-Derecho a la prestación: requisito del alta en accidente no laboral

5.2.-Derecho a la prestación: agotamiento del periodo máximo y recaída

5.3.-Abono de intereses: dies a quo

5.4.-Empresa autoaseguradora: dies ad quem obligación de pago

5.5.-Extinción: incomparecencia a reconocimiento médico

5.6.-Incapacidad temporal en el RETA: invitación al pago

6.-MATERNIDAD

6.1.-Fecha de efectos económicos

6.2.-Bonificación Ley Orgánica de Igualdad se aplica al SOVI

7.-INCAPACIDAD PERMANENTE

7.1.-Derecho a la prestación: beneficiario reúne requisitos para acceder a pensión de jubilación

7.2.-Impugnación reconocimiento: incompetencia de la Mutua

- 7.3.-Fecha de efectos económicos
- 7.4.-Base reguladora: trabajadores fijos discontinuos
- 7.5.-Base reguladora: vacíos de cotización
- 7.6.-Importe de la prorrata temporis a abonar por España: días-cuota de las pagas extraordinarias
- 7.7.-Pago de la prestación: accidente durante tramitación de despido declarado improcedente
- 7.8.-Revisión de grado
- 7.9.-Gran invalidez: compatibilidad con el trabajo
- 7.10.-Complemento por mínimos: trabajadores autónomos
- 7.11.-Indemnización por falta de recolocación: personal laboral de la Administración General del Estado
- 8.-JUBILACIÓN
 - 8.1.-Cálculo de la pensión. Cotización en distintos Estados UE
 - 8.2.-Integración de lagunas: cotización en España y Suiza
 - 8.3.-Cotización: servicio militar
 - 8.4.-Incumplimiento obligación de cotizar: anticipo por el INSS
 - 8.5.-Rectificación base reguladora: fecha de efectos
 - 8.6.-Jubilación no contributiva: límite de recursos de la unidad familiar
 - 8.7.-Prejubilación: minería del carbón
 - 8.8.-Jubilación anticipada: inscripción como demandante e empleo
 - 8.9.-Jubilación parcial: devolución importe pensión
 - 8.10.-Jubilación parcial: personal estatutario
- 9.-MUERTE Y SUPERVIVENCIA
 - 9.1.-Reconocimiento del derecho: criterio flexibilizador
 - 9.2.-Viudedad: Previsión Sanitaria Nacional
 - 9.3.-Viudedad: diferencia por complemento de cónyuge a cargo
 - 9.4.-Orfandad: compatibilidad con el trabajo
- 10.-PRESTACIONES FAMILIARES
- 11.-MEJORAS VOLUNTARIAS
 - 11.1.-Concepto de "salario real"
 - 11.2.-Incumplimiento requisito de alta
 - 11.3.-Fecha de efectos económicos
 - 11.4.-Despido anterior a fecha de efectos económicos en póliza
- 12.-DESEMPLEO
 - 12.1.-Modalidad de pago único
 - 12.2.-Trabajadores eventuales: Régimen Especial de Trabajadores del Mar
 - 12.3.-Devolución de la prestación
 - 12.4.-Subsidio

III. DERECHO PROCESAL LABORAL.

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

- 1.1. Incompetencia sobre provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas.
- 1.2. Competencia en materia de litigios intrasindicales.
- 1.3. Competencia en materia relacionada con la retención del IRPF.
- 1.4. Incompetencia del orden social para el conocimiento de una mejora voluntaria prevista en un acuerdo entre un Ayuntamiento y sus funcionarios.
- 1.5. Competencia territorial.

2. PROCESO ORDINARIO.

- 2.1. Acciones declarativas y adecuación de procedimiento.
- 2.2. Litisconsorcio pasivo necesario.
- 2.3. Acumulación de acciones.
- 2.4. Plazos para el ejercicio de la acción.
- 2.5. Multa de temeridad.
3. MODALIDADES PROCESALES.
 - 3.1. Proceso de conflicto colectivo.
 - 3.2. Tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.
 - 3.3. Impugnación de convenio colectivo.
 - 3.4. Procesos en materia electoral.
 - 3.5. Procesos de Seguridad Social.
 - 3.6. Proceso especial de despido.
 - 3.7. Proceso de impugnación de sanciones.
 - 3.8. Proceso especial de modificación de condiciones de trabajo.
4. SENTENCIA Y EJECUCIÓN.
 - 4.1. Efecto de cosa juzgada.
 - 4.2. Ejecución frente a Estados extranjeros.
 - 4.3. Incongruencia.
5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.
 - 5.1. Resoluciones recurribles.
 - 5.2. Afectación general.
 - 5.3. Legitimación para recurrir.
 - 5.4. Nulidad de actuaciones.
6. RECURSO PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.
 - 6.1. Falta de contenido e interés casacional.
 - 6.2. Requisito de contradicción.
 - 6.3. Cita y fundamentación de la infracción legal.
 - 6.4. Sentencias idóneas e inidóneas para establecer la contradicción.
 - 6.5. Descomposición artificial de la controversia.
 - 6.6. No vinculación con las resoluciones comparadas.
 - 6.7. Aportación de documentos.
7. RECURSO DE REVISIÓN.
8. ERROR JUDICIAL.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica de la Jurisprudencia de la Sala IV, correspondiente al año judicial 2009-2010, 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: abono de las horas extraordinarias, régimen de las modificaciones de trabajo, alcance del deber de negociar o naturaleza de los pactos extraestatutarios, y respecto a las que se ha reiterado o matizado posiciones anteriores. Debe reseñarse especialmente la sentencia que analiza la figura de la fusión por absorción y su influencia en el convenio de aplicación y también la que estudia la posible vulneración del derecho a la libertad sindical en relación con la condición empresarial de exigir para el uso de la cuenta genérica de correo electrónico de designar un “owner” – propietario.

No se puede omitir en este breve balance la referencia a algunas otras relevantes resoluciones como la que modifica la doctrina tradicional de la Sala IV en orden a la valoración de los elementos de protección para la determinación del plus de penosidad. Ni tampoco la que estima que no vulnera el principio de igualdad retributiva el hecho que los funcionarios perciban un determinado complemento que no se abona al personal laboral, pues dicha diferencia halla su justificación en el diferente régimen jurídico de unos y otros. También son relevantes una serie de resoluciones dictadas a propósito de los incrementos salariales previstos en la negociación colectiva para el año 2009, normalmente referenciadas al IPC. Y sin que puedan olvidarse todas aquellas que se pronuncian sobre la posible existencia de “dobles escalas salariales”.

¹ La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D^a. Dolores Redondo Valdeón, D^a. María Silva Goti, D^a. Paz Menéndez Sebastián, y D^a Yolanda Cano Galán bajo la coordinación 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.

Deben por último destacarse las Sentencias de esta Sala Cuarta que han clarificado las posibilidades de retractación del empresario en materia de despido, así como las que han analizado la vinculación a la opción por indemnización que genera el reconocimiento de improcedencia en base al art. 56.2 del ET, o finalmente, las Sentencias que han fijado doctrina definitiva, siguiendo al TJCE, sobre la posibilidad de disfrutar las vacaciones anuales en periodo alternativo cuando no pudo hacerse en el inicialmente fijado por estar de baja por IT.

En materia de Seguridad Social como todos los años, la Sala ha dictado algunas sentencias particularmente novedosas. Es destacar el descenso de pronunciamientos de la Sala IV en materia de Seguridad Social, además de un cambio de tendencia respecto del objeto de los recursos presentados durante el tiempo examinado en relación con periodos temporales anteriores. Existe una sentencia que destaca por el interés que ha despertado en foros jurídicos especializados, por la que la Sala IV se pronuncia en el sentido de que no tiene derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo el trabajador extranjero que fue contratado por el empresario en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad que fue suplantada.

Además, existen tres grandes bloques de materias a las que la Sala IV ha tenido que prestar especial atención.

En relación con la maternidad y el SOVI, la Sala IV ha fallado en el sentido de que los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional 44 LGSS, incluida por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sirve para completar el periodo mínimo de carencia que exige el SOVI para adquirir el derecho a pensión.

Respecto de las prestaciones por desempleo, la Sala IV rectifica la jurisprudencia mantenida desde el año 1996, para señalar que los ingresos que se deben tener en cuenta para ser perceptor de subsidio por desempleo son los netos, así como crea jurisprudencia en relación a que los trabajadores afiliados al Régimen Especial de Trabajadores del Mar, eventuales, tienen derecho a causar prestaciones contributivas por desempleo.

Por último, y en relación con la prejubilación de trabajadores de la minería del carbón, en más de 20 sentencias se resuelve la cuestión de cómo se aplican los topes a la cantidad bruta garantizada a quienes prestan servicios en la minería del carbón y se acogen a un plan de prejubilaciones, en interpretación conjunta de los distintos apartados y párrafos de art. 9 RD 808/2006, de 30 de junio, se determina que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y/o media de las bases normalizadas –conforme al primer párrafo del art. 9.4- resultara que así calculada excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador, entran en juego los topes del párrafo segundo del art. 9.4 y debería reducirse hasta dicha cuantía, y si por el contrario fuera inferior, debería incrementarse.

Por lo que se refiera al Derecho Procesal del Trabajo, también durante este año judicial la Sala Cuarta ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones de relevancia, así como ha consolidado por otra parte criterios tradicionales en esta materia, que van desde la delimitación competencial a propósito de la provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, pasando por los litigios sobre preavisos electorales, hasta la retención del IRPF. También se ha referido la Sala a la acumulación de acciones o los plazos para el ejercicio de éstas, así como a la multa de temeridad, además de delimitar el radio de acción del proceso de conflicto colectivo y del de impugnación de convenios. Igualmente pueden encontrarse en esta memoria pronunciamientos relevantes respecto del proceso especial de despido —caducidad entre otras cuestiones—, y del de modificación de condiciones de trabajo. De otra parte, se ofrecen respuestas de calado a cuestiones relativas a la afectación general y a la legitimación para recurrir en suplicación, además de pronunciamientos que facilitan la delimitación del recurso de casación, por ejemplo, concretando qué sentencias son idóneas y cuáles no.

I. DERECHO DEL TRABAJO:

1. Cesión ilegal de trabajadores

Sabido es que una de las consecuencias de la declarada existencia de cesión ilegal de trabajadores es la condena con carácter solidario a las codemandadas a readmitir o a indemnizar al trabajador sometido al tráfico ilegal de mano de obra, ahora bien la cuestión que se somete a conocimiento de la Sala en **la STS 14-9-2009 (Rc 4232/08)**, se centra en determinar si cabe o no **la condena solidaria de la empresa cedente** al amparo del ET art. 43 cuando **en el momento del despido ya no existía la cesión ilegal** y el trabajador pertenecía a la cesionaria de manera no sólo efectiva, sino también formalmente. En el caso, la sentencia que se recurre en casación unificadora, perpetua en el tiempo los elementos determinantes de dicha cesión, siendo así que el contrato con la cedente se había extinguido dos meses antes de producirse el despido por parte de la cesionaria que había procedido a contratar al trabajador dejando en consecuencia sin efecto la apariencia creada por la interposición. La Sala IV no comparte tal parecer, pues atendiendo a los concretos términos del ET art. 43.3, para proceder a la condena solidaria es necesario que la cesión ilegal subsista cuando dicho despido se efectúa, lo que no es el caso.

La cuestión que se suscita en **STS 9-12-09, (Rc 339/09)**, es la de determinar las consecuencias salariales que corresponden a un trabajador sometido a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, resultando que el **salario que percibía en la empresa cedente** —Tragsatec— era muy **superior al** previsto por el Convenio **de la cesionaria** (CHN) —CCU para el Personal Laboral Laboral de la Administración General del Estado—. La Sala señala que la respuesta a tal debate viene dada —con total contundencia— por la específica regulación que al efecto hace el ET art. 43.4 al establecer una equiparación salarial con el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha

optado. A mayor abundamiento, la Sala esgrime otra serie de argumentos que conducen a análoga solución, entre ellos, el hecho de que la cesionaria ostenta la cualidad pública que la sujeta al principio de legalidad presupuestaria, lo que se afirma de manera incontestable en EBEP art. 21 y art. 27 y se infiere de L 30/1984 art. 15.

2. Contrato de trabajo indefinido y cláusula extintiva

Sobre la **posibilidad de someter la duración de un contrato indefinido a la duración de una contrata** se pronuncia la **STS 3-2-10 (Rc 1715/09)**. Para abordar tal cuestión, la sentencia afirma que el ET art. 49.1.b) admite la posibilidad de someter el contrato de trabajo indefinido a una condición resolutoria, ahora bien, la cuestión que se trae a consideración de la Sala es precisamente la viabilidad de la condición resolutoria pactada en el caso. Así las cosas, procede a examinar **si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva**, pues el principio de la autonomía de la voluntad que el mentado ET art. 49.1.b) consagra, cede en estos casos ante lo dispuesto en CC arts. 7.2 y 1115, con arreglo al cual “cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”. Sobre estos presupuestos y tras examinar la cláusula en cuestión, concluye que la previsión en el contrato indefinido de un descenso del volumen de actividad de la empresa, además de estar mal expresada por ceñirla a un determinado producto en cuya elaboración no se conoce si tiene incidencia la concreta función del trabajador contratado, se hace con la finalidad de eludir los efectos económicos previstos en la ley, sustituyendo aquéllos por una indemnización de parámetros cuantificadores completamente distintos y notoriamente inferiores. Se desnaturaliza así el contrato de trabajo de duración indeterminada y, por ello, la cláusula resulta abusiva.

3. Contratación temporal

3.1. Contratos por obra o servicio determinado en la Administración Pública

Es bien sabido que la contratación temporal en las Administraciones y Organismos Públicos constituye un ámbito de constantes controversias y dudas interpretativas, y donde además la normativa laboral ha de conjugarse con otras reglas y principios que inspiran la actuación de los poderes públicos, específicamente en relación con el acceso al empleo público. Y diversos pronunciamientos en el período de referencia dan cuenta de la comunión de estas reglas y principios en el entorno de la contratación en la Administración pública.

En este marco, la **STS 9-12-2009 (Rc 346/09)** recuerda los requisitos que han de concurrir para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho, considerando siempre decisivo que quede **acreditada la causa de temporalidad**. En el supuesto examinado, la Sala considera que concurren todos los presupuestos para dotar de plena validez el contrato por obra o servicio, al tratarse de un contrato suscrito por un Ayuntamiento al amparo de una Orden de la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia, que concedía a las Corporaciones locales una subvención de interés social para mejorar el empleo a través de la adquisición de experiencia profesional en ocupaciones relacionadas con los nuevos tipos de empleo vinculados al medio ambiente. Tal conclusión no queda empañada al entender de la Sala por el hecho de que la actora

no fuera nuevamente contratada bajo el nuevo Plan contenido en la Orden de la Consellería para el año 2007, al tratarse de un plan nuevo y no, la continuidad del Plan anterior, siendo precisamente una de las finalidades del plan proporcionar experiencia profesional en ocupaciones, relacionadas con los nuevos tipos de empleo vinculados al medio ambiente y no proporcionar puestos de trabajo indefinidos a determinados trabajadores.

Diversas sentencias dictadas en el periodo de referencia las **SSTS 19-1-2010 (Rc 1526/09); 3-2-2010 (Rc 1710/09); 3-3-2010 (Rc 1527/09); 25-3-2010 (Rc 862/09) 7 15-5-2010 (Rc 3740/09)**, abordan la procedencia o no de la contratación por obra o servicio determinado para la **prevención y extinción de incendios forestales**, en relación a unos trabajadores que son sucesivamente contratados cada año en periodos temporales concretos y que han venido prestando servicios para la Comunidad de Madrid en las campañas de incendios forestales mediante contratos cuyas fechas de inicio y terminación si bien no son las mismas, su inicio y terminación oscila entre junio y noviembre. La sentencia señala que la contratación adecuada para cubrir las necesidades anuales derivadas de las campañas anuales de prevención y extinción de los incendios forestales es el **contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo**, a tenor de lo previsto en el ET art. 15.8. y ello en atención a haberse constatado una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico. Ello es así, porque la necesidad de prevención y extinción de incendios forestales responde a necesidades normales y permanentes de la entidad empleadora y, en consecuencia, las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos. Frente a lo que no puede objetarse limitaciones presupuestarias que en todo caso podrán tenerse en cuenta a otros efectos -ET art. 52 -.

3.2. Contrato de trabajo de inserción

En las **SSTS 15-02-2010 (Rc 2277/09 y 2366/09)**, se suscita la **naturaleza jurídica** de los contratos de trabajo suscritos por una Corporación Local con las trabajadoras demandantes, como auxiliares de ayuda a domicilio, debiendo **determinarse si se trataba de contratos de la hoy desaparecida modalidad de inserción o**, si lo fueron **para obra o servicio determinado**. La Sala IV concluye que al margen de la denominación que las partes otorgaron a los contratos, la estructura, el objeto y la finalidad de los mismos, corresponde al contrato de inserción, figura alejada del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, al tratarse de un contrato en el que predomina el interés general que lleva a cabo la Administración con personas desocupadas para que adquieran experiencia laboral, en el marco de los correspondientes programas y que únicamente exige que en el mismo se haga constar esa actividad de interés general adscrita al correspondiente programa, no siendo preciso que figure la obra o servicio suficientemente especificados.

3.3. Consolidación de la condición de fijeza por el personal contratado temporalmente por en las Administraciones Públicas.

Las **SSTS 14-12-2009 (Rc 1654/09); 10-2-2010 (Rc 1954/09)**, recuerdan que el **acceso al empleo público** está sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como se desprende de CE arts. 23.2 y 103.3, principios aplicables tanto en el marco del acceso a los puestos de funcionarios, como en el que corresponde

al empleo laboral estable, tal y como se desprende del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) art. 55.1, abundado en el hecho de que la remisión que el art. 83 realiza a los convenios colectivos no lleva a la conclusión contraria, pues lo que se autoriza a éstos es a concretar los procedimientos de selección que garanticen la aplicación de estos principios en el ámbito del empleo público laboral, pero no a establecer formas de reclutamiento de personal que contraríen las exigencias constitucionales señaladas. Estas sentencias se hacen eco asimismo de una antigua jurisprudencia que concretó los matices con que se han de establecer las consecuencias de las irregularidades cometidas en la contratación laboral, de tal suerte que en modo alguno pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza. La aplicación de la citada doctrina a los supuestos allí decididos determina el fracaso de tales pretensiones, puesto que lo que los actores pretenden es acceder al empleo público al margen de cualquier procedimiento de selección sin otro mérito que la permanencia en una situación –irregular o no—de contratación temporal.

4. Convenios colectivos y negociación colectiva

4.1. Legitimación para negociar y para constituir la Comisión Negociadora.

A propósito de la **legitimación para negociar convenios colectivos**, se pronuncia la **STS 3-12-2009 (Rc 84/08)**, que sintetiza el criterio de la Sala IV, configurado alrededor de un sistema **de triple legitimación**: la inicial - para negociar- art 87.3 ET; la llamada legitimación complementaria, plena o deliberante - para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio colectivo de eficacia general- art 88.1ET; y, finalmente, la legitimación negociadora o cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones, art 89.3 ET. Además, tratándose de **Asociaciones empresariales**, la **legitimación inicial** requiere que cada asociación [no el conjunto de las que concurren] cumpla la doble exigencia de que formen parte de la asociación el 10% de los empresarios del sector y que tales empresas ocupen el 10% de los trabajadores afectados; y la legitimación plena va ya referida al conjunto de todas las asociaciones, no a cada una de ellas.

La citada resolución, desestima la impugnación efectuada por una asociación empresarial del III convenio colectivo autonómico de la Comunidad Valenciana de derivados del cemento ante la ausencia de prueba de la realidad fáctica en la que debería apoyarse - implantación de las asociaciones firmantes en el territorio en cuestión-. Y aunque la **determinación de la representatividad de las asociaciones** empresariales presenta especiales dificultades, al no contar con la garantía de datos fiables incorporados a registros oficiales, la **distribución de la carga de la prueba** impone a quien combate la legalidad del convenio colectivo el deber de superar dicha dificultad, que no se cumple simplemente con negar la implantación y representatividad de las asociaciones integrantes del banco empresarial.

Por otro lado, la **STS 11-11-2009 (Rc 38/08)**, declara la nulidad del Convenio Colectivo del Sector de Intervención Social de Madrid, al entender que las asociaciones empresariales que lo habían negociado carecían de legitimación bastante para darle valor de norma estatutaria, puesto que las mismas no

ostentaban la representatividad exigida al efecto por ET ya que, **ni representaban al 10% de las empresas del sector**, ni las empresas representadas por ellas ocupaban a la mayoría de los trabajadores del mismo. Asimismo, la **STS 1-3-2010 (Rc 27/09)** declara la nulidad del I Convenio Colectivo Marco Estatal de Acción e Intervención Social (BOE 19/6/07) al entender que la única asociación empresarial que lo había suscrito carecía de legitimación bastante para darle valor de norma estatutaria.

4.2. Integridad del convenio

La **STS 8-6-2009, (Rc 67/08)**, rechaza que la previsión de días adicionales de libre disposición contenida en el Estatuto Básico del Empleo Público [EBEP, Ley 7/2007, de 12 de abril], sea aplicable a los trabajadores de AENA, además de los permisos regulados en el IV Convenio Colectivo de AENA, pretensión que los sindicatos reclamantes sustentaban en que la regulación contenida en aquel era mas favorable que la de la norma convencional, con invocación de los **principios de jerarquía normativa, modernidad y de norma más favorable**. Para la resolución de la cuestión, la Sala IV parte de que *existe una regulación completa de permisos y vacaciones en el Convenio Colectivo de AENA y otra, también completa en el EBEP, de forma que la superposición simultánea de dos fuentes de derecho debe resolverse, ex ET art 3.3, en virtud del principio de norma más favorable apreciada en su conjunto y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables*. Del análisis conjunto de ambas regulaciones, concluye que es **más beneficiosa para los trabajadores la contenida en la normativa convencional**. Finalmente se reprocha el **uso de la “técnica del espiguelo”** que consiste en romper la indivisibilidad interna del precepto (ley o convenio) anulando su equilibrio interno, eligiendo de una u otra fuente de derechos aquellos preceptos aislados que pudieran mejorar los de la otra fuente y los preceptos de ésta que mejoraran aquella.

4. 3. Comisión paritaria del Convenio: Cometido y Competencias.

Las **Comisiones Paritarias**, designadas al amparo del ET art. 85.3.e), e integradas por representantes de los sindicatos firmantes del Convenio, tienen atribuidas exclusivamente funciones de interpretación, gestión y administración del Convenio y sus decisiones no tienen valor de convenio colectivo ni, por ende, eficacia normativa. Su competencia, por tanto, **no se extiende a funciones de naturaleza negociadora**.

En aplicación, de la anterior doctrina La **STS 18-02-2010 (Rc 65/09)**, estima que la medida adoptada por la Comisión Paritaria del Convenio JC DECAUX ESPAÑA, S.L.U, consistente en la fijación del derecho a jornada continua con horario concreto en las fechas controvertidas, supone el establecimiento de un compromiso, de alcance colectivo, por lo que **excede de las funciones** de dicha comisión. Compromiso que puede calificarse como acuerdo no estatutario.

En la misma línea se pronuncia la **STS 29-3-10, Rec 37/09**, al declarar que el Acuerdo de 6-10-2008 para la equiparación de funciones profesionales establecidas en el Convenio Colectivo de ICM a las categorías profesionales del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, 2004-2007, suscrito

por la Administración Autonómica y por CCOO tiene carácter extraestatutario y vincula solamente a la CAM y a los trabajadores afiliados al Sindicato CC.OO, procedentes de ICM, que, voluntariamente, hayan pasado a integrarse en la plantilla de la Administración General de la CAM. Y ello porque la Comisión Paritaria no tenía competencia para alcanzar **un acuerdo modificando lo dispuesto en el Convenio en materia de transformación de contratos** indefinidos en fijos.

4. 4. Convenios extraestatutarios.

Es de destacar la **STS 9-2-2010, (Rc 105/09)**, pues representa un completo compendio jurisprudencial respecto a la **naturaleza, características y efectos** de los convenios extraestatutarios. Al efecto, insiste en que estos pactos se rigen por la **normativa civil de obligaciones**, que su valor es meramente convencional u obligacional, no normativo, por lo que no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral. Tampoco gozan del **efecto de ultraactividad** y dejan de surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración, sin que quepa exigir que sigan vigentes, ni reclamar que se mantenga su cumplimiento ni pretender la posterior aplicación de alguna de sus cláusulas con fundamento en la posible existencia de una condición más beneficiosa.

4. 5.Ámbito de aplicación.

La **SSTS 3-11-2009 (Rc 134-08)** se pronuncia sobre el convenio colectivo aplicable en un supuesto **de fusión por absorción**. Dicha figura supone la **extinción de la entidad absorbida**, adquiriendo la absorbente el patrimonio y los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros. Ello determina que no sea causa de extinción de las relaciones laborales la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión. Además, no se puede aplicar a los nuevos contratos de trabajo celebrados por la entidad absorbente, tras la fusión por absorción, un convenio colectivo distinto al que es de aplicación a esta última, [en concreto, el Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica]. En definitiva, desde el momento en que se produce la sucesión de empresa, el **convenio colectivo aplicable a los nuevos contratos de trabajo** que se realicen será el de la empresa que haya sido **la dominante** en el proceso de sucesión, es decir, la empresa adquirente, sin que los derechos que han de mantenerse a los trabajadores afectados por ella deben extenderse también a los contratados con posterioridad a dicha situación.

Por su parte, la **STS 1-07-2009 (Rc 92/08)**, declara que el **II Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado – CCU-** es de aplicación a los **trabajadores temporales del CSIC**. Y ello, fundamentalmente, porque dichos trabajadores están incluidos tanto en el ámbito de aplicación del I como del II CCU, como se desprende de la rotunda declaración que contiene el art. 1.1 de ambas normas convencionales y del dato de que la contratación temporal está expresamente regulada en los dos convenios. En cuanto al fondo del asunto, se niega al colectivo afectado el complemento singular de

puesto al no ocupar puestos de los incluidos en la RPT, estimando, por el contrario el derecho a percibir el complemento de jornada partida.

4. 6. Representación de los trabajadores. Comité de Empresa Europeo

La **STS 16-12-2009, (Rc 139/08)**, siguiendo el criterio mantenido en TS 22-12-08, (Rc 143/07), concluye que el **Comité de Empresa Europeo, no es un órgano de representación unitaria** y no hay precepto alguno en la normativa española o comunitaria que avale que la **composición** del mismo este sujeta al **criterio de proporcionalidad** en relación con el resultado de las elecciones correspondientes a representantes unitarios en la empresa. La elección por mayoría de los representantes de los trabajadores, no vulnera el ET art 63.3 porque este precepto se refiere a una institución representativa en el seno de la empresa como es el Comité Intercentros, que no es asimilable con el Comité Europeo, ni siquiera por analogía.

5. Despido y extinción del contrato de trabajo

5.1 Retracción empresarial sobre la decisión extintiva

Resulta de gran interés la solución contenida en la **STS de 7-10-2009 (Rc 2694/08)** respecto a la posibilidad de **retroacción empresarial previa al trámite preprocesal de conciliación**, con la singularidad que se acentúa por el hecho de que la empresa pretende justificar dicha retroacción por la existencia de un error al despedir. La Sala, tras recordar la doctrina previa sobre el efecto en general de la retractación empresarial, concluye señalando que la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa anterior a la constitución de la relación procesal. Descarta también la directa aplicación de la normativa común (Civil) sobre nulidad los actos, porque atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial distorsionaría el proceso de despido y no protegería los intereses del trabajador en los términos derivados de la regulación especial de este proceso. No admite, así, la Sala, la posibilidad de dejar sin efecto el despido por unilateral decisión del empresario, destacando que aunque se admitiese –que no– la posibilidad de dejar sin efecto el despido por unilateral decisión del empresario, es lo cierto que no consta que la reincorporación se hubiese ofrecido en el caso con íntegra restauración del vínculo y que generase en la despedida la convicción sobre la innecesariedad de reclamación alguna respecto de todos sus componentes –improcedencia, salario, cobertura de la Seguridad Social, prestaciones complementarias y antigüedad--. Este criterio se reitera en la **STS 11-12-2009 (Rc 660/09)**.

Solución novedosa ofrece también la **STS 7-12-2009 (Rc 210/09)** a propósito de la retractación empresarial acordada durante el **periodo de preaviso** y antes de la efectividad de la extinción contractual. Para la sentencia la retractación es válida y produce como efecto principal el que el contrato no llegue a extinguirse. En apoyo de esta solución señala que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará. El contrato no se extingue, por ende, ese día, sino aquél en el que se decide el cese y se liquida, conforme al artículo 49-2 del Estatuto de los Trabajadores. A renglón seguido la sentencia efectúa una serie de consideraciones sobre el juego de los

arts. 54 y ss ET y art. 108 y ss LPL, para concluir que si la finalidad de la norma es facilitar la continuidad del contrato y al objeto se establece que el empresario puede acabar optando por la readmisión del despedido, es claro que aquél puede decidir válidamente retractarse de la rescisión del contrato que preavisó, mientras la prestación de servicios continúa y el contrato sigue vigente.

5.2. Vinculación empresarial al reconocimiento de la improcedencia y posibilidad de nueva opción

Otra de las sentencias más reseñables del periodo acotado por la presente crónica, ha de ser sin lugar a dudas la **STS 18-12-09, Rec 71/09**, en la que se despeja una de las incógnitas que tradicionalmente ha suscitado el análisis del mecanismo del ET art. 56.2 **sobre los efectos que produce el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte del empresario en un eventual proceso judicial posterior** y, en concreto, si supone una suerte de ejercicio anticipado de su derecho a la extinción indemnizada. El supuesto de hecho responde a las siguientes características: la empresa despide al actor y paralelamente reconoce la improcedencia poniendo a su disposición la pertinente indemnización. Deducida demanda por despido, el fallo de instancia declara éste improcedente y eleva el montante indemnizatorio al tomar una antigüedad superior a la tenida en cuenta por la empresa, concediendo a la empresa el derecho a optar entre readmisión e indemnización, sin embargo, tal parecer no es compartido por la Sala de suplicación rechazando que proceda esa opción por haber optado la empresa por la indemnización en el momento del despido, excluyendo, en su razonamiento, la aplicación analógica del LPL art. 111.1.b) en atención a que el ofrecimiento del ET art. 56.2 no es un intento conciliatorio, sino una declaración unilateral del empresario que tiene carácter irrevocable. Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala IV acoge la tesis empresarial defendida en el recurso. El iter argumentativo es el siguiente: sentado que el ET art. 56.1 es un precepto imperativo, pasa a analizar el contenido del art. ET 56.2 que, como hemos dicho, sustentó la decisión de suplicación. El ET art. 56.2 es una norma compleja, en la que es dable distinguir dos hipótesis: si hay transacción, mediante la aceptación expresa o tácita de la oferta empresarial, se producirán los efectos propios de la misma pues se habrá evitado el pleito y habrá que estar a lo acordado por las partes en orden a la calificación del despido como improcedente y a la percepción del trabajador de la indemnización correspondiente, conforme a CC arts. 1809 y 1816 en relación con LEC art. 19. Si no hay aceptación por parte del trabajador, no existirá transacción y el pleito continuará –también para conseguir una declaración de nulidad o una indemnización superior a la ofertada–, dictándose sentencia, y lo que la norma establece es que, aunque no haya transacción, puede producirse –en caso de declaración judicial de la improcedencia del despido– la paralización de los salarios de tramitación con un alcance temporal distinto en función del momento en que se haya producido la consignación. Pero ¿esa opción por la indemnización realizada en el momento del despido es vinculante? la respuesta al entender de la sentencia es necesariamente negativa. Ese efecto de vinculación no está previsto en el ET art. 56.2, ni puede derivarse de lo dispuesto en el CC art. 1816 y LPL art. 66 y concordantes, porque no ha existido acuerdo transaccional, ni resulta de aplicación la doctrina de los actos propios, toda vez que la oferta del empresario en el marco del art. 56.2.2º va orientada a evitar el pleito, de ahí que como tal oferta su carácter vinculante depende de que sea aceptada –

acudiendo a las reglas generales de la contratación—y de que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente. Si no es así, la oferta no se convierte en acuerdo vinculante en orden a la calificación del despido, aunque la ley penalice la no aceptación con la pérdida de los salarios de tramitación. En consecuencia, si el juicio de despido tiene lugar, al no haberse aceptado el ofrecimiento del empresario, y el despido es declarado judicialmente improcedente, debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el ET art. 56.1. Y si la indemnización reconocida en vía judicial es superior a la ofertada por el empresario, habrá que determinarse el efecto de esta diferencia sobre los salarios de tramitación, pero no limitar el derecho de opción que legalmente tiene reconocido el empresario. La sentencia cuenta con un Voto particular discrepante de tales argumentaciones jurídicas.

5.3 Acción por despido tras ser anulado el ERE

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo se ha tenido que ocupar en los últimos años de una serie de complejas cuestiones, todas ellas derivadas de la anulación de una resolución administrativa en la que se autorizaba la extinción de contratos en un expediente de regulación de empleo. Uno de estos problemas es el referido a la **calificación que merece el acto empresarial de no reincorporación después de la anulación de la autorización**, cuestión que aparece resuelta por primera vez en la **SSTS 9-10-2009 (Rc 3255/08)**, afirmando que la negativa a readmitir después de la anulación de la autorización constituye un despido. Razona la sentencia al respecto que si el acto administrativo que autorizó la extinción del contrato de trabajo se revoca —vía administrativa o judicial—, los efectos de dicha anulación se proyectan de forma automática sobre el contrato de trabajo extinguido, debiendo el trabajador ser readmitido y, si no lo es, está legitimado “para pedir el reingreso en la empresa y para demandar por despido al empleador ante la falta de readmisión”, de tal suerte que no nace un nuevo vínculo laboral, sino que se restablece el inicial y, por lo tanto, la vigencia del contrato. Por lo tanto, en el caso la empresa estaba obligada a readmitir al trabajador y, al no hacerlo, se produjo un despido tácito que ha de dirimirse como tal. Por lo que respecta a las consecuencias del despido, ha de computarse como tiempo de servicios a los efectos de la indemnización, el transcurrido desde que se hizo efectivo el despido en el expediente de regulación de empleo hasta la fecha de la posible o imposible reincorporación; indemnización que ha de calcularse con los salarios que regirían en el nuevo despido.

5.4. Cómputo de tiempo de servicios e indemnización por despido improcedente

A propósito de la antigüedad a computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido, se pronuncia la **STS de 6-10-2009(Rc 2036/08)**, en la que se da respuesta a un supuesto muy específico cuál es la antigüedad que ha de tenerse en cuenta en el caso de despido de una Auxiliar de Notaría, cuando se produce el cese laboral impuesto por parte del o de los actuales Notarios titulares de la misma y se computa, únicamente, el tiempo de trabajo desarrollada para dichos titulares. La Sala considera que si bien la solución no se puede apoyar en un fenómeno de sucesión de empresa, resulta indudable, desde una más elemental perspectiva de tutela jurídica del trabajador, no se pueden omitir la protección de los legales intereses de quienes prestan servicios en tales condiciones, extremo no desconocido por el convenio de aplicación al caso cuando establece, con meridiana

claridad, a cargo del nuevo Notario la sucesión en la titularidad de los contratos laborales vigentes en el momento de producirse la vacante y, por lo tanto, ha de tomarse la totalidad de los servicios prestados en la Notaría.

En relación a la extinción de la relación laboral **acordada en sentencia**, la **STS de 6-10-2009 (Rc 2832/08)** afirma que en aquellos supuestos en los que por cese o cierre de la empresa, se decreta directamente **en la propia sentencia** en la que se declara la improcedencia del despido **la extinción de la relación laboral** existente entre las partes con posible fundamento en el LPL art. 284, el cómputo del tiempo de servicios a efectos de fijar el **importe indemnizatorio** debe abarcar desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha de la sentencia en que se declara extinguida la relación laboral; y, la condena al abono de salarios de tramitación debe limitarse a los del periodo comprendido desde la fecha del despido hasta la fecha de extinción de la relación laboral y no deben extenderse, en posible aplicación del ET art. 56.1. b), hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, dado que en dicha fecha ulterior ya está extinguida la relación laboral.

5.5. Salarios de tramitación

Con relación a los salarios de tramitación, en la **STS 20-10-2009, (Rc 3323/2008)**, se suscita la cuestión relativa a determinar si los salarios de tramitación deben abonarse hasta la fecha de notificación de la sentencia de instancia, o hasta la de suplicación, en supuestos en que en la instancia se había declarado la consignación bien hecha, o hasta la notificación de la suplicación, que revocó la primera. La Sala señala que la atribución expresa al trabajador de la condición de desempleado durante la tramitación del recurso de suplicación cuando el empresario ha optado por la indemnización que contempla el LPL art., 111, revela de manera inequívoca el propósito de la Ley de excluir los salarios de tramitación en los procesos laborales impugnatorios, toda vez que no es lógico que el trabajador reciba al mismo tiempo salarios de tramitación y rentas sociales de desempleo destinadas precisamente a suplir la carencia de rentas sociales.

En lo que atañe al **momento en que procede la paralización de los salarios de tramitación** se pronuncia la **STS 27-10-09, (Rc 3672/08)**, debatiéndose si esa paralización se produce en la fecha de la consignación al margen del momento en que el trabajador tenga conocimiento del ofrecimiento empresarial, siempre que tal conocimiento sea anterior a la conciliación. Y la Sala atendiendo a la propia finalidad del ET art. 56.2 entiende que no basta la consignación de la cantidad para paralizar el curso de los salarios de tramitación, sino que es también preciso que haya formulado la correspondiente oferta al trabajador, lo que se desprende sin fisuras de los CC arts. 1176 y 177, particularmente éste último que impone la obligación de comunicar previamente la consignación a los interesados.

Por otro lado, la **STS 18-1-2010 (RC 2024/09)** señala que la **comunicación al trabajador** por la empresa de que reconoce la improcedencia del despido puede ser **expresa o tácita**, ésta última deducible de las circunstancias concurrentes.

En las **SSTS 13-7-2009 y 23-10-2009 (RRC 3554/08 y 822/09)** se aborda la cuestión relativa a determinar si la expulsión por motivos disciplinarios de un **socio**

trabajador de una cooperativa de trabajo asociado, cuando tal expulsión es declarada como indebida o improcedente por sentencia firme, confiere o no derecho al aludido socio a percibir salarios de tramitación, para el caso de despido improcedente. Para resolver tal cuestión la Sala hubo necesariamente de despejar la verdadera naturaleza jurídica de la relación obligacional que liga a la cooperativa de trabajo asociado con sus socios trabajadores, y que no es otra que la societaria. Por lo tanto, al quedar claramente descartada la naturaleza laboral de la relación existente entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, la conclusión es que el socio expulsado carece de derecho a percibir salarios de tramitación, pues nunca ha percibido salarios en sentido jurídico-laboral.

5.6. Eficacia extintiva del finiquito

En la **STS 10-11-2009 (Rc 475/09)** se discute sobre el alcance liberatorio del recibo o documento de finiquito firmado por el trabajador en el que se expresa la voluntad de dar por concluida la relación laboral, tras un contrato de trabajo eventual por acumulación de tareas, de un año de duración. La sentencia constituye un inestimable compendio de doctrina jurisprudencial sobre el **alcance y significado del finiquito** como manifestación de voluntad, liquidatoria y, en su caso, extintiva, del trabajador. Y aplicada la extensa doctrina de referencia, incluida la relativa a los vicios del consentimiento, al caso, la Sala llega a la conclusión de que el recibo de finiquito incorpora una indubitada declaración de voluntad extintiva por parte del trabajador, pues los términos literales del finiquito, dan cuenta inequívoca de que la expresión literal de la voluntad era la de tener por extinguida la relación laboral hasta entonces vigente entre las partes, pues no cabe extraer otra cosa de la expresión "...el que suscribe ...da por terminada su relación laboral con la empresa". Tampoco hay constancia alguna, sino todo lo contrario, de que concurriera ninguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el art. 1265 CC, de ahí que el mentado recibo deba producir el efecto liberatorio que su texto contiene.

6. Excedencias: reingreso de excedente voluntario

Sobre el alcance del derecho del trabajador a reincorporarse en la empresa desde la situación de excedencia voluntaria se pronuncia la **STS 21-1-2010 (Rc 1500/09)**. La Sala recuerda las diferencias entre los derechos que se derivan del disfrute de una excedencia voluntaria frente a los surgidos de una excedencia forzosa u otras situaciones que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo, sobre la base de los distintos intereses en presencia en cada caso, que la excedencia voluntaria pivotan sobre el interés individual del trabajador solicitante. Como es sabido, el ET art. 46.5 atribuye al excedente voluntario un derecho preferente al reingreso en vacante de igual o similar categoría a la suya, que hubiera o se produjera en la empresa. En el caso concreto y al no venir la empresa obligada por ley a la reserva de la plaza, su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo.

Y de nuevo en **STS 3-12-09 (Rc 4016/08)** se vuelve a suscitar la cuestión de **concretar a partir de qué día incurre la empresa en mora en el cumplimiento de reincorporar al excedente voluntario** a su puesto de trabajo y obligada a

indemnizarle por los daños y perjuicios causados por esta doctrina. La sentencia efectúa un somero recorrido a propósito de la doctrina unificada sobre la materia, recordando que la Sala viene situando el referido "dies a quo" en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación previa a la demanda, cuando se trata de supuestos en los que la vacante se ha producido en fecha posterior a la petición de reingreso (TS 14-3-95, Rec 1300/94 y 21-1-97, Rec-2004/96 dictada por el Pleno de la Sala). Tal doctrina no se aplica, como dice TS 13-2-98, Rec1076/97, cuando al terminar el periodo de excedencia existe vacante de la categoría del trabajador excedente, pues en este caso los daños y perjuicios, consistentes en el valor de los salarios dejados de percibir, salvo que se pruebe que son superiores o inferiores, serán los causados desde el día en que terminó la excedencia voluntaria. Sentado lo anterior, y atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto examinado, rechaza la sentencia que la petición de reingreso en momento en que no existe vacante idónea disponible genere los efectos resarcitorios ex CC arts. 1100 y 1101 CC, fijándose como fecha inicial para el cálculo de la indemnización, la de presentación de la papeleta de conciliación.

7. Jubilación parcial

El Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias contempla en su artículo 32.3 la posibilidad de que los trabajadores una vez cumplidos los 60 años de edad y siempre que reúnan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación, puedan acogerse a la **jubilación parcial** previa suscripción de un contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculado a un contrato de relevo, cuya duración será igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación. La **STS 4-11-2009 (Rc 20/09)** estima la demanda de conflicto colectivo, declarando el reconocimiento del derecho de todos los jubilados parcialmente en la citada Administración a percibir, en la proporción que corresponda, el complemento de productividad por incentivos al rendimiento sobre Carrera Profesional y, la nulidad de la cláusula contractual de los correspondientes contratos de jubilación parcial por la que se asigna, a estos últimos, el carácter de temporalidad en vez de respetar los caracteres de fijos e indefinidos que se venía ostentando. La Sala IV parte de que la jubilación parcial **no extingue el precedente contrato laboral** mantenido entre empresa y trabajador, por lo que éste al acceder a la misma lo hace en **idénticas condiciones de fijeza o indefinida** en que venía prestando servicios, esto es, la naturaleza es no extintiva y sí, simplemente, modificativa de la relación laboral preexistente. Además, al no existir, ninguna restricción en la norma convencional en orden a los trabajadores que se hubieran jubilado parcialmente resulta del todo congruente el que se les reconozca el derecho a la percepción del cuestionado complemento retributivo.

8. Libertad sindical

8.1. Contenido esencial: Derecho a la negociación.

La **STS 16-12-2009 (Rc 4246/08)**, reitera que no vulnera el derecho a la libertad sindical el que la empresa excluya a un sindicato, miembro del comité de empresa, de la negociación de un pacto extraestatutario. Son sobradamente conocidas las singularidades de estos pactos y de su negociación, cuya

característica más relevante es la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Dado que el acuerdo solo goza de eficacia personal limitada no son de aplicación los arts 82 y ss del ET, reguladores de la negociación colectiva estatutaria, sino los correspondientes preceptos del Código Civil que disciplinan los contratos, por lo que la autonomía de la voluntad es la que rige los mismos. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 5-11-2009, (Rc 8/09)**, insistiendo en que la exclusión del sindicato demandante de una negociación de eficacia limitada, no atenta contra la libertad sindical de aquél.

8.2. Contenido adicional: Derecho al nombramiento de delegado sindical

La **STS 24-11-2009, (Rc 36/09)**, se pronuncia sobre los **requisitos para el nombramiento de un Delegado Sindical** con todas las garantías y prerrogativas que le reconoce el art 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindica. Al efecto, siguiendo el criterio de STS 14-2-07, Rc 4477/05 y 26-10-07, Rc 42/07, señala que la posibilidad de acudir a la utilización del núcleo empresarial en su conjunto o al centro de trabajo aisladamente no es algo que queda al arbitrio del Sindicato sino que ello está en función de los **órganos de representación de los trabajadores establecidos en el seno de la empleadora**. En el supuesto analizado se concluye con la vulneración del derecho a la libertad sindical al haber sido privado el sindicato del derecho al nombramiento de Delegado Sindical puesto que consta que se constituyó, desde un principio, un Comité de Empresa Conjunto para los 7 centros de trabajo en los que se despliega la actividad empresarial y que, en el mismo, el Sindicato reclamante ostenta un representación suficiente de seis miembros de los trece que integran de dicho órgano; además, la empresa en su conjunto, cuenta con más de 250 trabajadores.

8.3. Cuenta de correo electrónico asignada a los sindicatos.

La **STS 16-2-2010, (Rc 57/09)**, rechaza la pretendida vulneración de la libertad sindical y del secreto de las comunicaciones planteada en relación con la condición necesaria exigida para el **uso de la correspondiente cuenta genérica de correo electrónico para fines sindicales, de designar un “owner” – propietario –**. El sistema informático de la empresa – radicado en Londres- condiciona su activación a que se identifique una persona que asuma la administración de la cuenta, con responsabilidad de almacenar y distribuir los correos. Al efecto se argumenta que la propia **cláusula convencional** delimita expresamente **la responsabilidad del “owner”**, y la misma se corresponde con una persona, cuya función, además de ser miembro de la lista de destinatarios asume la capacidad de custodio y de administrador, manteniendo la lista y actualizándola. Además, esta designación **no supone desvelar secreto** alguno de los protegidos por el derecho fundamental, ni tan siquiera a nivel de identificación de los interlocutores, pues el remitente o –en su caso– destinatario permanecen para la empresa en el más completo anonimato.

9. Modificación de condiciones de trabajo.

9.1. Modificaciones de carácter colectivo.

La **SSTS 6-10-2009 (Rc 3012/08)**, partiendo de la ya clásica distinción entre convenios colectivos estatutarios y **extraestatutarios**, determina que **la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo**, acordadas en pactos de empresa, que no tienen la consideración legal de convenios del Título III del ET, esto es, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez **finalizado el período de consultas** que establece el art. 41.4 ET, a diferencia de la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos estatutarios. Estos últimos mantienen la eficacia del contenido normativo, mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen, en general, de efectos más allá de las fechas pactadas.

Respecto a la **modificación de la jornada y horario** se pronuncia la **STS 28-9-2009 (Rc 146/08)**, señalando que es el convenio colectivo el que habrá de determinar el campo de actuación en dicha cuestión, por tratarse de materias que *"constituyen condiciones de trabajo que afectan profundamente al régimen de vida de los trabajadores y por lo tanto constituyen una de las materias más sensibles sobre las que se impone la necesidad de la negociación"*. Por tanto, **si el Convenio exige que la modificación se pacte por ambas partes**, no se puede imponer la misma de modo unilateral por la empresa, mientras que **la falta de regulación** sobre la materia, permitirá acudir al proceso del art 41 ET o, incluso, plantear la consideración de que la medida es irrelevante, y no sustancial. En el supuesto analizado, el Convenio Colectivo para las Entidades de Seguros, prevé especialmente la **obligación de negociar el horario** entre las partes lo que lleva a declarar nula la medida empresarial, adoptada unilateralmente, de modificación del horario y el derecho de los empleados a mantener el horario que venían disfrutando con anterioridad hasta que no se lleve a cabo su modificación por acuerdo con los representantes de los trabajadores.

9.2. Administración Pública: Cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia.

Es de destacar la **STS 9-02-2010 (Rc 1605/09)**, que estima, que **a falta de normativa** legal, reglamentario o convencional que mejore válidamente a favor de los trabajadores las condiciones contenidas en la normativa estatutaria, la **Administración Pública empleadora** [en el caso, Junta de Andalucía], **puede trasladar a sus trabajadores a un centro distinto, que no exija cambios de residencia ni comporte cambio de categoría y/o grupo profesional, en los mismos supuestos y condiciones en que lo podría efectuar un empresario privado**. Y sin que para ello sea necesario que, además de dictarse resolución administrativa motivada, se acrediten las circunstancias invocadas para efectuar el referido cambio, siempre, que la actuación administrativa se ajusta a la estricta legalidad. Al efecto se argumenta que un cambio de centro en la misma localidad sin cambio de domicilio y respetando categoría y funciones, se viene considerando por la jurisprudencia de la Sala como una modificación accidental, encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario.

10. Salario

10. 1. Absorción y compensación.

La **STS 14-12-2009, (Rc 49/09)**, estima que **procede la compensación** operada en un supuesto en el que la Compañía Telefónica de España S.A.U., en los años 2004 y 2005, procedió a **ingresar en Hacienda las cantidades correspondientes al IRPF** de aproximadamente 930 de sus trabajadores a los que, **por error, no les hizo el descuento** correspondiente, al abonarles el salario, aunque tales retenciones se hicieron constar en el certificado de haberes de 2004, que la compañía remitió a sus empleados. Detectado que fue el error, la empresa dirigió comunicación a los afectados según la cual procedería a realizarles el descuento en determinadas nóminas de 2005. En el caso se aprecia concurren los **requisitos necesarios para estimar la legalidad de la compensación**, de conformidad con el art 1195 CC, puesto que: Empresa y trabajadores están obligados y son cada uno deudor y acreedor del otro; Las deudas son cantidades de dinero en cuya cuantía no existe controversia; La empresa está legitimada para exigir la devolución de las cantidades que el trabajador percibió en exceso, al no habersele descontado las correspondientes a las cargas fiscales, siempre a su cargo, cantidades que, al propio tiempo, son vencidas, y líquidas.

10. 2. Condición más beneficiosa.

La Sala IV ha tenido ocasión de pronunciarse en variadas ocasiones sobre la posible **existencia de una condición más beneficiosa de carácter retributivo** y las condiciones para **la supresión** de la misma. Así, la **STS 6-10-2009, (Rc 4282/08)** rechaza que la gratificación mensual percibida por el Personal Laboral del Ayuntamiento de La Carolina, tenga carácter consolidable, puesto que se trata de un **complemento vinculado al puesto de trabajo**, respecto del que no existe acuerdo ni el empleado efectuaba trabajo alguno que mereciera tal complemento específico.

Por el contrario, la **STS 13-7-2009, (Rc 30/08)** declara la nulidad de la decisión empresarial consistente en dejar de abonar las **pagas extraordinarias** en su totalidad a los trabajadores que a lo largo de su devengo han estado en **situación de incapacidad temporal**, sin descuento alguno. En el caso se trata de una condición más beneficiosa puesto que existió un acto tácito inicial de concesión unilateral por parte de la empresa del anterior beneficio, una situación prolongada ininterrumpidamente desde 1998 hasta el año 2007, sin modificación alguna ni advertencia empresarial y que sólo puede ser dejada sin efecto vía procedimiento del art. 41.4 ET, pero no por un acto unilateral de la empresa.

Por otra parte, la **STS 20-10-2009, (Rc 147/08)**, declara el derecho de los antiguos trabajadores de Spanair que pasaron a Newco Airports Services. S.A. al disfrute de un **billete gratis de ida y vuelta** de la Cía. Aérea Spanair con plaza confirmada con carácter anual, con lo que se anulaba la decisión empresarial de suprimir tal derecho. Se trata de trabajadores a quienes la nueva empleadora les reconoció el derecho al beneficio cuestionado y que fue incorporado en el I Convenio Colectivo de Newco Airport Services, S.A., por lo que lo reclamado no trae causa de la existencia de la subrogación, sino estas especiales circunstancias - la actitud de la empresa que satisfizo el derecho al billete gratuito y posterior unión al convenio -. La Sala IV estima que la situación de los trabajadores afectados va más allá de una mera **condición más beneficiosa** incorporada al contrato de

trabajo, para caer de lleno en la vigencia e imperatividad de un derecho impuesto por **el Convenio colectivo**, aunque ni en uno ni en otro caso la condición reconocida a los trabajadores pudiera ser dejada sin efecto por **la voluntad unilateral** de una de las partes. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 20-4-2010 (Rc 1/09)**, y también respecto del derecho, de los antiguos trabajadores de Spanair que pasaron a Newco Airports Services. S.A, a mantener el percibo de ayuda o reducción en el coste de los precios de los billetes de transporte aéreo con las compañías en las condiciones que tenían antes del 15 de mayo de 2007, y en la que se concluye que se trata de una **condición más beneficiosa asumida en convenio colectivo**.

10.3. Incrementos salariales.

Mención especial merece la actuación de la Sala IV a propósito de los **incrementos salariales previstos en la negociación colectiva para el año 2009**. Dado que se parte de los concretos textos a interpretar, ello puede justificar las matizaciones sobre las conclusiones alcanzadas en cada supuesto. Por otra parte, la solución al debate ha supuesto la interpretación de cual ha sido la **voluntad de las partes** a la hora de determinar el incremento salarial. Además, se estima que el **concepto de IPC** previsto, en la mayoría de los casos, ha de equipararse al parámetro utilizado en la Ley 2/2008, de **Presupuestos Generales del Estado para 2009**, en donde, si bien no hay declaración formal -la previsión del Gobierno sobre incremento anual del IPC no se produce desde la Ley 23/2001 de Presupuestos Generales del Estado para 2002-, se pone en evidencia una previsión en relación a la revalorización de pensiones públicas. Y finalmente aun en situación de crisis económica generalizada, el precepto convencional obliga a la empresa a su cumplimiento mientras **mantenga su vigencia**, salvo que alcance un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores.

La **STS 26-01-2010, (Rc 96/09)**, integra el Convenio colectivo de ámbito estatal para las Industrias del Frío Industrial, 2007-2009, que se remite al **IPC** que se refleje en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, con el **incremento del 2% para las pensiones públicas** fijada en los presupuestos generales del Estado, que, por tanto, sirve de pauta para el incremento salarial anual. En el mismo sentido se pronuncian la **STS 18-02-2010, (Rc 87/09)**, en relación con el II Convenio colectivo del Grupo Sogecable, y la **STS 25-2-2010, (Rc 108/09)**, respecto al Convenio Colectivo de "GESTEVISION TELECINCO S.A.

Cuestiones similares, aunque más específicas han sido resueltas en **STS 24-03-2010 (Rc 82/09)**, que analiza el VII Convenio Colectivo de AVANZIT TELECOM SLV, y la **STS 5-04-2010 (Rc 119/09)**, en interpretación del IV Convenio Colectivo de Empresa- Bimbo Martínez Comercial, SL – en concreto la previsión relativa al incremento salarial del año 2008, y su influencia en el del año 2009.

10. 4. Plus de penosidad: valoración de los elementos de protección.

Especial relevancia presentan las **SSTS del Pleno de 25-11-2009, (RRc 556/09, 558/09 y 559/09)**, seguidas por las de **30-11-2009, (Rc 562/09)** y **3-02-2010 (Rc 2129/09)**, pues **modifican la doctrina tradicional** de la Sala IV, en orden a la valoración de los **elementos de protección** para la determinación de la **penosidad**.

Tras un exhaustivo análisis de la normativa de aplicación, en particular de la Directiva 2003/10 CE y el Real Decreto 286/2006, concluye que se tiene derecho al complemento solo cuando se alcanzan los 80 decibelios medidos con los elementos de protección puestos. Al efecto argumenta que el artículo 5.2 del Real Decreto 286/2006 precisa que la finalidad de la norma es proteger al trabajador frente a “la exposición real al ruido”. En cuanto, a la penosidad por ruido sólo puede afirmarse que existe cuando **“el ruido que llega al oído” del trabajador supera los 87 decibelios y, por lo tanto, que cuando se le han facilitado cascos de protección (EPI) y con ellos se rebaja ese nivel de ruido no puede hablarse de penosidad.**

10.5. Principio de igualdad retributiva.

Durante el periodo que abarca esta crónica se han dictado numerosas resoluciones que nuevamente se pronuncian sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación en materia retributiva mediante el correspondiente análisis de lo que se considera una **“doble escala salarial”**, aplicando tanto la jurisprudencia consolidada de esta Sala como la doctrina constitucional.

Al efecto, la Sala IV insiste en que las cláusulas de los convenios colectivos **que suprimen a partir de una determinada fecha el complemento de antigüedad**, manteniendo no obstante la percepción de los complementos ya devengados en cuantía invariable, **son válidas**, en principio, dado que el factor objetivo de la “duración” del trabajo ha sido contemplado por la jurisprudencia, en determinadas circunstancias, como justificación de las diferencias de trato en materia de retribuciones. En estos casos no se trata de una valoración distinta del complemento de antigüedad para dos grupos de trabajadores en función de la fecha de su ingreso en la empresa, sino de **la supresión de dicho complemento, respetando, para los trabajadores que ya lo venían percibiendo, la obtención de un plus sustitutivo** del mismo en la cuantía que aquellos ya habían alcanzado. Siguiendo esta doctrina se han dictado, entre otras la **STS 7-7-2009 (Rc 96/07)**, que declara la legalidad del XII Convenio Colectivo de RENFE al existir elementos que justifican el diverso régimen retributivo en relación con el complemento de antigüedad, según el ingreso se produzca antes o después de una determinada fecha. Asimismo, la **STS 2-12-2009 (Rc 18/09)**, declara que es lícita la cláusula del Convenio colectivo de Trabajo para Oficinas y Despachos de la Región de Murcia, 2006 que suprime el complemento de antigüedad manteniéndolo en cuantía congelada para los trabajadores que lo venían percibiendo.

Por el contrario, **STS 17-11-2009, (Rc 12/09)** estima la **nulidad** del precepto del Convenio Colectivo del Sector del metal de Murcia, 2007-2010 que regula el **complemento de antigüedad según la fecha de ingreso** en la empresa. En el caso la diferencia de trato **no aparece justificada** más que en la distinta fecha de ingreso de unos y otros trabajadores en la empresa, sin que se haya acreditado que concurra ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente tanto cuantitativa como cualitativa, equilibradas y compensadas, que pudiera justificar la diferencia entre empleados antiguos y modernos.

10.6. Equiparación salarial entre el personal laboral y el personal funcionario.

Respecto a la **equiparación salarial entre el personal laboral que presta servicios para una Administración Pública y el personal funcionario** de la misma, cuando se realizan las mismas funciones, se pronuncia la **STS 22-9-2009, (Rc 3895/08)**. Estima que **no existe discriminación** porque los funcionarios perciban un complemento que no se abona al personal laboral pues tal diferencia viene justificada por el distinto régimen jurídico de unos y otros. Esto es, obedecen a la **distinta estructura salarial** que posee el personal laboral y el funcionario, fruto, a su vez, de un **sistema de clasificación profesional propio** para cada uno de esos grupos. El complemento específico de los funcionarios tiene cobertura en la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, regulándose la estructura salarial del personal laboral en el Convenio colectivo aplicable. Por tanto, se aprecia una clara diferenciación entre los regímenes jurídicos por los que se articulan la relación funcionarial y la relación laboral, con distintas fuentes normativas y divergencias de contenido en el paquete de condiciones implícitas en una u otra, sin que ello suponga lesión a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

10.7. Realización de funciones de superior categoría.

Un trabajador del Servicio de Empleo Estatal, con categoría de técnico de administración y titulación de relaciones laborales, **solicita que se le abonen las diferencias retributivas correspondientes a la categoría superior** de titulado medio de Administración -grupo 2-, quedando acreditado que **realiza de forma habitual funciones de superior categoría**. La **STS 2-11-2009 (Rc 1344/09)** concluye con la estimación de la demanda pues se trata de un supuesto de **movilidad funcional**, ex art 30 ET, a tenor del cual en los supuestos de encomienda de funciones de carácter superior el trabajador tiene derecho a "las retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice". El que no se desarrollen únicamente las funciones propias de la categoría superior no altera esta conclusión, pues, lo decisivo **no** es aquí una **plenitud de la equivalencia** funcional entendida en sentido absoluto sino la configuración funcional predominante del puesto desempeñado.

Las sentencias **SSTS 10-12-2009, (Rc 1780/09); 30 -12-2009 (Rc 2234/09); 19-1-2010 (Rc 2274/09); 21-1-2010 (Rc 1472/09); 1-2-2010 (Rc 2027/09); 4-2-2010, (Rc 1508/09); 9-2-2010 (Rc. 2099/09)**, declaran que la norma adicional 2ª del **II Convenio es aplicable exclusivamente a quienes en el I Convenio Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado estaban encuadrados formalmente en su ahora extinto Grupo profesional III** desempeñando los puestos correspondientes a tal Grupo, pero sin crear derechos a favor de quienes perteneciendo a otros Grupos profesionales del anterior Convenio pudieran haber desempeñado en determinados periodos temporales funciones correspondientes a una categoría superior a la que les correspondía en aquel momento. Asimismo, la **posible desigualdad** derivada de la asignación de un complemento singular a los puestos ocupados del anterior grupo profesional III en su modalidad A2 para los puestos del anterior grupo III, cabe, en principio, calificarla como **objetiva y razonable**.

Por otra parte, las **SSTS 10-11-2009, (Rc 440/09) y 1-12-2009, (Rc 666/09)**, -siguiendo el criterio de las STS 28-6-02, Rc 2745/01 y 26-12-02, Rc 97/02- reconocen el derecho del personal laboral de la Conserjería de Educación de la Junta de Andalucía a cobrar el **plus de turnicidad** aunque el mismo **no esté autorizado por la Administración ni acordado** entre ésta y la representación de los trabajadores. El convenio de aplicación prevé para la instauración de jornadas especiales o de horarios diferentes -trabajo a turnos- un proceso específico, que no consta se hubiera producido. Sin embargo, queda acreditado que la parte demandante vino realizando, con **total aquietamiento** de la Administración empleadora, el turno rotatorio en su jornada laboral diaria. Por tanto, si, por imposición empresarial o por asentimiento, el trabajo se ha organizado a turnos, pese a la inexistencia de un acuerdo previo con la representación unitaria de los trabajadores y a la ausencia, también, de la pertinente y prevista autorización de la Secretaría General de la Administración Pública correspondiente, estas últimas omisiones no pueden ser obstáculo para la percepción por el trabajador de la específica retribución prevista.

10.8. Alcance de la responsabilidad del FOGASA

Reiteran doctrina las **SSTS 27-10-2009 (Rc 582/09); 11-11-2009 (Rc 449/09) y 13-4-2010 (Rc 3126/09)** sobre el alcance de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA ex ET art. 33.2 en caso de insolvencia de la empresa cuando se trata del impago de indemnizaciones debidas por despido que no fueron fijadas en una sentencia tramitada y obtenida como consecuencia de la impugnación de tal mediada, sino en sentencia de reclamación de la cantidad adeudada por el concepto de indemnización, afirmándose en las mismas que la sentencia recaída en dicho procedimiento ordinario es título idóneo para establecer dicha responsabilidad en caso de insolvencia de la empresa.

La cuestión que se analiza en la **STS 2-2-2010 (Rc 1587/09); 10-2-2010, (Rec 1908/09)**, es la determinar si el ET art. 33.2 opera o no sin limitación alguna, es decir, si cuando dicho precepto establece la **responsabilidad del FOGASA** por las indemnizaciones fijadas en sentencia conforme a ET arts. 50, 51 y 52, se debe incluir o no la **compensación por falta de preaviso**. Cuestión que la Sala resuelve en sentido negativo y cuya argumentación pivota sobre los siguientes extremos: por de pronto, del tenor del ET art. 33.2 no es dable inferir que la garantía pública aseguradora se extienda también al preaviso litigioso, de ahí que el juzgador no pueda extender, en el ámbito de la interpretación so pena de invadir la competencia correspondiente al legislador, la garantía pretendida a un supuesto no contemplado expresamente por la Ley. Por otro lado, el ET art. 53 distingue con meridiana claridad, lo que es la indemnización y lo que es un concepto diferenciado de preaviso, cuya naturaleza no se define pero, que en todo caso tiene un carácter más próximo al salarial, prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva, el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad percibida por concepto de preaviso. Y, finalmente, una interpretación sistemática del ET art. 33.8 avala tal conclusión, pues resulta evidente que la referencia que el precepto efectúa a la garantía aseguradora se hace en relación a la indemnización legal.

11. Sucesión de empresa

De notable interés es la **STS 7-12-09 (Rc 2686/08)** recaída en un supuesto de sucesión de contratistas y en el que la Sala declara que ha existido un despido, como consecuencia de desconocer la contratista entrante en el caso, el vínculo contractual que existía entre el actor y la mercantil saliente y, por ende, la garantía de conservación del contrato con subrogación del nuevo empresario que impone ET art. 44. La Sala recuerda que por despido debe entenderse toda extinción del contrato de trabajo que se produce por iniciativa del trabajador, sin que la expresión “despido” deba quedar constreñida a la que tenga origen disciplinario. Así las cosas, la negativa de la empresa cesionaria a incorporar a los trabajadores de la cedente en el marco del ET art. 44, y sí mediante contratos temporales ex novo, ha de calificarse como despido improcedente, tal y como la Sala declaró en TS 28-4-09, Rec 4614/07; 23-10-09, Rec 2684/08). La nueva contratación no enerva el efecto extintivo, sino que lo confirma; no hay continuidad de la relación laboral, sino nueva relación que excluye la primera. Esta sentencia revisa la doctrina de TS 26-2-2003 (Rc 583/02); 21-11-2005 (Rc 4070/04).

Es doctrina consolidada la que establece que las **operaciones de «handling»** aeroportuario **no implican sucesión empresarial** del art. 44 ET, porque no existe una verdadera transmisión de la organización productiva y que la nueva adjudicataria no tiene respecto de los trabajadores de la empresa saliente más obligaciones que las previstas en el pliego de condiciones o en el Convenio Colectivo aplicable. Partiendo de estas premisas la **STS 21-01-2010 (Rc 1336/09)** declara el derecho del trabajador a que se le **reconozca la antigüedad** como tiempo de servicios la que corresponde por **anteriores contratos fraudulentos**, sin limitarse a la ya reconocida por la empresa. En el caso, el trabajador prestaba servicios para INEUROPA HANDLING, a la que sucede una UTE -Acciona Airport – de la que forma parte aquella, de donde se deduce que sigue prestando servicios para la misma empresa por lo que no se aprecia razón alguna para limitar la fecha de antigüedad a la que ya estaba reconocida por aquella empresa, antes de que la contrata fuese asumida por la referida UTE. Por otra parte, **no es de aplicación** la previsión convencional sobre la **sucesión de contratistas** que limita la antigüedad a la ya reconocida por la empresa saliente.

12. Tiempo de trabajo

12.1. Condición más beneficiosa

En relación con la posible **existencia de una condición más beneficiosa** se pronuncia la **STS 12-5-2009 (Rc 4/08)** respecto a la regulación contenida en la Circular de 15.1.2007 dirigida a todo el personal de tierra de Iberia LAE reguladora determinadas **ausencias al puesto de trabajo**. La Sala IV, tras recordar consolidada doctrina respecto a los requisitos exigidos para la existencia de una condición más beneficiosa, estima que concurre respecto a los **permisos retribuidos** para asistir a cualquier tipo de **consultas médicas** sin distinción entre sanidad pública y privada y a las **ausencias por enfermedad** de menos de tres días, que no requerían parte de baja, dado que se evidencia a lo largo del tiempo una **inequívoca voluntad empresarial**, con la correlativa incorporación al nexo contractual de los trabajadores de una práctica que no puede suprimirse por voluntad unilateral de la empresa.

12.2. Descanso compensatorio: Hospitales de la Red Pública de Cataluña.

La **STS 11-2-2010, (Rc 33/09)**, casación ordinaria, se pronuncia sobre el alcance del derecho a **descanso compensatorio de días “festivos intersemanales”**, regulado en el **VII Convenio Colectivo de los Hospitales de la Red Hospitalaria de Utilización Pública y Centros de Atención Primaria de Cataluña (años 2005-2008)**. Aunque los festivos deben disfrutarse, en principio, en la fecha de la solemnidad celebrada, la legislación prevé **excepciones** “por razones técnicas y organizativas”, que **concurren en el trabajo hospitalario**. Se estima la legalidad de la decisión empresarial de elaborar el calendario laboral compensado, donde se establezcan por anticipado, una vez respetados **los mínimos de derecho necesario**, los días festivos intersemanales que han de ser atendidos por el personal para una adecuada prestación del servicio público encomendado. Los días festivos intersemanales no disfrutados generan un descanso compensatorio, y dado que en la regulación del convenio colectivo objeto de controversia “tal descanso carece de un período de referencia para su efectividad”, **puede ser fijado o especificado ex ante mediante un calendario de trabajo** siempre que éste “no sobrepase la jornada contratada” y cumpla las restantes prescripciones sobre ordenación del tiempo de trabajo. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 20-4-2010, (Rc 3296/08)**, dictada en unificación de doctrina, respecto a la misma norma convencional y empleadora, y en la que se concluye que cuando existe un calendario laboral previo no es preciso conceder un descanso compensatorio de forma expresa con posterioridad al trabajo en día festivo, pues la compensación se encuentra implícita en el calendario laboral que de forma expresa concede los descansos.

12. 3. Disfrute de descanso semanal y garantía de 2 fines de semana al mes.

Las sentencias **STS 2-12-2009, (Rc 149/08)**; **9-12-2009, (Rc 7/09)**; **16-12-2010, (Rc 148/08)**; **21-1-2010, (Rc 150/08)**; **12-2-2010, (Rc 6/09)** **23-2-2010, (Rc 39/09)**, interpretan el art 26 del **Convenio Colectivo del sector de Contact Center** (antes Telemarketing), que garantiza a cada trabajador el disfrute de **dos fines de semana al mes**. En el caso, se declara la legalidad de la práctica empresarial de que quien disfrute sus **vacaciones de manera fraccionada** únicamente se le reconoce el derecho a **un fin de semana** mensual. El precepto convencional tiene por finalidad la **conciliación del trabajo y la vida familiar** y el disfrute de los fines de semana **se vincula convencionalmente a periodos de actividad**. La tesis contraria produciría un trato desigual injustificado de los trabajadores según hubieran optado por disponer de las vacaciones de forma continuada o fraccionada. Puesto que la actividad laboral constituye el presupuesto básico y necesario para el nacimiento del derecho al disfrute de aquél, se concluye que para la efectividad de la cláusula del convenio de “descanso de dos fines de semana al mes” computan a tal afecto los fines de semana del periodo de vacaciones.

12.4. Horas extraordinarias. Calificación y valor retributivo.

La **STS 24-09-2009 (Rc 2033/08)** califica, en interpretación del art 75 del **Convenio de Empresas Privadas de Seguridad**, como **horas extraordinarias** el tiempo invertido fuera de la jornada en **recoger el uniforme** en lugar distinto del

centro de trabajo. La norma convencional establece la obligación de facilitar cada dos años las prendas de uniforme, puestas a disposición de los trabajadores en lugares distintos del centro de trabajo, y siendo que dicho desplazamiento tiene por causa un **deber impuesto por la empresa**, en atención a las necesidades del servicio, sin reducción de la jornada, el tiempo empleado en tal quehacer se considera de trabajo efectivo, y las horas extraordinarias deben ser retribuidas como tales.

Sobre el **valor** de las horas extraordinarias, se pronuncia la **STS 21-4-10, (Rc 21/09)**, casación ordinaria, reiterando que el art 35.1 ET debe interpretarse en su sentido literal respecto al mandato de que **el valor pactado de cada hora extraordinaria “en ningún caso” podrá ser inferior al de la hora ordinaria**. Se trata de una **norma legal imperativa** y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo, puesto que éste se encuentra en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias, por lo que lo pactado en tales convenios debe ser “dentro del respeto a las leyes”, sin que pueda contener un valor de la hora extra inferior al de la hora ordinaria de trabajo. Se declara la nulidad del Convenio Colectivo del Sector de Montajes y Empresas Auxiliares del Metal del Principado de Asturias, puesto que se acredita que el valor de la hora ordinaria de un trabajador que desarrolle su prestación de servicios a jornada normal y perciba los mínimos convencionales, es superior al importe fijado para la hora extraordinaria en la práctica totalidad de los niveles previstos en el convenio.

12.5. Permiso de lactancia y parto múltiple

La cuestión suscitada en la **STS 11-11-2009, (Rc 133/08)**, consiste en determinar si la acumulación de los periodos de disfrute del permiso de lactancia en los casos de partos múltiples debe continuar haciéndose "en los términos previstos en la negociación colectiva" y, por tanto, con el tope de 14 días naturales acumulables, que es el límite que fija el art. 41.V del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, o el número de estos debe incrementarse proporcionalmente en caso de que se trate de un parto múltiple. Como es sabido, el ET art. 37.4 paso a tener nueva redacción en virtud de la LO 7/2007 disp.adic. 11ª, previsión estatutaria que opera sobre dos términos: 1) la duración del permiso de lactancia y 2) la acumulación por días de las horas disponibles, extremo que ya había sido admitido por TS 20-6-05, Rec 83/04 al aceptar la validez de una cláusula convencional en virtud de la cual se permitía acumular los periodos de permiso para disfrutarlos a continuación de la baja por maternidad, lo que venía a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar. La duración del permiso se aumenta de forma directa por el nuevo precepto cuando establece que el indicado permiso se incrementará proporcionalmente en caso de parto múltiple. Pero este incremento no se aplica a la acumulación, por lo tanto, si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, el convenio puede establecer, tras la vigencia del nuevo ET art. 37.4, un tope de acumulación de 14 días, un tope con número superior o inferior, o excluir incluso la acumulación.

13. Vacaciones: coincidencia con una baja laboral

Una de las sentencias del período que sin duda alguna merece ser especialmente destacada es la **STS 24-06-2009 (Rc 1542/08)**, y ello por varias razones. En primer lugar por su incuestionable trascendencia doctrinal, pues introduce un importante **cambio de criterio** en relación con un problema de enorme trascendencia práctica, el relativo a las consecuencias de la coincidencia entre el período señalado para el disfrute de las vacaciones anuales y la baja laboral. Pero además, esta sentencia es digna de especial mención por otras razones ya que ahonda en la primacía del Derecho Comunitario, continuamente afirmada por el TJ CJ y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico, lo que no sólo determina la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación y aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, sino que incluso llega a influir -hasta cierto punto- en la interpretación de la normativa nacional.

Con tales elementos argumentales resuelve la cuestión -con un voto particular- afirmando la **posibilidad de aplazar el momento del disfrute de vacaciones anual** ya señalado en virtud de acuerdo o pacto colectivo, cuando el mismo ha coincido con una situación de baja laboral. La sentencia merece una atenta lectura que no es posible verificar ahora, pues contiene una fuerte carga dogmática, además de resultar muy didáctica, a propósito del juego de las distintas fuentes reguladoras de la materia, normas internacionales y comunitarias, pasando por CE art. 40.2 y ET 38, disposiciones nacionales que llevaron a la solución adoptada en TS 3-10-07, Rec 5068/05 y que ahora se rectifica. Este criterio se reitera en **SSTS 21-1-2010 (Rc 546/09); 8-2-2010 (Rc 1782/09); 11-2-2010 (Rc 1293/09); 19-4-2010 (Rc 2746/09) y 27-4-2010 (Rc 3038/09)**.

II. SEGURIDAD SOCIAL.

1. ACCIÓN PROTECTORA: RESPONSABILIDAD

1.1. Falta de alta y cotización: profesores de religión católica

A partir del supuesto de una profesora que no es dada de alta ni se cotiza por ella en el periodo en que prestó servicios como profesora de religión católica, lo que incidió en la cobertura del periodo de carencia genérica de 15 años exigido por el art. 161.1 b) LGSS para tener derecho a la prestación contributiva de jubilación –además de traer consecuencias en el importe de la base reguladora y porcentaje aplicable-, por **SSTS 07-07-2009 (Rc 2612/08), 29-10-2009 (Rc 4447/08) y 27-04-2010 (Rc 1756/09)**, la Sala IV se pronuncia a favor de declarar la **responsabilidad empresarial por falta de alta y cotización**, si bien en atención a la **parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado sobre el total de la prestación**, fundamentando su decisión en los siguientes extremos:

1.- La **relación de servicios entre los profesores de religión en centros públicos de enseñanza y la administración es una relación laboral**, según se determinó en reiterada jurisprudencia anterior a la entrada en

vigor de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añadió un nuevo párrafo a la disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de ordenación general del sistema educativo, y desde el Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede.

2.- El **Ministerio de Educación es el verdadero empleador** –no la Autoridad religiosa proponente- igualmente según jurisprudencia consolidada anterior.

3.- La Administración empleadora estaba en condiciones de haber cumplido con sus obligaciones contributivas de Seguridad social respecto de dichos profesores, y ello aún antes de la declaración de laboralidad de la Ley 50/1998, por lo que **no cabe exonerarla de responsabilidad**.

4.- El alcance de la responsabilidad empresarial por prestaciones viene determinado por el criterio de proporcionalidad, debiendo ser **responsable en la parte correspondiente al periodo no cotizado sobre el total de la prestación**.

1.2. Falta de alta y cotización: prestaciones derivadas de accidente

En **STS 16-12-2009 (Rc 650/09)**, la Sala resuelve que **el descubierto por parte de la empresa, la hace responsable directa del pago de una prestación derivada de accidente de trabajo**, sin que pueda enervarse la responsabilidad cuando la empresa se pone al corriente de pago con posterioridad al accidente. La razón es que la falta de cotización durante al menos 25 meses consecutivos es relevante y objetivamente grave para aplicar el art. 126.2 LGSS, sin que se pueda moderar la misma por la vía de proporcionalidad –lo que sí podría ocurrir en el supuesto de contingencias comunes- por el hecho de que se haya puesto al corriente de pago con posterioridad al accidente.

Por el contrario, en relación con el alcance de la responsabilidad empresarial cuando **la empresa no ha cotizado durante toda la vida laboral de una trabajadora** –que sufre accidente de trabajo, recibe prestaciones de incapacidad temporal y fue declarada en situación de incapacidad permanente parcial- **pero dicha ausencia de cotización es de duración limitada** –un mes y seis días-, la Sala IV, en **STS 23-04-2010 (Rc 2216/09)**, determina, que si bien es cierto que no se cotizó durante toda la vida laboral de la trabajadora, el descubierto era ocasional y no revela una ausencia de voluntad de cumplir, por lo que **no existe “ánimo rupturista que exige la jurisprudencia para que pueda materializarse la responsabilidad de la empresa”** conforme al art. 126 LGSS y arts 94 y 95 LGSS de 1966

1.3. Falta de cotización: incumplimiento dilatado y no ocasional

La Sala, aplicando reiterada doctrina anterior, falla en **STS 11-11-2009 (Rc 513/09)**, que la **empresa** tiene que ser considerada **responsable** del pago de prestaciones por incapacidad permanente cuando ha existido un **incumplimiento dilatado y grave**, no ocasional, de cotización, que resulta insuficiente para cubrir el periodo de carencia genérica

2. PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD Y REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAS

2.1. Prescripción: reclamación de diferencias económicas

En **STS 01-02-2010 (Rc 1130/09)**, la Sala IV entiende que **no es de aplicación el plazo de prescripción de cinco años** del art. 43.1 LGSS en los supuestos en los que la **acción trae causa de la reclamación de diferencias económicas** -en los supuestos de prestaciones ya reconocidas-, plazo de prescripción que sí se aplica para las acciones tendentes al reconocimiento inicial de una prestación, ya que la naturaleza y finalidad de ambas acciones es distinta.

La cuestión, que ya fue resuelta tradicionalmente por la Sala IV en el sentido de que no cabe fijar un límite temporal al ejercicio de la revisión del contenido económico de una prestación vitalicia subsistente y previamente reconocida –cuyos efectos económicos debían retrotraerse a la fecha de reconocimiento del derecho con independencia que la prescripción que pudiera operar respecto de concretas cantidades-, **sigue siendo de aplicación tras la entrada en vigor de la ley 42/2006, de 28 de diciembre** –disposición final 3.1-

Así, tras la entrada en vigor de la norma, hay que distinguir entre plazo de ejercicio de la acción –art. 43.1 I LGSS- y plazo de retroacción de los efectos económicos reconocidos –art 43.1.II LGSS modificado por Ley 42/2006, de 28 de diciembre-, de forma que:

1.-Si la acción pretende el reconocimiento inicial de prestaciones:

A.-El **plazo de ejercicio de la acción** –excepto en supuestos de prestaciones por jubilación, muerte y supervivencia-, prescribe **a los cinco años** computados a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate.

B.-El **plazo de retroacción de efectos económicos** se limita a **los tres meses** anteriores a la fecha en que se presente la solicitud

2.-Si la **acción pretende la revisión del contenido económico** de las prestaciones ya reconocidas:

A.-Al **plazo de ejercicio de la acción** no se le aplica ningún límite temporal y **no es de aplicación el plazo de prescripción de cinco años**

B.-El **plazo de retroacción de efectos económicos** del incremento reconocido, se limita a **los tres meses** desde la fecha de presentación de

solicitud de revisión, excepto en supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, o revisión derivada de acción de reintegro ex art. 45 LGSS.

2.2. Prescripción: complemento de cónyuge a cargo

Por **STS 22-04-2010 (Rc 1726/09)**, y en relación con una **viuda** que solicita **diferencia por el complemento de cónyuge a cargo** –que en su momento su marido, pensionista de jubilación, no había reclamado-, la Sala IV resuelve que la **naturaleza de los complementos a mínimos es meramente asistencial** y complementaria de las pensiones contributivas, por lo que en atención a dicha autonomía de los complementos, se asimilan, a efectos prescriptorios, a prestaciones, por lo que debe ser de aplicación el art. 43 LGSS y **retrotraer los efectos económicos** de su reconocimiento a los **tres meses** anteriores a la fecha de su solicitud, no aplicando el plazo de prescripción de cinco años.

2.3. Prescripción: reconversión prestación incapacidad permanente en prestación SOVI

En un supuesto en que el actor fue declarado en situación de **incapacidad permanente absoluta** -percibiendo prestación con prorrata del 28% a cargo de la seguridad social española-, **y solicita una vez transcurridos cinco años** desde la fecha en que se le había reconocido, la **reconversión de su pensión en la propia del SOVI** con nueva base reguladora, la Sala IV, en STS07-07-1993 (Rc 1993/92), entiende que tras la modificación del art. 43.1 LGSS por la disposición final tercera de la Ley 42/2006, **no puede aplicarse prescripción** del derecho a reclamar la modificación de la base reguladora de las prestaciones

2.4. Prescripción y caducidad: responsabilidad solidaria

Por último, y ante la cuestión de **si debe entenderse prescrita, caducada o extinguida la acción ejercitada por primera vez para exigir la responsabilidad solidaria de una tercera empresa** –en materia de recargo de prestaciones por infracción de las medidas de seguridad y salud laborales- cuando se ha agotado la acción –en vía administrativa y judicial- contra otra empresa a la que se impuso el recargo de prestaciones, la Sala IV entiende, en **STS 18-01-2010 (Rc 3594/08)** que **no puede entenderse caducada, extinguida o prescrita** por el agotamiento de la anterior vía previa administrativa y posteriormente judicial, si no ha prescrito la acción según lo dispuesto en el art. 43 LGSS, y ello por cuanto el plazo de prescripción es de cinco años sin que sea preciso para poder dirigir las acciones tendentes a reclamar responsabilidad por recargo de prestaciones, que contra dicho tercer empresario se hayan iniciado actuaciones administrativas inspectoras.

2.5. Interrupción del plazo: expediente tramitado ante Inspección de Trabajo

En relación sobre si el plazo de cinco años previsto en el art. 43.2 LGSS para solicitar por la viuda del trabajador accidentado el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad y salud laborales (ex art. 123 LGSS) se interrumpe en virtud del expediente que tramita la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –especialmente cuando se dilucida durante la tramitación del expediente sancionador la existencia o no de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales- la Sala IV, en **STS 07-07-2009 (Rc 2400/08)**, y para evitar la vulneración del principio de seguridad jurídica, se pronuncia en sentido favorable, argumentando que efectivamente, **para acciones tendentes al reconocimiento del derecho al recargo, debe interrumpirse** durante la tramitación del expediente ante la Inspección de Trabajo, **el plazo de prescripción de cinco años** -contados desde el siguiente en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, o el momento en que la acción pudo ser ejercitada-, especialmente cuando en dicho expediente sancionador se tiene que dilucidar la existencia o no de infracción de normas procesales.

2.6. Caducidad: obligación de la Administración de dictar resolución expresa

Igualmente en relación con el recargo de prestaciones, por **STS 15-09-2009 (Rc 171/09)**, se concluye que **el plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones** establece el art. 43.1 LGSS, **se prolonga** durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución, si bien cuando la Administración haya cumplido con su deber de dictar resolución –expresa- por lo que **no se produce caducidad del expediente por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto**, pudiendo el interesado entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pudiera considerarse desestimada por silencio administrativo.

2.7. Reintegro de prestaciones

En una situación en que la actora recibía pensión no contributiva que fue revisada en su cuantía, habiendo aportado las declaraciones de ingresos correspondientes al periodo reclamado –de los que se deduce que se superaban los límites previstos- lo que derivó en que la Entidad Gestora le declarara como indebidamente percibidas cantidades correspondientes a un periodo concreto, y ante la cuestión de si dicha **Entidad Gestora está facultada para reclamar de oficio el reintegro de lo indebidamente percibido sin acudir al procedimiento del art. 145.1 LPL**, la Sala IV, en **STS 21-10-2009 (Rc 2318/08)**, considera que **sí tiene dicha facultad**, ya que la causa de la revisión tiene su origen en la declaración de rentas e ingresos propios y de la unidad familiar aportadas en plazo y correspondientes al periodo reclamado. La propia Sala IV justifica que esta doctrina no es contradictoria con la anterior en la que se determinó que la Entidad Gestora podía revisar de oficio la prestación pero no impedir el reintegro de prestaciones sin acudir a los tribunales, ya que en este supuesto **no se está en presencia de una revisión de oficio sino de un acto de gestión ordinaria** –

ya que lo que se produjo fue un incremento de renta posterior al reconocimiento inicial de la pensión- y los actos de gestión ordinaria no están sometidos al art. 145 LPL.

3. ACCIDENTE DE TRABAJO

3.1. Suicidio

En **STS 09-02-2010 (Rc 1703/09)**, la Sala aplica la doctrina de la **STS 10-06-2009 (Rc 3133/08)**, y determina que **el suicidio debe considerarse como accidente no laboral**, por lo que en materia de prestaciones, ya que el art. 117.1 LGSS no excluye del concepto de accidente no laboral “al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado”, la voluntariedad en la producción del siniestro no puede derivar en dejar sin prestación al trabajador o a sus familiares, lo que iría en contra de la finalidad de la Seguridad Social.

3.2. Infarto de miocardio

La Sala IV, en **STS 20-10-2009 (Rc 1810/08)**, resuelve a favor de aplicar la presunción de laboralidad y considerar que **el infarto que produjo la muerte** del trabajador debe ser considerado **accidente de trabajo**, cuando el trabajador tenía una enfermedad coronaria previa, sufre un infarto en tiempo y lugar de trabajo y no consta probado que el infarto no tuviera causa en el trabajo.

3.3. Lesiones preexistentes

Por **STS 23-02-2010 (Rc 2348/09)**, se determina, en el supuesto de un trabajador que sufrió un **accidente en el lugar y tiempo de trabajo**, pero que padecía **lesiones degenerativas** en su columna vertebral **antes de dicho evento** que no le impedían ejercer las labores propias de su profesión, que **debe ser considerado accidente de trabajo** según el art. 115.1 LGSS, ya que “el supuesto aparece así como paradigma del mandato legal: lesiones anteriores al accidente que se agravan a consecuencia del sufrido en el desempeño del trabajo”.

3.4. Extranjeros

La Sala IV, en **STS 21-01-2010 (Rc 106/09)** ha **denegado el derecho a prestaciones derivadas de accidente de trabajo** a un trabajador **extranjero** que había sido dado de alta y contratado por la empresa en el convencimiento de que tenía una concreta **personalidad** que fue **suplantada**. La Sala IV, alega que la situación no es comparable a la de contratación de extranjeros con y sin autorización, ya que en este supuesto lo que se ha producido es una suplantación de personalidad, habiendo contratado y dado de alta la empresa convencida de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, por lo que al ser el contrato inexistente o nulo, deviene inaplicable el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral.

3.5. Accidente in itinere

En **STS 10-12-2009 (Rc 3816/08)**, se declara que el **accidente** de motocicleta que sufre una trabajadora cuando volvía al trabajo tras acudir a la **consulta de la matrona** –pues estaba embarazada- previa autorización por la empresa, **no** puede calificarse de **accidente in itinere**, pues se trata de una diligencia de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo.

3.6. Indemnización: aplicación analógica Baremo para accidentes de tráfico

La determinación de la indemnización por accidente de trabajo, aplicando analógicamente el Baremo establecido reglamentariamente para los accidentes de circulación, ha llevado a dos pronunciamientos de la Sala IV –en **SSTS 14-12-2009 (Rc 715/09)** y **15-12-2009 (Rc 3365/08)**-, en los que se discute el **montante a percibir por lucro cesante y daños morales** cuando se ha percibido prestación por **incapacidad temporal**. En las sentencias analizadas la Sala revisa la indemnización concedida en suplicación en atención a las siguientes reglas:

1.- La indemnización por **lucro cesante** debe ascender a la diferencia entre lo percibido por prestaciones económicas de incapacidad temporal y por otros complementos o mejoras y el 100 % del salario dejado de percibir en dicho periodo por el accidentado.

2.- La indemnización por **daños morales**, se fijará:

A.- Para los días de baja “durante la estancia hospitalaria”, según la cuantía íntegra prevista para ellos en el baremo,

B.- Para el resto de días de baja “sin estancia hospitalaria”, según la cuantía íntegra prevista para los días de baja no impeditivos, sin que quepa descontar de su importe lo abonado en concepto de subsidio de incapacidad temporal y complemento.

3.- No cabe aplicar factores de corrección por perjuicios económicos, en atención a los ingresos netos anuales de la víctima, ya que se ha partido, para fijar los daños y perjuicios del importe del 100 por 100 del salario dejado de percibir.

4. RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

4.1. Subcontratación

Ante un supuesto en que la empresa principal recurre en casación unificadora la sentencia de suplicación en la que se condenó solidariamente a la empresa principal y a la contrata al recargo de prestaciones por infracción de las medidas de seguridad y salud laborales, la Sala IV, por **STS 18-01-2010**

(Rc 3237/07), determina que si bien el empresario principal –en supuestos de subcontratación- tiene la obligación de vigilar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo de la contratista, **dicha obligación sólo concurre cuando se trate de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y cuando las labores se realicen en su centro de trabajo**, de forma que, como en el supuesto enjuiciado -en que la función en el mercado de la empresa principal era la fabricación de vidrio y la de la contrata la demolición de un edificio- **no cabe imponerle recargo de prestaciones**.

4.2. Concurrencia de culpas

Aplicando la doctrina de la Sala I, la Sala IV, en **STS 20-01-2010 (Rc 1239/09)**, entiende que cuando ha existido **conurrencia de culpas** en el accidente de trabajo que ocasionó la muerte del trabajador –por un lado de la **empresa** por infracción de las normas de seguridad y salud laborales, y por otro del **trabajador**-, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, sino que **hay que ponderar las responsabilidades concurrentes**, moderando la indemnización, excepto cuando se haya impuesto el recargo de prestaciones en el mínimo fijado por el art. 123.1 LGSS -30%-.

5. INCAPACIDAD TEMPORAL

5.1. Derecho a la prestación: requisito del alta en accidente no laboral

En **STS 21-09-2009 (Rc 724/09)** se resuelve, en relación con el derecho a la prestación por incapacidad temporal derivada de accidente no laboral -que se produce en un momento en el que el trabajador no cumplía con el requisito de alta o situación asimilada al alta-, que por aplicación de las arts. 138.1 y 124 LGSS, **el momento para considerar el requisito del alta**, ha de ser el del acaecimiento de la contingencia protegida, es decir, la **fecha del accidente no laboral**.

5.2. Derecho a la prestación: agotamiento del periodo máximo y recaída

En el mismo sentido que se pronunció la **STS 23-06-2009 (Rc 2983/08)**, la Sala IV, en **STS 08-07-2009 (Rc 3536/08)** y **STS 11-11-2009 (Rc 3082/08)** reconoce el derecho al subsidio por incapacidad temporal, en aplicación de los arts. 128.1 a) y 131 bis 1 LGSS -según redacción dada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre-, a quien ha agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, pero antes de transcurrir seis meses desde el alta, produce nueva baja por la misma o similar patología que incapacita para el trabajo, teniendo en cuenta que **la existencia de la misma o similar patología no puede ser en sí misma fundamento de denegación del subsidio**, sino que **deberá depender de la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo**.

Por **STS 13-07-2009 (Rc 2576/08)**, se completa la jurisprudencia anterior, fallando la Sala IV que cuando **se extingue la incapacidad temporal y se produce recaída por la misma o similar enfermedad sin que hayan transcurrido seis meses de actividad laboral**, el trabajador genera derecho al subsidio cuando INSS lo declare emitiendo una baja a los solos efectos de prestación económica por incapacidad temporal -previo informe de los facultativos evaluadores del EVI-. Si bien esta solución ya fue alcanzada en sentencias anteriores al periodo examinado, en la sentencia anteriormente reseñada, se añade, en relación a si es facultad discrecional del INSS el acudir a dichos informes y resolver en consecuencia, que **no cabe dicha discrecionalidad por parte de la Entidad Gestora para decidir si procede o no reconocer efectos económicos a este nuevo periodo de IT**, sino que una vez oído el órgano de evaluación, la denegación de efectos económicos a la situación de baja médica debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de tales efectos “y es la justificación sobre el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica, sobre lo que debe pronunciarse el INSS para fundamentar su decisión”.

5.3. Abono de intereses: dies a quo

Respecto de la fijación del **dies a quo para el abono de intereses** cuando la empresa es condenada en instancia a abonar las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de accidente de trabajo, siendo declarada –en proceso de ejecución instado por la Mutua- insolvente, y procediendo la Mutua a solicitar que se siguiese su ejecución contra el INSS, la Sala IV, aplicando la doctrina de la STS 07-11-2007 (Rc 3780/06), por **STS 31-03-2010 (Rc 1817/09)** y creando jurisprudencia, determina, que el **dies a quo** del cómputo de tales intereses será el de la **notificación del auto de insolvencia**.

5.4. Empresa autoaseguradora: dies ad quem obligación de pago

Ante un supuesto de trabajadores que habían visto **extinguidos sus contratos estando en situación de incapacidad temporal**, si bien la empresa había continuado abonándoles subsidio hasta un momento temporal en que se corta el pago, planteándose la cuestión de **cuándo finaliza la obligación de pago del subsidio por la empresa autoaseguradora** de prestaciones por incapacidad temporal, si en el momento en que finaliza la colaboración voluntaria –y se rescinde el acuerdo de autoseguro- o cuando se agota el derecho al subsidio asegurado, por **STS 20-01-2010 (Rc 1968/09)**, se determina que **la obligación de la empresa colaboradora subsiste** –aunque se rescinda el concierto- **hasta que el derecho al cobro del subsidio se extinga por causa legal**. La Sala IV fundamenta su decisión en lo siguiente:

1.-Tiene que aplicarse analógicamente la doctrina sobre supuestos de hechos semejantes –por ejemplo sucesión de Mutuas-.

2.-La solución se ajusta al art. 77.1 LGSS y 5 b) y 8 b) Orden 25-11-1996 (según redacción dada por Orden 30-04-1998), y

3.-Aunque en el concierto de colaboración se estableciese que el fin del concierto conllevaría el fin de las obligaciones de la empresa, aplicando el principio de jerarquía, la resolución de un órgano administrativo no puede derogar lo establecido por las leyes o normas reglamentarias de un órgano superior, ni modificar la interpretación que de las normas hagan los tribunales.

5.5. Extinción: incomparecencia a reconocimiento médico

En un supuesto en el que la Mutua remitió dos telegramas para que el trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal acudiera a reconocimiento médico, que no pudieron ser entregados porque el interesado no se encontraba en su domicilio, y sin que éste compareciera al reconocimiento pesar de que se le había dejado aviso para que recogiera los telegramas en la oficina de correos -lo que no hizo- la Sala IV en **STS 29-09-2009 (Rc 879/09)**, falla en sentido **favorable a la extinción de la prestación** acordada por la Mutua por falta de comparecencia a reconocimientos médicos, ya que no puede considerarse causa justificativa de la incomparecencia el hecho de que el trabajador no hubiera reconocido los telegramas, sino que **es una “negligencia omisiva”**, sin que sea de aplicación tampoco el art. 59.4 de la Ley 30/1992, que obliga a las administraciones públicas a practicar la notificación por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante.

5.6. Incapacidad temporal en el RETA: invitación al pago

En relación con el supuesto de un **trabajador afiliado al RETA que inicia proceso de incapacidad temporal cuando no se encontraba al corriente del pago de las cuotas**, y en contra de la postura defendida por el INSS de que el mecanismo de la invitación al pago no se extiende a las prestaciones de incapacidad temporal, por **STS 22-09-2009 (Rc 4509/907)**, la Sala IV entiende que **sí procede aplicar dicho mecanismo a la incapacidad temporal del RETA**, de forma que no puede denegarse la prestación por no hallarse el solicitante al corriente del pago de las cuotas, sino que la entidad competente para la gestión de la prestación estaba obligada a cursar la invitación en los términos del art. 28.2 Decreto 2539/1970, y ello con fundamento en lo siguiente:

1.-Desde la entrada en vigor de la Disposición Adicional 39 LGSS según la redacción dada por la Ley 52/2003 –que rige desde el 01-01-2004, se exige para todas las prestaciones hallarse al corriente del pago de las cuotas.

2.-El hecho de que en los arts. 27 y 28.2 Decreto 2530/1970, no se incluya la incapacidad temporal, no significa que se excluya a esta prestación de la invitación al pago, ya que no consta la misma porque en el momento de aprobación de la norma no existía dicha obligación en el RETA.

Además, y respecto a si el aplazamiento solicitado y concedido después del hecho causante de la prestación, puede determinar que el sujeto obligado se encuentre al corriente de las cuotas aplazadas o no –con efectos en el

derecho a la prestación-, en dicha sentencia, la Sala IV se pronuncia en el sentido de que dado que el texto del RD 1415/2004 es prácticamente idéntico al que fue derogado y que se contenía en el RD 1637/1995, es de aplicación la tradicional jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de dicha norma, por la que se precisó que para cumplir el requisito de estar al corriente a efectos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, la concesión del aplazamiento de pago ha de producirse con anterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación de que se trate.

La **STS 23-07-2009 (Rc 3406/08)** falla en el mismo sentido de la **STS 22-04-2009 (Rc 1327/08)**, y **crea jurisprudencia**, en relación a la cuestión de si tiene derecho a la prestación de incapacidad temporal un trabajador afiliado al RETA que causa baja médica sin cumplir en el momento de la contingencia determinante de la incapacidad, con el requisito de estar al corriente del pago de las cotizaciones. La Sala IV, aplicando la Disposición Adicional 39 LGSS – según la redacción dada tras la entrada en vigor el 01-01-2004 de la Ley 53/2003 y el RD 1273/2003- en la que expresamente se prevé el **mecanismo de la invitación al pago de las cuotas no satisfechas**, entiende que **si** una vez que se ha articulado dicha invitación, **el trabajador ingresó las cotizaciones atrasadas** en un espacio de tiempo que se inició antes de la baja pero se completó poco después de caer en baja, si bien **antes de solicitar el pago de la prestación por incapacidad temporal, tiene derecho a la prestación** por hallarse al corriente en sus obligaciones de Seguridad Social.

6. MATERNIDAD

6.1. *Fecha de efectos económicos*

En **STS 16-12-2009 (Rc 274/09)**, acogiendo la doctrina de la **STS 04-11-2008 (Rc 3962/08)**, y creando **jurisprudencia** resuelve la cuestión de la fecha a la que se deben retrotraer los efectos económicos de las prestaciones por maternidad causadas con posterioridad al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, en el sentido de que sólo cabe retrotraer los efectos económicos -cuando el beneficiario inicie el procedimiento de reconocimiento de la prestación-, a los **tres meses anteriores a la solicitud**.

6.2. *Bonificación Ley Orgánica de Igualdad se aplica al SOVI*

Por **SSTS 21-12-2009 (Rc 201/09)**, **21-12-2009 (Rc 426/09)**; **18-02-2010 (Rc 2217/09)**; **02-03-2010 (Rc 945/09)**; **26-03-2010 (Rc 2783/09)** y **19-01-2010 (Rc 2035/09)**, se determina que los **112 días de bonificación** establecidos en la Disposición Adicional 44 de LGSS -incluida por la disposición adicional 18, epígrafe 23 de la **Ley Orgánica 3/2007**, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres-, **sirven para completar el periodo mínimo de carencia que se exigía en el SOVI** para adquirir el derecho a pensión, y ello por cuanto con la entrada en vigor de la Ley Orgánica, se debe seguir un criterio interpretativo que permita la consecución de su objetivo básico - conseguir la igualdad efectiva combatiendo el efecto negativo del embarazo y la maternidad-, de forma que no habiéndose podido cotizar como consecuencia

precisamente de la maternidad, debe aplicarse la Ley Orgánica a las prestaciones que se causen a partir de su entrada en vigor, e independientemente de la legislación por la que se rijan.

7. INCAPACIDAD PERMANENTE

7.1. Derecho a la prestación: beneficiario reúne requisitos para acceder a pensión de jubilación

Es posible que el trabajador acceda a la prestación por invalidez desde una situación de jubilación o cuando se cumplen los requisitos para obtenerla, **siempre que el origen de la contingencia sea profesional**, y ello en aplicación del art. 36 RD 84/1996, de 26 de enero, que asimila al alta a quienes hubieran cesado en la prestación de servicios en un puesto de trabajo con riesgo de enfermedad profesional, y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debido a dicha contingencia, ya que así lo ha determinado la Sala IV en **STS 05-11-2009 (Rc 3671/08)**.

7.2. Impugnación reconocimiento: incompetencia de la Mutua

Por **STS 14-07-2009 (Rc 3987/08)**, la Sala IV declara 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”.

7.3. Fecha de efectos económicos

Por **STS 06-11-2009 (Rc 978/09)**, la Sala IV, determina que la **fecha de efectos económicos de la declaración de incapacidad permanente** no se puede retrotraer a una fecha en la que no consta la existencia de lesiones definitivas –como podría ser el día siguiente al de agotamiento de la incapacidad temporal- debiendo retrotraerse a la **fecha de la resolución administrativa** que reconoce la incapacidad permanente.

7.4. Base reguladora: trabajadores fijos discontinuos

El modo de calcular la **base reguladora de una prestación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de quien ha prestado servicios con contrato de trabajo fijo discontinuo**, ha sido resuelto por la Sala IV en **SSTS 25-06-2009 (2530/08)**, **29-06-2009 (3024/09)**, **21-09-2009 (Rc 366/09)** y **21-01-2010 (Rc 1265/09)**, interpretando la Disposición Adicional Séptima 1, regla tercera b) LGSS, y art. 7.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre, en el sentido de que:

1.- Cuando la norma refiere a “número de horas contratadas en último término” u “horas contratadas”, en el supuesto de trabajadores fijos discontinuos, debe interpretarse como la totalidad de la jornada realizada durante la campaña en la que el trabajador prestó servicios

2.-**El tiempo comprendido entre campañas tendrá la consideración de lagunas de cotización, que habrán de integrarse con las bases mínimas correspondientes a la actividad contratada en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuados en la campaña correspondiente**, es decir, en los periodos entre campañas –en los que no había obligación de cotizar- la integración de dichos periodos con las bases mínimas aplicables en cada momento, debe hacerse en función de los días que se trabajo durante la campaña y no en cómputo anual -365 días-.

La Sala IV en **STS 22-09-2009 (Rc 4160/08)** y **STS 06-11-2009 (Rc 4234/08)**, considera que **no es de aplicación** en el supuesto de trabajo a tiempo parcial, la **jurisprudencia aplicable a los trabajadores fijos-discontinuos**, de forma que para la determinación de la base reguladora de la prestación debida por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, **deberán tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas por el trabajo a tiempo parcial**, sin que se deban tener en cuenta las bases mínimas del periodo en que no hubo obligación de cotizar.

7.5. Base reguladora: vacíos de cotización

En el supuesto de un trabajador que solicitó la revisión de la base reguladora de la incapacidad permanente –fijada por sentencia para un beneficiario que se encontraba en situación de invalidez provisional- calculada cubriendo los vacíos de cotización con las bases mínimas y no aplicando la doctrina del paréntesis, la Sala IV, por **STS 21-01-2010 (Rc 106/09)**, resuelve sobre dos cuestiones:

1.- Respecto de la **cuestión relativa a si puede alegarse la excepción de cosa juzgada**, la Sala IV aplica la doctrina de la STC 307/2006, y falla en el sentido que **no puede alegarse dicha excepción**, por lo que **cabe revisar la base reguladora aplicando la doctrina del paréntesis**, dado que el Tribunal Constitucional entendió que no existía una justificación objetiva y razonable para que el INSS aplicase la doctrina del paréntesis a las prestaciones

reconocidas en vía administrativa y la negase en los casos en que la base reguladora hubiese sido de pronunciamiento judicial firme por aplicar el instituto de la cosa juzgada, ya que “el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento del derecho”.

2.- Respeto de la cuestión relativa a la **fecha de inicio de los efectos económicos tras la rectificación de la base reguladora** –cuestión que no se planteó por las partes en el recurso pero que la Sala IV considera de obligado pronunciamiento- se argumenta que existen cuatro momentos posibles para determinar la fecha de inicio de los efectos económicos:

A.-Fecha de reconocimiento inicial de la incapacidad permanente

B.-Fecha de la primera solicitud de revisión de la pensión –que fue rechazada por entender que concurría la excepción de cosa juzgada-

C.-Fecha de declaración de incapacidad permanente absoluta –que aplica la misma “e incorrecta” base reguladora y

D.-Fecha de la nueva solicitud revisora

De estas cuatro fechas, entiende la Sala IV que según lo dispuesto en el art. 43.1 LGSS según redacción dada por la Disposición Final 3ª. 1 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, **habrá que retrotraer a los tres meses anteriores a la última de las fechas**, los efectos económicos de la revisión de la base reguladora.

Sobre esta particular cuestión, la sentencia contiene un voto particular – suscrito por 5 magistrados- que entienden que dado que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, debieron retrotraerse los efectos económicos a los tres meses anteriores a la fecha de la primera solicitud de revisión de la pensión.

7.6. Importe de la prorrata temporis a abonar por España: días-cuota de las pagas extraordinarias

En **STS 27-10-2009 (Rc 311/09)**, la Sala IV resuelve la cuestión de si han de incluirse los días-cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo de l importe de la prorrata temporis que corresponde abonar a la Seguridad Social Española –en una pensión de incapacidad permanente para cuya concesión y cálculo se han tenido que computar cotizaciones hechas en Suiza y en España- en sentido negativo, indicando que **los días-cuota de las pagas extraordinarias no se han de tener en cuenta para el cómputo de los años cotizados cuando la trabajadora tenía cubierto el periodo mínimo de cotización** exigido para la pensión de incapacidad permanente, computando los periodos cotizados en España y en Suiza, ya que ello sólo es posible en el

supuesto de que se necesitara para completar la carencia que exige el art. 138 LGSS.

7.7. Pago de la prestación: accidente durante tramitación de despido declarado improcedente

La Sala IV, en **STS 03-11-2009 (Rc 1434/09)**, mantiene, a pesar de los **cambios legislativos**, la línea jurisprudencial que entendía **que el INSS debe responder del pago de una prestación de incapacidad permanente total reclamada a raíz de un accidente no laboral, padecido durante el tiempo en que se estaba tramitando un proceso por despido, que concluyó con su calificación de improcedente**. La fundamentación de la Sala IV es que se ha cumplido el requisito de alta o situación asimilada, ya que según lo dispuesto en el art. 209.6 LGSS, la declaración de improcedencia o nulidad del despido obliga a la empresa a cotizar por el periodo correspondiente a aquél en que se abonarían salarios de tramitación, sin perjuicio de la obligación de dar de baja al trabajador en cuanto se produzca el cese, lo que provoca que durante la tramitación del proceso de despido, el trabajador despedido puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilada al alta –cuando el despido sea declarado improcedente o nulo-, siendo responsable el INSS subsidiariamente en el supuesto de que el empresario sea declarado insolvente.

7.8. Revisión de grado

La Sala IV, en **STS 22-12-2009 (Rc 2066/09)**, falla en el sentido de que **no cabe revisar** por mejoría el grado de incapacidad, basándose la revisión en el exclusivo dato del **desempeño de la misma actividad por cuenta propia**.

7.9. Gran invalidez: compatibilidad con el trabajo

En **STS 14-10-2009 (Rc 3429/08)**, la Sala IV considera **compatible la prestación de servicios** como trabajadora social **con el cobro de una pensión por gran invalidez**, fundamentando dicha decisión en que:

1.-El art. 141.2 LGSS permite la compatibilidad entre trabajo y pensión

2.-Existiendo compatibilidad, se puede realizar por quien es perceptor de pensión de gran invalidez, aquellas actividades que sean compatibles con su capacidad

3.-Una interpretación en sentido contrario, pondría en mejor condición a quien ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total –que podría realizar cualquier actividad que no fuera su profesión u oficio- que al declarado en incapacidad permanente absoluta –al que se le impediría realizar todo tipo de actividad y por lo tanto toda posibilidad de percibir ingresos-

4.-Si se limitara la realización de toda actividad, se provocaría un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien está en situación de gran invalidez, ya que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario, privaría prácticamente de estímulo económico, y

5.-Con la incorporación de nuevas tecnologías informáticas y de teletrabajo, se permite la realización de una pluralidad de actividades laborales por quienes se encuentran en situación de gran invalidez

7.10. Complemento por mínimos: trabajadores autónomos

A la pregunta de si los **trabajadores autónomos** con edades entre 60 y 64 años tienen derecho al **complemento por mínimos de las pensiones contributivas**, cuando hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente total antes la entrada en vigor del RD 463/2003, de 25 de abril, - que reconoció en su Disposición Adicional única a los trabajadores por cuenta propia el beneficio de la denominada incapacidad permanente cualificada- es decir, **antes del 01-01-2003**, responde negativamente la Sala IV en **SSTS 21-12-2009 (Rc 746/09 y 04-02-2010 (Rc 2068/09)**, por entender que las normas y complementos se regulan por la normativa vigente al tiempo de causarla, y como el actor no era beneficiario de una incapacidad permanente cualificada en dicho momento –porque la norma no estaba en vigor-, no es de aplicación la Disposición Adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que además dispone que los beneficios sólo se reconocerán cuando el hecho causante se haya producido después de su entrada en vigor.

7.11. Indemnización por falta de recolocación: personal laboral de la Administración General del Estado

La cuestión de si cabe indemnizar a un trabajador que no ha sido recolocado tras haber sido declarado en situación de incapacidad permanente total, siendo de aplicación el art. 65 del Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, ha sido resuelta por la Sala IV en **STS 01-01-2009 (Rc 2816/08)** y **STS 03-11-2009 (Rc 4314/08)**, en sentido negativo, al señalar que si no existe plaza vacante adecuada a las condiciones del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total, la obligación es de imposible ejecución, ya que **el precepto convencional** reconoce el derecho del empleado a pedir su recolocación, pero **no obliga a la Administración a crear un puesto de trabajo adecuado a sus circunstancias personales**, sino sólo a facilitarle uno ajustado a su situación cuando quede vacante, **sin que quepa indemnización desde el momento en que se solicitó por el trabajador la recolocación y durante el tiempo que no se le recolocó.**

8. JUBILACIÓN

8.1. Cálculo de la pensión. Cotización en distintos Estados UE

Respecto a cómo tiene que realizarse el cálculo de la pensión de jubilación de un trabajador que ha cotizado en España y en otros países de la UE, en particular, si han de computarse las bases medias o las bases reales remotas inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en España – actualizada con el incremento del salario mínimo interprofesional hasta el momento del hecho causante-, la Sala IV, en **STS 20-04-2010 (Rc 1604/09)**– que aplica el criterio de la STS 25-03-2009 (Rc 1144/08)- señala que existiendo convenio bilateral de Seguridad Social –entre España y el país de la UE en el que haya cotizado el trabajador- que sea más favorable que el Reglamento comunitario, habrá que estar a lo dispuesto en dicho convenio, por contener una norma más beneficiosa para el cálculo de las bases de cotización.

Dicha doctrina se reitera en **STS 16-09-2009 (Rc 2950/08)**, si bien dado que en este supuesto no se invoca por el recurrente como posible norma más favorable el Convenio hispano-francés de Seguridad Social, la Sala IV no entra a su examen, simplemente señalando que en aplicación de la STSJCE de 17-12-1998 (Caso Gragera Martínez), -relativa a pensiones de jubilación o invalidez permanente causadas con anterioridad a la entrada en vigor del Anexo VI.D.4 del Reglamento CEE 14508/1971, en la redacción dada por el Reglamento 1248/1992-, el módulo de cálculo de la pensión de jubilación debe ser la de las bases de cotización correspondientes a los años inmediatamente anteriores a la interrupción de su cotización a la Seguridad Social española y no las bases medias resultantes de tomar la media aritmética entre la base máxima y mínima que sólo cabe aplicar respecto de aquellos trabajadores que acreditan cotizaciones al sistema de Seguridad Social español y a la Seguridad Social de otros países de la UE con los que exista un convenio bilateral de Seguridad Social más favorable

8.2. Integración de lagunas: cotización en España y Suiza

En **STS 17-02-2010 (Rc 2127/09)**, ante un supuesto de una trabajadora que **afiliada en España** al Régimen General de la Seguridad Social y a otro régimen, y con cotizaciones insuficientes –en España- para completar el periodo de carencia exigido para la pensión de jubilación, para lo que se ha tenido en cuenta la **cotización realizada en Suiza**, la Sala entiende que al igual que el periodo cotizado le fue computado para el cálculo del periodo de carencia de conformidad con el principio de igualdad de trato entre ciudadanos comunitarios, debe ser el mismo tenido en cuenta a los efectos de considerar que **deben integrarse las lagunas con las bases mínimas de cotización correspondientes a los periodos en los que no existió obligación de cotizar.**

8.3. Cotización: servicio militar

La Sala IV en **STS 10-11-2009 (Rc 1099/09)**, considera que dado que no existe ni cotización ni obligación de cotizar durante el tiempo en que se presta el **servicio militar obligatorio, no puede computarse como cotizado a**

efectos del cálculo del periodo de seguro y su repercusión en la distribución de una prorrata de una pensión de jubilación entre la Seguridad Social española y holandesa.

Además, en **SSTS 23-11-2009 (Rc 1152/09) y 03-02-2010 (Rc 1444/09)**, la Sala IV determina que **tampoco** 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 y por lo tanto dicho periodo no puede alcanzar efectos sobre la pensión de jubilación.

8.4. Incumplimiento obligación de cotizar: anticipo por el INSS

En una segunda sentencia **-STS 16-12-2009 (Rc 4356/08)-** la Sala IV reitera la doctrina de la **STS 17-03-2006 (Rc 832/05)**, para **crear jurisprudencia** por la que se determina que el INSS tiene obligación de anticipar el pago de una prestación de jubilación reconocida judicialmente –con imputación parcial de responsabilidades a la empresa- en el caso de una trabajadora que no se encontraba en situación de alta en el momento del hecho causante, por causas imputables a la empresa. El argumento de la Sala IV para considerar dicha obligación de anticipo, es que el art. 126 LGSS establece con carácter general la responsabilidad del empresario incumplidor –apartado segundo- en conexión con el principio de automaticidad por parte de las Entidades Gestoras y Colaboradoras –apartado tercero-, en los casos que se determine reglamentariamente –reglamento que no se ha aprobado, por lo que debe aplicarse como normas reglamentarias los arts. 94 a 96 LASS-, distinguiéndose dos tipos de prestaciones: A) las que tiene reconocido un régimen completo de automaticidad, y B) las que tienen un régimen limitado o condicionado. En relación con ambos supuestos:

1.-**Si el trabajador está en alta:** opera el principio de automaticidad aunque las empresas estén incursas en descubiertos o infracotizaciones

2.-**Si el trabajador no está en alta y se trata de contingencias profesionales:** rige el principio de automaticidad, debiendo anticipar la Mutua las prestaciones –pudiendo repetir contra el empresario o contra el INSS si éste es declarado insolvente-, y

3.-**Si el trabajador no está en alta y se trata de contingencias comunes:** no rige el principio de automaticidad y el responsable es el empresario infractor.

En atención a dicha doctrina general, la Sala IV, y en relación con el supuesto debatido, determina que para determinar la **obligación de anticipo de la pensión de jubilación desde la situación de no alta hasta la sentencia**, si bien el art. 95.2 LGSS de 1966 exige que el trabajador esté en alta, dicha **exigencia debe moderarse en el supuesto de prestaciones a las que se puede acceder desde la situación de no alta**, de forma que, en supuestos de jubilación:

1.-Habrá que determinar si el beneficiario tiene derecho a la pensi3n en cumplimiento del art. 161 LGSS

2.-Si tiene derecho a la pensi3n, el INSS deberá proceder al anticipo de la pensi3n –sin perjuicio de exigir a la empresa responsable la constituci3n del correspondiente capital coste necesario para ello- desde el momento en que se exigi3 el alta seg3n la legislaci3n aplicable en dicho momento.

8.5. Rectificaci3n base reguladora: fecha de efectos

En relaci3n con los **agentes vendedores de la ONCE**, y respecto a la fecha a la que deben retrotraerse los efectos econ3micos derivados en aquellos supuestos en los que se ha producido una **rectificaci3n de la base reguladora de la pensi3n de jubilaci3n**, en **STS 22-09-2009 (Rc 3849/09)**, se determina que **deben retrotraerse** los efectos consecuentes a la rectificaci3n de la base reguladora a los **tres meses anteriores a la solicitud de revisi3n** y no a la fecha de efectos iniciales de la pensi3n cuando la revisi3n se ha solicitado una vez que ha entrado en vigor el art. 43 LGSS modificado por la Disposici3n Final tercera de la Ley 42/2006. Las razones que esgrime la Sala IV son que la relaci3n laboral desde los primeros Convenios Colectivos -1984- fue calificada de carácter especial- lo que provoc3 que la empresa cotizara conforme a dicho sistema, procedi3ndose a determinar posteriormente –por STS 26-09-2000- que la naturaleza del v3nculo que les un3a con la empleadora era de relaci3n laboral com3n, lo que provoc3 que en el XI Convenio Colectivo de la empresa, se acordara que los efectos de esta nueva situaci3n se producir3an a partir del 01-10-2001 –fecha que llev3 a la TGSS a acordar que la cotizaci3n de dichos trabajadores deb3a realizarse en el grupo 5 de cotizaci3n-, por lo que no puede hablarse que la cotizaci3n en un r3gimen distinto pudiera ser considerada “error material”.

8.6. Jubilaci3n no contributiva: l3mite de recursos de la unidad familiar

En **STS 06-04-2010 (Rc 3006/08)** la Sala IV, respecto de una prestaci3n **de jubilaci3n no contributiva**, falla en el sentido de considerar que **las subvenciones oficiales otorgadas -para la adquisici3n de una vivienda de protecci3n oficial- a un hijo** del beneficiario y miembro de la unidad familiar, **no deben considerarse como ingresos** computables a efectos de determinar la superaci3n de los l3mites de recursos de la unidad econ3mica, aplicando a este supuesto la doctrina de las **SSTS 14-12-2001 (Rc 2544/01) y 19-04-2002 (Rc 2202/01)** en relaci3n con los requisitos para ser beneficiarios del subsidio por desempleo, ya que en ambos casos –seala- se exige carencia de rentas por importe no superior al 75% del salario m3nimo interprofesional, sin precisar cuáles se consideran rentas o ingresos

8.7. Prejubilaci3n: miner3a del carb3n

Son muy numerosas las sentencias que en el periodo examinado han examinado cómo se aplican los topes a la cantidad bruta garantizada de quienes prestan servicios en la minería del carbón y se acogen a un plan de prejubilaciones, contemplado en el art. 9 del RD 808/2006, de 30 de junio,. El específico problema es el siguiente, un trabajador que percibe una cantidad bruta garantizada en aplicación de los topes previstos en el art. 9.4 segundo párrafo del RD 808/2006, de 30 de junio, entiende que la “cantidad bruta garantizada” debía obtenerse mediante la aplicación de los tope-garantía previstos en el primer párrafo de dicho precepto, lo que llevaría a que dicha cantidad bruta garantizada no pudiera ser inferior al 80% de la media de las bases normalizadas correspondientes a las categorías en las que hubiera cotizado en el periodo de los últimos seis meses anteriores a la fecha de la extinción.

En una primera **STS 21-09-2009 (Rc 64/09)**, la Sala IV considera que la norma contiene una primera regla de fijación de la “cantidad bruta garantizada” de las ayudas (en el art. 9.2), para luego, en el art. 9.4 y en dos párrafos distintos, fijar topes máximos y mínimos relativos unos a bases de cotización y otros a promedios salariales. De una interpretación conjunta de ambos preceptos, la Sala llega a la conclusión de que **una vez fijada la cantidad inicial con arreglo al primer párrafo, se debe aplicar el segundo párrafo, y el límite de esa cantidad no podrá exceder en ningún caso por arriba o por abajo, el 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores al periodo sobre el que se realiza la valoración.**

En una segunda **STS 05-10-2009 (Rc 4035/09)**, se sintetiza la doctrina anterior, resumiendo ésta en que **si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y/o media de las bases normalizadas –conforme al primer párrafo del art. 9.4- resultara que así calculada excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador, entran en juego los topes del párrafo segundo del art. 9.4 y debería reducirse hasta dicha cuantía, y si por el contrario fuera inferior, debería incrementarse.** Y dicha solución se mantiene en: **STS 06-10-2009 (Rc 717/09)**, **STS 14-10-2009 (Rc 1457/09)**, **STS11-12-2009 (Rc 1460/09)**; **STS 15-12-2009 (Rc 2142/09)**; **STS 16-12-2009 (Rc 870/09)**; **STS 17-12-2009 (Rc 2174/09)**; **STS 17-12-2009 (Rc 1828/09)**; **.-STS 30-12-2009 (Rc 1859/09)**; **STS 15-01-2010 (Rc 1905/09)**; **STS 21-01-2010 (Rc 2323/09)**; **STS 21-01-2010 (Rc 1833/09)**; **STS 21-01-2010 (Rc 2062/09)**; **STS 29-01-2010 (Rc 2467/09)**; **STS 02-02-2010 (Rc 1522/09)**; **STS 02-02-2010 (Rc 701/09)**; **STS 02-02-2010 (Rc 1456/09)**; **STS 03-02-2010 (Rc 2102/09)**; **STS 04-02-2010 (Rc 1898/09)**; **STS 04-02-2010 (Rc 2092/09)**; **STS 09-02-2010 (Rc 2748/09)**; **STS 11-02-2010 (Rc 2238/09)**; **STS 11-02-2010 (Rc2703/09)**; **STS 18-02-2010 (Rc 2056/09)**; **STS 25-02-2010 (Rc 1572/09)**; **STS 23-03-2010 (Rc 2921/09)**; **STS 09-04-2010 (Rc 2665/09).**

8.8. Jubilación anticipada: inscripción como demandante e empleo

En el supuesto de un trabajador que vio **extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de un ERE** –precedido de un acuerdo entre la

empresa y la representación de los trabajadores-, que ha percibido en los dos años anteriores a la solicitud de jubilación anticipada determinadas cantidades y cuotas del convenio especial, y cuya **pensión de jubilación anticipada le es denegada** –por el INSS y posteriormente en suplicación – por entender que el cese es voluntario debido a la existencia de un acuerdo anterior entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y que el solicitante no se encontraba inscrito como demandante de empleo durante al menos los seis meses anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, la Sala IV, en **STS 14-04-2010 (Rc 790/09)**, falla en sentido contrario, por entender que **sí tiene derecho a la pensión de jubilación anticipada** ya que a la **fecha de solicitud ya estaba en vigor el art. 161 bis 2, párrafo segundo d) LGSS, según redacción dada por la Ley 40/2007**, por lo que no se le puede exigir que se encuentre inscrito como demandante de empleo, ya que percibió una indemnización tras la extinción en virtud de una obligación adquirida mediante acuerdo colectivo –estatutario o extraestatutarios- o contrato individual de prejubilación.

8.9. Jubilación parcial: devolución importe pensión

En materia de jubilación parcial han sido varios los pronunciamientos de la Sala IV en relación con la devolución del importe de la pensión en supuestos de no sustitución del relevista, rectificando además la doctrina anterior en la que se otorgaba una naturaleza punitiva y antifraude a dicha obligación, para considerar que su naturaleza es meramente recuperadora de las cantidades satisfechas por pensión en supuestos de incumplimientos empresariales de las obligaciones contenidas en la norma.

En **STS 08-07-2009 (Rc 3147/08)** –que reitera la **STS 09-07-2009 (Rc 3032/08)**- y **STS 13-04-2010 (Rc 2590/09)**, la Sala IV se pronuncia sobre el alcance de la expresión “cese” del trabajador relevista empleada en la Disposición Adicional segunda, apartado 1, del RD 1131/2002, de 31 de octubre, para determinar **la responsabilidad empresarial por los importes abonados al jubilado parcial** en el periodo en que se **dio de baja en la Seguridad Social al trabajador relevista** –por acogerse a una excedencia voluntaria para realizar estudios universitarios- dando de alta a otro trabajador para sustituirle. Las razones que acoge la Sala IV para **exigir una responsabilidad proporcionada al incumplimiento, equivalente al tiempo en que el relevista cesó y la empleadora contrató a un nuevo relevista** –habiendo mediado más de 15 días desde el cese del anterior-, son que se ha hecho un uso ponderado de la previsión de la Disposición Adicional segunda del RD 1131/2002, que establece la necesidad de mantener el contrato de relevo durante el tiempo en que el trabajador esté jubilado parcialmente (apartado 1), que determina la obligación de sustitución del trabajador relevista que cesa en el plazo de los 15 días siguientes al cese (apartado 3) y que si se incumplen estas obligaciones el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial (apartado 4).

En ambas sentencias la Sala IV sigue manteniendo–si bien de forma matizada-, la doctrina anterior de que **la norma tiene una calidad antifraude**,

yendo más allá en **STS 09-02-2010 (Rc 2334/09)** y **STS 15-03-2010 (Rc 2244/09)**, para afirmar “con toda rotundidad que la norma de que tratamos **no tiene finalidad punitiva**”, sino de mera **recuperación de la cantidad** satisfecha por pensión cuando la empresa no cumpla con el presupuesto de contratar a un relevista en los términos legalmente previstos, produciéndose un **cambio de la doctrina** mantenida hasta entonces en relación con la finalidad de la medida contemplada. En un análisis de la evolución jurisprudencial, en STS 23-06-2008 (Rc 2335/07) y 16-09-2008 (Rc 3719/07) – relativas a extinción simultánea en el marco de un ERE del contrato de trabajo del relevista y jubilado parcial- se mantiene la naturaleza antifraude de la obligación de devolución prevista en la Disposición Adicional segunda apartado 4 RD 1131/2002, de 31 de octubre, para posteriormente, en STS 09-02-2010 (Rc 2334/09), rectificar la doctrina y determinar que la norma no tiene finalidad punitiva, de forma que el abono de la prestación por parte de la empresa a la Entidad Gestora, no es un “castigo” al incumplidor, sino que supone una mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando la empresa no cumpla con el presupuesto de contratar a un relevista en los términos legalmente previstos. A modo de resumen, la Sala IV rectifica la doctrina anterior que fue seguida en suplicación –cuya sentencia anuló la resolución del INSS en la que se declaraba responsable a la empresa del pago de la prestación de jubilación parcial, por entender que la empresa había sido diligente en la búsqueda de sustituto para el relevista, ya que había recurrido al Servicio Público de Empleo-, para señalar que **la norma no tiene naturaleza sancionadora, sino meramente recuperadora.**

En relación igualmente con la **obligación de devolución del importe de la pensión de jubilación** –correspondiente al tiempo de ausencia del relevista, y durante el que no se cotizó por él-, en **STS 25-01-2010 (RC 1245/09)**, **no se impone la obligación** de la Disposición Adicional segunda apartado 4 del RD 1131/2002, **cuando el cese** del relevista en la empresa en que sigue prestando servicio el jubilado parcial, **se produce por haber sido traspasado a una tercera empresa** –que se subroga en los derechos y obligaciones de la anterior- **en la que consolida su puesto de trabajo**, y la empresa originaria no ha contratado a otro trabajador relevista. La Sala IV fundamenta su decisión en que:

- 1.-El trabajador relevista ha consolidado su empleo en la nueva empresa, sirviendo a los objetivos de política de empleo que inspiran la norma
- 2.-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.-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
- 4.-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

8.10. Jubilación parcial: personal estatutario

En **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)**, 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 por las que deniega la jubilación parcial 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, 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.

9.-MUERTE Y SUPERVIVENCIA

9.1. Reconocimiento del derecho: criterio flexibilizador

La Sala IV, en **STS 19-01-2010 (Rc 4014/08)**, aplica un criterio flexibilizador para **reconocer el derecho a la pensión de viudedad y orfandad** cuando la causante cotizó durante toda su vida activa a la Seguridad Social, **su baja obedeció a que deseaba mejorar sus expectativas laborales** –era auxiliar administrativa de una autoescuela y cuando falleció estaba sacándose el título de profesora de autoescuela- **y transcurrió un corto periodo de tiempo entre su baja en la Seguridad Social y el fallecimiento** –dos meses, durante los que podría haberse suscrito convenio especial cuyos efectos se hubieran retrotraído a la fecha en que se dio de baja en la Seguridad Social-. De forma especialmente interesante, la Sala IV argumenta que si bien la legislación considera a los trabajadores de RETA en situación asimilada al alta durante los 90 días siguientes al último día del mes de su baja en dicho régimen, dicha posibilidad no está prevista para los trabajadores del régimen general, para los que se prevé la posibilidad de suscribir un convenio especial que permitiría considerar a dichos trabajadores en alta o situación asimilada al alta, con efectos de la fecha en que se hubiera dado de baja en la Seguridad Social, si la solicitud se hubiese presentado dentro de los 90 días siguientes a la situación que determinó la baja, por lo que habiendo fallecido la causante antes de dichos 90 días, existiría el derecho a la pensión de orfandad o de viudedad.

9.2. Viudedad: Previsión Sanitaria Nacional

En relación de si se tiene **derecho a la pensión de viudedad** cuando el hecho causante de la misma –fallecimiento- se produce una vez extinguido el sistema de previsión de los médicos fe asistencia médico-farmacéutica y de accidente de trabajo (**AMFAT**) gestionada por la entidad Previsión Sanitaria Nacional –hecho que se produjo el 01-01-2000 según lo dispuesto en la Ley 55/1999, de 30 de diciembre-, la Sala IV, en **STS 14-07-2009 (Rc 3967/07)**, falla en sentido favorable, por entender que dado el incumplimiento del mandato del legislador a la Administración General del Estado de que en el plazo de 6 meses determinara reglamentariamente los derechos de los asegurados y beneficiarios de dicho régimen, **deben respetarse los derechos de los pensionistas** que lo eran antes de la entrada en vigor de la Norma, **y también los derechos generados en virtud de cotizaciones efectuadas a dicho régimen hasta su extinción**, además, de que la naturaleza jurídica de AMFAT es equivalente funcional del sistema público de Seguridad Social.

9.3. Viudedad: diferencia por complemento de cónyuge a cargo

Además, por **STS 22-04-2010 (Rc 1726/09)**, y en relación con una **viuda** que solicita **diferencia por el complemento de cónyuge a cargo** –que en su momento su marido, pensionista de jubilación, no había reclamado-, la Sala IV resuelve que la **naturaleza de los complementos a mínimos es meramente asistencial** y complementaria de las pensiones contributivas, por lo que en atención a dicha autonomía de los complementos, se asimilan, a efectos prescriptorios, a prestaciones, por lo que debe ser de aplicación el art. 43 LGSS y **retrotraer los efectos económicos** de su reconocimiento a los **tres meses** anteriores a la fecha de su solicitud, no aplicando el plazo de prescripción de cinco años.

9.4. Orfandad: compatibilidad con el trabajo

En relación a si el art. 175.1 LGSS autoriza a que **el perceptor de una pensión de orfandad** pierde el derecho por haber trabajado, la Sala IV, en **STS 19-01-2010 (Rc 4014/08)** considera que **no pierde dicho derecho** cuando en el momento del fallecimiento del padre el actor ya estaba **incapacitado** y **el trabajo** por cuenta ajena desempeñado **no fue incompatible con su estado**.

10. PRESTACIONES FAMILIARES

En **STS 21-07-2009 (Rc 2864/08)**, la Sala IV resuelve un supuesto nuevo y no contemplado expresamente en norma alguna, aunque íntimamente relacionado con la jurisprudencia relativa a la extinción del derecho a un prestación a favor de familiares, cuando el beneficiario venía a mejor fortuna. El supuesto planteado es si la pérdida del derecho a la prestación por mejora de los ingresos en porcentaje legalmente relevante, es definitiva o reversible, considerando la Sala IV que, **en estos supuestos en los que no existe normativa aplicable, debe suspenderse el derecho** mientras se dejan de

reunir los requisitos establecidos en la Ley para su disfrute –de forma que cuando se viene a mejor fortuna se suspende la prestación-, pudiendo volver a reiniciarse cuando se carezcan de medios de vida.

11. MEJORAS VOLUNTARIAS

11.1. Concepto de “salario real”

En relación a qué se debe entender por “**salario real**”, término que se contiene en el convenio colectivo de aplicación al caso enjuiciado, que indica que en los periodos de incapacidad temporal el trabajador percibirá el 100% de dicho salario real, la Sala IV, por **STS 21-07-2009 (1078/08)**, se determina que **en dicho término debe incluirse: el salario base, las pagas extras y los complementos salariales que hayan sido fijados por negociación colectiva o por contrato individual**, de forma que la empresa habrá de añadir a la cantidad percibida por el trabajador en concepto de incapacidad temporal, la cantidad necesaria par completar el importe que hubiera percibido por dichos conceptos salariales en el supuesto de que no se hubiera producido la situación de incapacidad temporal.

11.2. Incumplimiento requisito de alta

En relación a si se tiene **derecho** –en supuestos de muerte- a la **mejora voluntaria** prevista en el art. 72 del IX Convenio Colectivo de la ONCE, y 77 del X Convenio Colectivo de la ONCE, teniendo en cuenta que **en el momento del fallecimiento la trabajadora no se encontraba en alta** en la empresa al haber cesado con anterioridad, la Sala IV, en **STS 21-09-2009 (Rc 3475/08)**, resuelve que **no procede la mejora**, ya que el fallecimiento ocurre cuando se ha cesado en el empleo y se está fuera de la cobertura de la póliza, de forma que no cabe anticipar los efectos de la circunstancia asegurada a un momento anterior al hecho del fallecimiento en sí mismo, con independencia de que la muerte sea causada por una enfermedad conocida con anterioridad y que determinó la incapacidad temporal que precedió al fallecimiento.

11.3. Fecha de efectos económicos

Respecto a cuál debe ser la fecha del hecho causante –a efectos de determinar **si cabe el abono de una mejora voluntaria pactada en el convenio colectivo de la empresa**- si la fecha en que fue reconocida la incapacidad temporal de la que derivó la incapacidad permanente absoluta, o la fecha en que se reconoció dicha incapacidad permanente absoluta, la Sala IV, en **STS 14-04-2010 (Rc 1813/09)** -si bien contiene un voto particular que suscriben 4 magistrados- , para reconocer el derecho a la mejora –ya que el hecho causante se produjo antes de la extinción de la vigencia de la póliza-, considera que no es de aplicación la jurisprudencia aplicable a los supuestos de accidentes de trabajo sino la relativa a las mejoras voluntarias derivadas de enfermedad común, que se resume en:

1.-Para determina la fecha del hecho causante, en defecto de regulación específica en la norma o pacto en el que se contiene la mejora voluntaria, debe estarse a la fecha del dictamen del EVI o de la UVAMI.

2.-Como excepción, la fecha del hecho causante puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes o irreversibles

11.4. Despido anterior a fecha de efectos económicos en póliza

Por **STS 23-09-2009 (Rc 2248/08)**, se determina que una **trabajadora** que fue declarada **en situación de incapacidad permanente por enfermedad común**, tras un periodo en que fue declarada en situación de incapacidad temporal, y **que fue despedida** en fecha anterior a la fijada como fecha de efectos económicos en la resolución que le reconoció la invalidez, **no puede beneficiarse de una póliza en la que se fija como fecha del hecho causante, la de efectos económicos de la resolución que reconozca la invalidez**, ya que está expresamente excluida.

12. DESEMPLEO

12.1. Modalidad de pago único

Ante la cuestión de **en qué momento se debe formular la solicitud de pago cuando el beneficiario de una prestación por desempleo quiere – junto con otros trabajadores- constituir una sociedad laboral**, la Sala IV, en **STS 15-10-2009 (Rc 3279/08)**, interpretando la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 452002 –según modificación incorporada por el RD 1413/2005, de 25 de noviembre- entiende que dado que la constitución de la sociedad laboral y la solicitud del pago único son acontecimientos prácticamente simultáneos, **la fecha en que nace el nuevo empleo** que justifica y da sentido al pago capitalizado de la prestación –no la fecha en que los constituyentes comparecen ante el fedatario que autoriza la pertinente escritura pública- **es la que debe tenerse en cuenta**, de forma que si el trabajador constituye una sociedad laboral un día, y solicita el abono capitalizado de la prestación cuatro días más tarde -cuando no ha existido ningún tipo de situación abusiva o fraudulenta- se ha cumplido con la finalidad de la norma de permitir que los trabajadores desempleados dejen de serlo, ya que el abandono de la situación de desempleo no se produce cuando se constituye la sociedad, sino cuando comienza su actividad que en fecha posterior a la presentación de la solicitud de pago único.

12.2. Trabajadores eventuales: Régimen Especial de Trabajadores del Mar

En relación a si los **trabajadores afiliados al Régimen Especial de Trabajadores del Mar** y que prestan servicios como estibadores portuarios, con carácter **eventual** –según las necesidades del servicio, de lunes a viernes, para diferentes empresas y con jornadas distintas- **tienen derecho a causar**

prestaciones contributivas por desempleo, la Sala IV ya se pronunció en **STS 04-11-2008 (Rc 2452/2007)**, volviendo a reiterar dicha doctrina en **STS 17-12-2009 (Rc 1595/09)** creando jurisprudencia y que se seguirá posteriormente en **STS 22-04-2010 (Rc 2686/09)**. En ellas se determina que es preciso aplicar a cada día de trabajo los coeficientes establecidos en el art. 6 de la Orden Ministerial de 30 de mayo de 1991, por lo que **si aplicado el citado coeficiente reductor, el trabajador cumple con el periodo de carencia, tendrá derecho a prestación contributiva de desempleo**, teniendo en cuenta que para determinar el periodo de cotización para causar prestaciones contributivas por desempleo exigible a los trabajadores portuarios -fijos-discontinuos o eventuales- se tendrán que tener en cuenta que a los días efectivamente trabajados deben sumársele los sábados, domingos, festivos y las vacaciones por las que cotizó –ya que dichos días estaban incluidos en el salario diario que cobró y por el cotizó el trabajador-.

12.3. Devolución de la prestación

La Sala IV, en **STS 12-04-2010 (Rc 3335/09)**, determina que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 9ª de la Ley 5/2002, 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.**

Las 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-

12.4. Subsidio

La Sala IV, en **STS 28-10-2009 (Rc 3354/08)**, rectifica la jurisprudencia mantenida desde el año 1996, que fijaba que debía tenerse en cuenta las rentas o ingresos brutos, a efectos de determinar si se cumplía con el requisito de insuficiencia de rentas para percibir el subsidio por desempleo del art.

215.1.1. LGSS, para señalar que se deben tener en cuenta los ingresos netos. La Sala IV justifica dicho cambio jurisprudencial, en virtud de tres criterios:

1.-Interpretativo, ya que la norma apunta un criterio de “disponibilidad”

2.-Finalístico, ya que con el subsidio se pretende garantizar el umbral económico que garantice la subsistencia y

3.-Sistemático, ya que dicho criterio es el utilizado en otras normas relativas a complementos por mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social

En relación a la cuestión de si tienen derecho al **subsidio por desempleo para mayores de 52 años** por aplicación de la doctrina del paréntesis- quienes no reúnen el periodo de carencia específica de dos años – no así la genérica- por **no haber cotizado ni haber estado inscrito como demandante de empleo**, la Sala IV en **STS 15-01-2010 (Rc 948/09)**, falla en sentido negativo y considera que **no cabe aplicar la técnica del paréntesis**, cuando no cabe apreciar una voluntad de permanencia en el mundo del trabajo.

III. DERECHO PROCESAL LABORAL.

1. Jurisdicción y competencia

1.1. Incompetencia sobre provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas

Se recuerda en las **SSTS 16-4-2009 (Rc 1355/08)**, **16-12-09 (Rc 1418/09)**, que no corresponde al orden social el conocimiento de **demandas sobre provisión de puestos de trabajo** en las Administraciones Públicas, salvo que la cuestión litigiosa esté directamente relacionada con la promoción interna. A ello no obsta el que la contratación de que se trate tenga carácter laboral, siempre que sea “externa o de nuevo ingreso”, no en vano en las convocatorias de nuevo ingreso la Administración está actuando con una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas, esto es: con aplicación de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Siendo incluso irrelevante, a efectos competenciales, la concurrencia de listas de espera pactadas con los sindicatos (bolsas de trabajo). No hay que olvidar a tal efecto que no se litiga sobre verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente sobre meras “expectativas de derechos” a los mismos, que ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato -que de existir sí quedaría comprendido en el ámbito del orden social de la jurisdicción-. Se retoma con ello el criterio tradicional mantenido por la Sala en TS de Sala General 4-10-00 (Rc 3647/98), 4-10-00 (Rc 5003/98), y en TS 5-7-01 (Rc 3957/00); 19-11-01 (Rc 533/01), 20-9-02 (Rc 3603/01), 7-2-03 (Rc 1585/02), 30-5-06 (Rc 642/05), 25-7-06 (Rc 2969/05).

De esta regla de incompetencia se exceptúa, como se ha dicho, la promoción interna en donde la Administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral.

1.2. Competencia en materia de litigios intrasindicales

Particular interés presenta la **STS 10-11-2009 (Rc 2745/08)** sobre competencia jurisdiccional respecto de la validez de un preaviso electoral. La Sala declara la **competencia del orden social para el conocimiento de la pretensión sindical de dar validez a su preaviso frente al de otros sindicatos**, aclarando que al efecto es indiferente la condición, laboral o funcional, de los afiliados a la organización sindical, incluso si la demanda encubre una pretensión de tutela de la libertad sindical, ya que no se trata de defender el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos frente a su empleador, la Administración, sino de decidir una contienda interna sindical, que, por su propio contenido, solo en el más amplio de los sentidos está relacionada con el ejercicio del derecho de libertad sindical. Esta atribución competencial, a entender de la mayoría de la Sala, no colisiona con la doctrina mantenida en la TS 4-5-06 (Rc 2782/04), en la que se había sostenido que el preaviso electoral no era «materia electoral» sometida a laudo arbitral debiendo ventilarse los litigios correspondientes por la vía del proceso ordinario o el de tutela de derechos fundamentales, no por el de impugnación de laudos arbitrales. No obstante, la señalada sentencia tiene un voto particular que se pronuncia en sentido contrario, al considerar que si “materia electoral” en el art. 76 ET excluye el preaviso electoral, a efectos del procedimiento arbitral de solución de litigios, “materia electoral” en el LPL art. 2 n) debe excluirlo también a efectos de competencia jurisdiccional.

1.3. Competencia en materia relacionada con la retención del IRPF

La **STS 24-11-2009 (Rc 2757/08)**, rectificando la doctrina anterior, mantiene que la retención a cuenta del IRPF es competencia de la jurisdicción social cuando «se plantea como incidental, principalmente cuando se procede a la ejecución de lo resuelto en sentencia firme o en acto de conciliación judicial». A lo que se añade que mientras la sentencia no es firme no procede retención alguna y para recurrir ha de consignarse el importe bruto de la condena. Obtenida firmeza, en el ejecución el Juzgado sustituye al empresario deudor y debe realizar las retenciones, resolviendo prejudicialmente y sin perjuicio de posterior proceso contencioso-administrativo.

1.4. Incompetencia del orden social para el conocimiento de una mejora voluntaria prevista en un acuerdo entre un Ayuntamiento y sus funcionarios

Se declara en la **STS 1-7-2009 (Rc 3171/08)** la incompetencia del orden social para conocer de una reclamación sobre una mejora voluntaria de la Seguridad Social de un funcionario local. Y ello porque la LPL atribuye competencia a este orden en materia de aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, pero la jurisprudencia ha entendido que tanto

para las mejoras voluntarias como para los fondos y planes de pensiones la competencia del orden social viene determinada por la existencia de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo, condición que no se cumplía en este caso por preverse el compromiso en cuestión en un pacto suscrito entre el Ayuntamiento y sus funcionarios, correspondiendo por ello su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.5. Competencia territorial

La **STS 26-10-2009 (Rc casación ordinaria 117/08)** resuelve una cuestión de competencia territorial en una disputa sindical, en concreto, un afiliado -que encabezada la candidatura que resultó derrotada- pretendía la anulación de todas las actuaciones llevadas a cabo en un Congreso de una organización sindical -en dicho congreso se eligieron determinados cargos, habiéndose aprobado previamente un reglamento al que dicho congreso debía ajustarse-. Pues bien, para resolver la cuestión recuerda la Sala que la competencia objetiva corresponde a la Audiencia Nacional si se trata de un sindicato y de un congreso de ámbito nacional. No en vano, es doctrina de esta Sala que **es el ámbito geográfico al que pueda afectar la resolución que recaiga, independientemente del territorio que abarque el órgano cuya decisión se discuta o del cargo que en él ostente la persona interesada** en el proceso, lo que determina que la competencia objetiva para el conocimiento de dicho proceso quede atribuida a alguno de los tribunales a los que se alude en los arts. 6, 7 y 8 LPL, en relación con los arts. 67 y 75 LOPJ [doctrina contenida en TS 26-3-01 (Rc 4363/99), 19-5-04 (Rc 56/03)].

2. Proceso ordinario

2.1. Acciones declarativas y adecuación de procedimiento

Como se sabe, en el proceso laboral las acciones meramente declarativas pueden plantearse cuando no se trate de cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, por no resultar admisible la solicitud al juez de una mera opinión o un consejo. La **STS 16-9-2009 (Rc 2570/08)**, recuerda esta doctrina para admitir la procedencia de una demanda en la que lo pretendido era que se reconociese el carácter indefinido de la relación con «los efectos legales inherentes a dicha declaración» de un trabajador del Departament de Treball i Industria de la Generalitat de Catalunya que había venido prestando servicios en virtud de múltiples contratos temporales, presentándose la reclamación vigente el último contrato. Argumenta la sentencia que tal propósito contiene un interés tutelable, estando por ende justificado el ejercicio de una acción declarativa.

También se considera ajustado a derecho el ejercicio de una acción declarativa en la **STS 24-6-2009 (Rc 32/08)**, que conoce de la pretensión empresarial de **declaración de ilegalidad de una huelga**, alegándose como causante de la ilegalidad la falta de preaviso a todo el sector de empresas afectadas por el paro. También aclara la Sala entiende que la demanda debe tramitarse por el proceso ordinario al formularla una sola Asociación empresarial que agrupa un número indeterminado de empresas, pero que no representa la totalidad de empleadoras afectadas por la huelga, no adquiriendo por ello la impugnación

carácter de conflicto colectivo, sino más bien de ejercicio plural de acción impugnatoria.

2.2. Litisconsorcio pasivo necesario

Recuerda la **STS 20-10-2009 (Rc casación ordinaria 147/08)**, la doctrina tradicional en torno a la figura del litisconsorcio pasivo necesario, sobre la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, por venir normativamente impuesto su llamamiento o porque esta necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material, para entender que no procede constituir este tipo de litisconsorcio en un supuesto de reclamación del derecho a billetes gratuitos por parte de trabajadores procedentes de Spanair y ya en plantilla de Newco Airport Services SA. –empresa esta última subrogada en el lugar de la primera--.

2.3. Acumulación de acciones

Ha admitido la **STS 7-7-2009 (Rc 2175/08)**, la reclamación **conjunta de salarios y complemento de incapacidad temporal a cargo de la empresa**, sin considerar que tal conjunción suponga una acumulación indebida de acciones. Razona la Sala, al efecto, que el complemento aunque incide en una prestación de Seguridad Social, no puede merecer la consideración de tal, sino de contraprestación empresarial que mejora una prestación [doctrina que ya se había mantenido en TS 18-9-06 (Rc 5339/04, 25-6-08 (Rc 2048/07)].

Tampoco ha entendido la Sala que suponga una acumulación indebida accionar contra un despido alegando cesión ilegal, si ésta persiste, con el propósito de conseguir una declaración de improcedencia, a la par que una condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria respecto de las consecuencias del despido. Considera la Sala, a este respecto, que concurre en estos casos una conexión inmediata y una manifiesta interdependencia entre el despido y la cesión ilegal, cuando esta última sigue viva, pervivencia que hace precisamente que la única acción ejercitada sea la de despido, aunque el debate sobre la cesión ilegal devenga imprescindible como cuestión previa, pues la conclusión a la que se llegue sobre este punto determina las consecuencias del despido [**STS 14-10-09 (Rc 217/09)**, que sigue precedentes de TS 8-7-03 –rec. 2885/02 y 12-2-08 (Rc 61/07)].

2.4. Plazos para el ejercicio de la acción

La **STS 15-3-2010 (Rc 1854/09)**, sostiene que **no interrumpe** la prescripción de la reclamación por diferencias salariales derivadas del convenio aplicable a la cesionaria, la **reclamación por cesión ilegal**. Y ello porque ya había señalado la Sala en TS 1-12-93 (Rc 4203/92) que para que opere la interrupción de la prescripción prevista en el art. 1973 CC, es preciso que ambas acciones coincidan en objeto y causa de pedir, condición que no se cumple en este caso.

La **STS 7-5-2010 (Rc. 3347/09)**, por su parte, se pronuncia sobre la viabilidad jurídica de una acción para la declaración de cesión ilegal cuando en el momento del juicio oral los trabajadores demandantes han pasado a depender desde la empresa cedente originaria a otra que se ha hecho cargo de la actividad y de los

trabajadores mediante nueva contrata. La Sala considera que **no es preciso que la situación de cesión esté vigente en el momento del juicio oral, bastando con que lo esté a la presentación de la demanda**, seguida de su admisión. Matiza con ello la Sala su doctrina previa, según la cual la acción de fijeza electiva que se reconoce al trabajador ilegalmente cedido, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión". Sostiene esta sentencia que el momento determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social –se trae a colación la doctrina contenida en TS, Sala Civil, 2-12-09, Rc. 2117/05: «los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica»--.

2.5. Multa de temeridad

Se refiere la **STS 7-5-2010 (Rc. 2248/09)** a los supuestos en los que procede la imposición de una multa por temeridad. En concreto, en este supuesto se fija por incomparecencia injustificada de la empresa al acto de conciliación administrativa cuando luego se estima la demanda en lo sustancial y no se cuestiona la falta de justificación de esa ausencia. Entiende la Sala que tales circunstancias determinan la obligación legal -66.3 LPL- de apreciar temeridad o mala fe en la parte demandada y la necesidad de imponerle dentro de sus límites cuantitativos, la multa que señala el 97.3 LPL. Rechaza con ello la Sala el argumento de la parte de que el acto de conciliación previa no es de carácter judicial, no siendo obligatorio para la parte demandada acudir al mismo. Al efecto se recuerda la jurisprudencia de la Sala sobre la consideración de la conciliación prevista en los arts. 63 y siguientes LPL como una actividad ordenada a una solución del conflicto con evitación del litigio, como un contrato-transacción cuando la conciliación llega a término y como un presupuesto procesal, que la ley exige a las partes, que produce consecuencias adversas para quien injustificadamente no asiste --TS 17-2-99 (Rc. 1457/98). En todo caso, el órgano judicial (primero el de instancia y luego el competente para atender las eventuales impugnaciones planteadas) **deberá pronunciarse sobre la concreta justificación de la ausencia y, en función de su resultado apreciar o no la temeridad o mala fe** para, en definitiva, imponer o no la correspondiente sanción. Entiende con ello la Sala que la Ley prevé una automaticidad relativa, no absoluta, porque siempre cabe la intervención y la ponderación judicial sobre las causas que, de existir, podrían justificar la ausencia. Ahora bien, si el juzgador llega a la conclusión de que la ausencia no está justificada, la única consecuencia negativa querida por el legislador es la apreciación de temeridad y la consiguiente condena pecuniaria, pues se trata de conseguir el razonable objetivo de evitar en lo posible la excesiva proliferación de procesos judiciales.

3. Modalidades procesales

3.1 Proceso de conflicto colectivo

En tanto que el proceso de conflicto colectivo presupone la existencia de una situación conflictiva, no puede emplearse este proceso especial para obtener declaraciones sobre hipótesis interpretativas cuando no ha llegado a materializarse el litigio en el que se plantean pretensiones incompatibles (**STS 3-3-2009 Rec. 148/07**), ni sobre declaraciones abstractas relativas a determinadas situaciones que podrían plantearse en el futuro **STS 14-7-2009 (Rc 75/08)**.

Tampoco es posible encauzar por esta vía una pretensión de modificación convencional. Así se recuerda en **STS 26-5-2009 (Rc 107/08)**, para negar el acceso a este procedimiento a una demanda en la que se pretendía de forma más o menos directa alterar la retribución convencional de la jornada de crédito sindical de los agentes vendedores de la ONCE. Advierte la Sala que en tanto que no se postula una determinada interpretación del precepto convencional, sino una nueva redacción del mismo, debe entenderse que se trata de un conflicto de intereses [esta doctrina general también se recuerda en **STS 14-7-2009 (Rc 75/08)**].

Por el contrario, considera la **STS 14-5-2009 (Rc 89/08)**, ajustado a derecho el empleo de esta vía procesal para encauzar la pretensión sindical planteada contra la Comunidad de Madrid con el fin de obligar a ésta a cumplir un Acta de la Comisión Paritaria del convenio. En concreto, el convenio preveía con cargo a cierto fondo la revisión de unos puestos de trabajo, acordando la Comisión paritaria aplicar parte del fondo a la transformación a jornada completa de contrato a tiempo parcial en unas concretas Consejerías y Organismos. La Sala aprecia la existencia de un interés colectivo, el de los trabajadores a tiempo parcial, que no queda enturbiado por la mención específica en el acuerdo a concretas Consejerías y Organismos, porque tal referencia no excluye que se trate de un grupo genérico de trabajadores, al no nominar el acuerdo los afectados en cada Institución.

También se admite la tramitación por conflicto colectivo de la acción para **dejar sin efecto el clausulado económico del convenio de empresas de seguridad**, tras haber anulado la Sala el valor convencional atribuido a la hora extraordinaria. Entiende la Sala que aunque solicitándose la nulidad de determinados preceptos de convenio colectivo, por oponerse a los mandatos de una norma imperativa, la única vía procesal adecuada es la modalidad de impugnación de convenio; no puede ser esta la que corresponda a la pretensión de autos porque ni se trata de terceros ni pretenden la ilegalidad del clausulado, sino la vinculación a la totalidad del convenio tal como ha quedado tras la anulación jurisprudencial señalada, que conlleva la subsiguiente alteración de la base del negocio [**STS 9-12-2009 (Rc casación ordinaria 63/08)**, siguiendo doctrina previa].

Igualmente se ha encauzado por este procedimiento especial la pretensión de RENFE de **declarar ilegal una huelga convocada** por USO. Entiende la **STS 14-5-2009 (Rc 95/08)**, a tal efecto, que resulta irrelevante para la formulación de la demanda el hecho de que la empresa hubiese llegado a un acuerdo con el sindicato para poner fin a la huelga cuya ilegalidad persigue ahora, pues ello no resta interés a la pretensión descrita, en tanto que la comercial soportó la huelga y sus consecuencias, lo que la hace acreedora de un interés legítimo ex art.17.1 LPL. Dicho intereses sigue vivo aunque la huelga fuera desconvocada antes de la interposición de la demanda, pues una cosa es el desarrollo de la huelga y negociar

su conclusión, y otra muy distinta obtener una calificación jurídica que puede condicionar futuras actuaciones tanto empresariales como sindicales.

Por lo que a la legitimación sindical en este tipo de procesos se refiere, quizá convenga recordar las **STS 2-12-2009 (Rc casación ordinaria 66/09)** y **12-5-2009 (Rc 121/08)**, que contienen doctrina general al respecto. La primera sobre la «falta de acción», que como recuerda la sentencia en el ámbito laboral no tiene un estatuto procesal claramente delimitado, por lo que se la ha venido identificado con un desajuste subjetivo entre la acción y su titular; una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada; la ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas; o una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada. La **STS 12-5-2009 (Rc 121/08)**, por su parte, sostiene que carece de legitimación activa el sindicato que no dispone de sección sindical, no cuenta con miembro alguno en la representación unitaria, y no acredita, incumbiéndole la carga de la prueba, la implantación exigible en el ámbito del conflicto. Implantación que resulta de un nivel de afiliación adecuado en dicho ámbito, que atribuya interés real y directo en que todos los trabajadores que se encuentren en las condiciones legal y convencionalmente previstas puedan acceder a los derechos que le reconozca un convenio colectivo.

Por último, en cuanto a la competencia ésta «viene dada por el alcance territorial de los efectos del conflicto colectivo planteado». Así se ha entendido que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Canarias el conocimiento de la pretensión relativa a declarar contraria a derecho la externalización de asistencia técnica y vigilancia en una obra del aeropuerto de Tenerife, aunque se base en un acuerdo de alcance general de desconvocatoria de huelga [con naturaleza de convenio colectivo] que excede de aquellos límites (**STS 22-1-2010 Rec 925/09**) [doctrina expuesta para el mismo conflicto pero en el territorio de Cantabria: **SSTS 21-7-2009 (Rc 3389/08)**, **23-9-2009 (Rc 4065/08)**].

3.2 Tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales

Aclara la **STS 1-6-2009 (Rc 62/08)**, que el proceso de tutela de la libertad sindical está reservado a los trabajadores y a los sindicatos, **sin que puedan emplearlo las asociaciones empresariales**, al carecer de la libertad sindical. La demanda había sido presentada por la Confederación de Empresarios de Aragón con la pretensión de que se declarase nulo el acto de constitución de la Federación de Asociaciones de Comercio de Aragón, por violar el derecho a la libertad sindical de la demandante.

3.3. Impugnación de convenio colectivo

La **STS 11-11-2009 (Rc casación ordinaria 38/08)** reconoce **legitimación activa a una asociación que carecía de capacidad de obrar al momento de su personación en las actuaciones pero que la adquirió antes del día del acto de juicio** porque la instancia «directa» de la impugnación de la cláusula debe permanecer abierta durante todo el tiempo de vigencia del mismo.

3.4. Procesos en materia electoral

Las sentencias dictadas en procesos en materia electoral **no resultan recurribles**, imposibilidad que alcanza **incluso a los litigios sobre potenciales lesiones de derechos fundamentales**. Así se recuerda en **STS 2-12-2009 (Rc 3793/08)**, en la que se advierte que esta materia está sujeta a reglas procesales especiales, entre las que se incluye la imposibilidad de recurso, sin que la misma pueda desplazarse por el juego de la previsión del art. 188.1.f) LPL, que abre la puerta del recurso a las sentencias dictadas en procesos de tutela la libertad sindical y demás derechos fundamentales [ya se había advertido así en TS 25-4-95 (Rc 2396/93) y en TC 32/97 de 10-2-97].

3.5 Procesos de Seguridad Social

Particular mención merece la **STS 14-7-2009 (Rc 3987/08)**, que niega a la Mutua legitimación activa para atacar el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional, razonando 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 resulta ajustada a derecho ni puede modificar la configuración de la relación de protección, que vincula únicamente al INSS con el beneficiario. A lo que añade la Sala que tal exclusión del proceso no genera indefensión para la Mutua, porque el reconocimiento de la pensión no genera automáticamente una obligación de abono del capital coste, que habrá de ser declarada por la entidad gestora y que podrá atacar la Mutua alegando la ilegalidad de la opción.

3.6. Proceso especial de despido

Los salarios fijados en el auto dictado en incidente de readmisión, para el periodo comprendido entre la notificación de la sentencia que declara la improcedencia y la fecha del auto, según se advierte en **STS 21-7-2009 (Rc 1767/08)** –con voto particular– **devengan los intereses por mora procesal** previsto en el art. 576.1 LECv, debiendo computarse estos desde la fecha del auto y no desde la fecha de la sentencia. Razona la Sala, el efecto, que se trata de dos resoluciones distintas con las respectivas condenas de cantidad líquida, sin que puedan confundirse estos intereses procesales con los moratorios sustantivos del CC y del ET (arts. 1108 y 29.3 respectivamente).

De otra parte, ha aclarado la Sala respecto de **la caducidad** de la acción de despido que esta **se suspende con la reclamación previa** hasta la notificación de la resolución denegatoria o hasta que transcurre un mes desde que aquélla se presentó, reanudándose seguidamente el cómputo [**STS 8-2-2010 (Rc 2000/09)**]; y que el **dies a quo para el cómputo es el del cese real y efectivo** en la prestación de servicios en la empresa, **no aquel otro en el que finaliza el devengo teórico de las vacaciones** que, compensadas en metálico, correspondían al trabajador despedido (**STS 8-2-2010 (Rc 2000/09)**).

En cuanto a la **prescripción**, ha entendido la Sala que la interposición de la demanda frente al despido objetivo, interrumpe la prescripción para reclamar la indemnización ya ofrecida [**STS 20-1-2010 (Rc 1276/09)**]. Y que la sentencia que revoca la apreciación de la prescripción debe pronunciarse sobre el fondo del asunto si cuenta con suficientes elementos fácticos para ello en aplicación de los

principios de celeridad y economía procesal [**STS 14-12-09 (Rc 728/09)**, reproduciendo TS 15-4-02 (Rc 2363/01)].

3.7 Proceso de impugnación de sanciones.

La **STS 17-5-2010 (Rc. 4042/08)** se pronuncia **sobre el cómputo del *dies a quo*** para el ejercicio de la acción contra una sanción, siendo lo que se discute si éste comienza a correr a partir del día en el que se notifica la imposición de la sanción, o a partir del día en que tiene efectos dicha sanción. Comienza la Sala por aclarar que no resulta aplicable al caso la interpretación jurisprudencial de la fijación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de despido porque son esencialmente distintos los efectos que se siguen de la ejecución de la decisión de despido -se extingue la relación laboral, cesando las recíprocas obligaciones de trabajar y remunerar, además de los efectos en la esfera de la Seguridad Social- que los que conlleva la ejecución de una sanción -la relación laboral subsiste, con independencia de que se ejecute o no la sanción y del momento en que dicha ejecución se lleve a cabo-. Así las cosas, la fijación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de sanción habrá de realizarse, **atendiendo al momento en que tal acción pudo ejercitarse**, tal como para determinados supuestos establece el art. 59.2 ET y el 1969 CC, siendo **dicho día aquel en que se comunica al trabajador la imposición de la sanción**.

3.8. Proceso especial de modificación de condiciones de trabajo

El empleo de este proceso especial tiene como presupuesto la efectiva existencia de modificaciones sustanciales en los términos del art. 41 ET. Por lo que si el empresario no acata las reglas de este precepto del ET, los litigios que pudieran derivarse de su adopción se ventilarían por el proceso ordinario o el de conflicto colectivo en su caso, pero sin sometimiento a plazo de caducidad [**STS 10-11-2009 (Rc 3528/08)** y **20-10-2009 (Rc 2956/08)**, ya lo había dicho así la Sala recientemente en TS 29-9-08 (Rc 3980/05), 27-1-09 (Rc casación ordinaria 108/07), 20-10-09 (Rc 2956/08)].

Sentencia y ejecución

4.1. Efecto de cosa juzgada

La **STS 5-5-2009 (Rc 2019/08)**, **matiza la doctrina general** de la Sala sobre la imposibilidad de apreciar de oficio la cosa juzgada en fase de casación unificadora permitiendo tal apreciación si el Ministerio Fiscal la alega en su informe y su existencia no pudo ser planteada en suplicación por razones cronológicas o cuando se trata de supuesto previamente resuelto por la propia Sala Cuarta.

De otro lado, recuerda la **STS 14-7-2009 (Rc 3521/07)** que el **efecto positivo** de la cosa juzgada se produce respecto de acciones distintas y pese a la concurrencia de ciertas disparidades fácticas en los respectivos procesos. En este caso se aprecia respecto del salario de un trabajador que reclamaba en el segundo proceso un bonus devengado en el año anterior al despido, tomando como salario

de referencia el fijado en el primer proceso —el de despido— a efectos indemnizatorios.

La misma doctrina se rememora en **STS 10-11-2009 (Rc casación ordinaria 42/08)** para apreciar este efecto respecto del cálculo del valor de la hora ordinaria conforme al Convenio Colectivo Estatal para empresas de seguridad (años 2005 a 2008), aunque la primera sentencia fuese dictada en proceso de impugnación del convenio y la segunda resolviendo un conflicto colectivo.

En todo caso, la vinculación puede producirse tanto de lo expresamente previsto en el fallo de la primera sentencia como de lo que sin incorporarse a éste resulte igualmente determinante para la conclusión dispositiva [**STS 19-1-2010 (Rc casación ordinaria 50/09)**, reproduciendo TS 13-6-06 (Rc 2507/04)].

Pese al importante alcance del efecto de cosa juzgada éste **cede frente al principio de igualdad**. Así lo ha entendido la Sala en **STS 21/01/2010 (Rc 57/09)** --siguiendo criterio de la STC 307/2006--, a propósito de la revisión de la base reguladora de incapacidad permanente fijada judicialmente con arreglo a un criterio cuando éste es posteriormente rectificado.

4.2. Ejecución frente a Estados extranjeros

Siguiendo doctrina constitucional rechaza la **STS 22-6-2009 (Rc 6/08)** la aplicación del régimen de inmunidad de ejecución de Estados extranjeros a la sentencia dictada en un proceso judicial sobre improcedencia del despido de dos trabajadores del Consulado de EEUU, en la que se acuerda para la ejecución de la misma el embargo de las cantidades que la Agencia Tributaria debía devolver trimestralmente a la embajada americana por el IVA derivado de varios servicios. Y ello por no estar en juego la soberanía del Estado extranjero.

4.3. Incongruencia

La prohibición de incongruencia, como recuerda la **STS 11-2-2010 (Rc casación ordinaria 33/09)**, no es incompatible con la obtención de una respuesta genérica y global a las pretensiones.

Por lo demás, ha entendido la Sala, por ejemplo, que no se incurre en incongruencia *extra petita* cuando reconoce el INSS una incapacidad permanente total por enfermedad común, se demanda judicialmente para obtener una declaración de incapacidad absoluta por accidente de trabajo, y siendo parte en el proceso todos los sujetos legitimados, se concede una incapacidad absoluta por enfermedad común [**STS 3-12-2009 (Rc 362/09)**, ya lo había entendido así la Sala en TS 28-10-02 (Rc 82/02) y 24-3-09 (Rc 1208/08)].

5. Recurso de suplicación

5.1. Resoluciones recurribles

No procede acudir a la **técnica de la anualización**, según aclara la **STS 10-11-2009 (Rc 2869/08)**, cuando se pretenden diferencias en prestaciones de

Seguridad Social y se precisa en la demanda el importe reclamado o se facilitan los datos que permiten su cálculo mediante una simple operación aritmética. Y a los efectos de determinar la cuantía de la pretensión no se computa la petición genérica de intereses, sino exclusivamente los vencidos a la fecha de presentación de la demanda, debidamente cuantificados en la misma [**STS 16-6-2009 (Rc 2723/08)**], ya lo había mantenido la TS 30-6-08 (Rc 4504/05)].

Por lo demás, continúan siendo irrecurribles las sentencias sobre clasificación profesional aunque se reclamen también diferencias salariales y éstas superen el umbral cuantitativo para el recurso. No en vano la cuestión atinente a la clasificación profesional condiciona la pretensión salarial. Sin embargo, serán recurribles, superado el límite legal, las pretensiones sobre diferencias salariales por la realización de tareas de categoría superior, si no se ejercita encubiertamente una pretensión sobre clasificación profesional [**STS 7-12-2009 (Rc 79/09)**].

5.2. Afectación general

Referida a criterios comunes sobre la afectación general, la **STS 17-11-2009 (Rc 3263/08)**, advierte que la notoriedad a efectos del recurso de suplicación puede resultar de la propia naturaleza de la cuestión debatida o de la existencia de otros procesos con iguales pretensiones -si bien, conviene recordar que la mera existencia de varios recursos de casación con idéntica pretensión no implica siempre «notoriedad» (**STS 20-1-2010 (Rc 3540/08)**, **2-2-10 (Rc 4368/08)**, **4-2-2010 (Rc 2382/08)**)-. También advierte esta sentencia que la afectación general no sólo es un derecho que asiste a las partes para garantizarse el recurso, sino también un mecanismo que facilita la unificación de doctrina en supuestos trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterio se impregna de cierto carácter de orden público.

En cuanto a los casos concretos, en el periodo correspondiente a esta crónica ha apreciado la Sala la existencia de afectación general en varios supuestos, tales como el resuelto por **STS 17-11-2009 (Rc 309/09)**; **25-11-2009 (Rc 267/09)**, y **10-12-2009 (Rc 305/09)**, referidos a reclamaciones individuales por el exceso de jornada en los años 2005 y 2006 -derivada del computo de los 20 minutos de descanso diario por bocadillo como tiempo de trabajo efectivo-presentadas contra «Gestión Sanitaria Gallega, SL», al entender la Sala que las pretensiones se basaba en una sentencia previa de Conflicto Colectivo.

También en **STS 1-6-2009 (Rc 4089/07)** en reclamación del plus de «permanencia y desempeño por personal temporal de Correos y Telégrafos», porque de la misma cuestión de fondo había conocido la Sala en múltiples recursos.

Igualmente, ha apreciado afectación general la **STS 29-10-2009 (Rc 795/09)** respecto de la pretensión de lucrar el complemento previsto en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 40/2007 por parte de los prejubilados del Banco Exterior de España.

Por último, debe destacarse particularmente la apreciación de afectación general en el caso de la **STS 24-6-2009 (Rc 1542/08)**, en el que se reconoce al acceso al recurso a una reclamación por el salario de siete días de vacaciones que

restaban por disfrutar, y ello pese a que con insistencia lo había negado la Sala para las reclamaciones de días adicionales de vacaciones en Iberia. Entiende la Sala que a diferencia de estos otros casos, en el de autos no estaba en juego la concreción numérica de los días de vacaciones a disfrutar por ciertos trabajadores, sino la repercusión que la jurisprudencia comunitaria sobre la repercusión de la incapacidad temporal sobre el periodo de vacaciones previamente fijado. Como aclara la sentencia la última doctrina comunitaria sobre esta cuestión afecta de forma directa al cuerpo doctrinal de la Sala y por ende a todo el numeroso colectivo de trabajadores en esa situación, debiendo calificarse la afectación de «notoria» -- prueba de ello la numerosa cantidad de pleitos planteados al respecto--.

5.3. Legitimación para recurrir

La **STS 20-5-2009 (Rc 2405/08)**, reconoce legitimación a la empresa para recurrir contra la calificación de la contingencia generadora de una prestación a cuyo abono no había sido condenada. Razona la Sala que en tanto que en las contingencias profesionales la Mutua cubre el riesgo por la responsabilidad del empresario, la condena a la aseguradora lleva implícita una condena al empresario responsable de la contingencia profesional, que puede tener consecuencias en otros procesos sobre responsabilidades distintas, tales como recargo o indemnización adicional por incumplimiento de medidas de prevención, lo que atribuye a aquella interés en el recurso.

5.4. Nulidad de actuaciones

Precisa la **STS 12-5-2009 (Rc 4/08)**, que la nulidad de actuaciones por **falta de aportación de documentos** por una parte solicitados por la otra, sólo acontece cuando la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial, generando esa falta de prueba indefensión material a los recurrentes, apreciada por la Sala en atención a la relación existente entre la prueba practicada y los hechos que se quisieron probar y no se probaron, así como a la trascendencia de la misma en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo.

Por su parte, la **STS 14-7-2009 (Rc 1219/08)** advierte que puede provocar una nulidad de actuaciones la falta de incorporación en tiempo y forma del **escrito de alegaciones** en la casación unificadora, si la parte lo remitió debidamente, y ello porque en el caso de autos se incorporaban al escrito elementos cuya consideración por el Tribunal hubieran podido variar el sentido de la resolución.

Por último, se señala en la **STS 26-5-2009 (Rc 108/08)**, que en el recurso de casación ordinario las supuestas insuficiencias de la narración fáctica pueden conllevar una revisión fáctica ex art. 205 d) LPL, pero no la anulación de actuaciones.

6. Recurso de casación para unificación de doctrina

6.1 Falta de contenido e interés casacional

Aunque es doctrina consolidada de la Sala que no puede construirse el recurso de casación con base en un error de hecho, aclara ahora la **STS 6-5-2009**

Rec. 2063/08 que si tal error ha quedado patentizado con prueba idónea invocada al efecto y apreciada así por la Sala, debiéndose su rechazo en suplicación únicamente a la consideración de que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, el Tribunal Supremo puede tomar en cuenta esos hechos si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega.

6.2 Requisito de contradicción

Ya había advertido con insistencia la Sala que no podía apreciarse contradicción si los hechos respectivos acontecían bajo la vigencia de normas o convenios colectivos diversos -doctrina que se recuerda en **SSTS 3-12-2009 (Rc 1159/09)**, **16-2-2009 (Rc 2227/09)**-. Pues bien, sobre este particular presenta especial interés la **STS 3-12-2009 (Rc 1159/09)**, que a propósito de la jubilación forzosa impuesta por convenio, niega la existencia de contradicción porque se trata de convenios distintos, advirtiendo expresamente que no resulta posible limitar la comparación para la contradicción a los artículos de los dos convenios en los que se prevé la jubilación forzosa. Y ello porque como ya dijese la Sala -TS 19-12-08 (Rc 881/08)-, en estos casos es preciso acreditar la equivalencia de las regulaciones de forma completa y no de manera aislada o fragmentaria, pues se trata de la aplicación e interpretación de normas que se insertan en contextos normativos que también resultan diferentes. En suma, a efecto de la contradicción, debe tenerse en cuenta que la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. Particularmente en estos casos en los que la medida litigiosa puede quedar compensada con previsiones de índole diversa contenidas en otros preceptos del convenio.

De otra parte, también resulta de interés la **STS 10-6-2009 (Rc 2461/08)**, que ha mantenido que aunque hay dificultad para unificar doctrina en materia de resolución del contrato por incumplimiento del empresario, al depender de una valoración casuística de las circunstancias individualizadas variables, esta dificultad no impide absoluta e irremediamente la apreciación de contradicción. De hecho en este caso considera la Sala que concurre contradicción *a fortiori* porque en la decisión de contraste se trataba de un trabajador al que la empresa satisfacía su remuneración con retraso de diez a veinte días y al que -a la fecha de la demanda- adeuda una mensualidad, una paga extraordinaria y los atrasos de convenio, pese a lo cual se negaba la extinción del contrato por voluntad del trabajador, mientras que en el caso de autos se había admitido tal extinción cuando simplemente constaba que el retraso oscilaba entre quince y veinte días.

En la misma línea debe llamarse la atención sobre la **12-5-2009 (Rc 2497/08)**, que matiza la doctrina usual de la Sala sobre la ausencia de contradicción en la valoración del fraude en los prejubilados de Telefónica que antes de solicitar la pensión de jubilación obtienen contrato temporal. Esta sentencia, en línea con la TS 14-5-08 (Rc 884/07), razona que el hecho de trabajar tras el cese en una empresa por prejubilación antes de pasar a la situación de jubilación, no conlleva

necesariamente la existencia de un fraude de ley, pues lo contrario requeriría que en el relato de hechos apareciese como “hecho admitido o probado” alguno que pudiera configurarse como esencial a los fines de establecer “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” entre el hecho o hechos “admitido o demostrado y el presunto”, de modo que faltando tales datos fácticos no puede aceptarse la calificación de la conducta del prejubilado como fraudulenta -- en la mayoría de sus sentencias la Sala había apreciado falta de contradicción por no resultan coincidentes las situaciones de los actores: **SSTS 25-3-2009 (Rc 1201/08); 1-4-2009 (Rc 4198/07); 22-4-2009 (Rc 4532/07); 8-5-2009 (Rc 1733/08); 21-5-2009 (Rc 3205/08)**, llegando incluso a sostener las **SSTS 2-3-2009 (Rc 994/08)**, y **21-5-2009 (Rc 3205/08)** que el recurso en estos casos carece de contenido casacional toda vez que la Sala ha insistido con reiteración en que falta éste cuando se discute la existencia de fraude por fundarse en valoración de intenciones, pues ello requiere una valoración casuística--.

6.3. Cita y fundamentación de la infracción legal

Respecto al cumplimiento de esta exigencia, advierte la **STS 20-5-2009 (Rc 1349/07)**, que no se cubre con lo que resulte de la fundamentación de la contradicción, pues de trata de presupuestos y aspectos diversos del recurso. Insiste la Sala, a tal efecto, en que la denuncia de la infracción exige la fundamentación como un requisito distinto de la exposición de la contradicción, pues la parte recurrida tiene derecho a conocer el alcance de la infracción que se denuncia y los argumentos que la sustentan para oponerse a ella, sin que sea función de la Sala reformular la impugnación de la sentencia recurrida a partir de la sentencia de contraste en un razonamiento que quedaría fuera de la de contradicción.

En lo relativo a las normas que pueden fundamentar la infracción, la **STS 3-6-2009 (Rc 989/08)** rechaza que alcance con un Acuerdo–Marco para personal laboral y funcional de Correos, publicado en el Boletín Oficial de Comunicaciones de Correos y Telégrafos. Y ello porque no se trata de un boletín de publicación de normas, careciendo el organismo de competencia normativa, y no tratándose de un Convenio estatutario. Ello no obstante, sí admite la sentencia que pueda fundamentarse el recurso en la denuncia del art. 14 CE, en relación con el señalado Acuerdo Marco.

Igualmente considera la Sala insuficientes a estos efectos las normas internas por las que se rigen los sindicatos. Así se advierte, si bien en pronunciamiento *obiter dicta* en **STS 8-2-2010 (Rc casación ordinaria 107/09)**, siguiendo la senda de sentencias previas en las que ya se había advertido que no se trata de normas del ordenamiento jurídico, sino de meras regulaciones asociativas [TS 15-2-07 (Rc casación ordinaria 54/06), 14-3-07 (Rc casación ordinaria 34/06), 25-6-07 (Rc casación ordinaria 58/06)].

Por último, advierte la ya citada **STS 3-12-2009 (Rc 1159/09)**, que esta exigencia no se cumple si discutiendo la contradicción sobre la regulación convencional de la jubilación forzosa sólo se comparan los preceptos que regulan esta concreta figura, sin analizar el conjunto de las regulaciones convencionales en

cuestión, cuando en el convenio de autos hay otras previsiones convencionales que podrían configurarse como contrapartidas en materia de política de empleo.

6.4 Sentencias idóneas e inidóneas para establecer la contradicción

En el intervalo correspondiente a esta crónica ha precisado la Sala qué resoluciones son idóneas y cuáles no para establecer la contradicción necesaria para la admisión del recurso. Así se han considera hábiles: una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia casada por el Tribunal Supremo en sentencia que a su vez fue anulada por el Tribunal Constitucional, pero salvando la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo sobre la cuestión debatida, que se declara ajustada a derecho pero incorrectamente aplicada al caso allí decidido [**STS 21-9-2009 (Rc 2738/08)**]; y un auto de un Tribunal Superior de Justicia de Galicia porque la forma técnica que debió haber adoptado la resolución era la de sentencia y no la de auto [**STS 21-9-09 (Rc 3965/08)**].

Por el contrario, se han considerado no idóneas: las sentencias que carecen de hechos declarados probados, porque la ausencia de prueba de la contradicción produce efectos sobre la parte recurrente, a quien corresponde acreditarla, debiendo en su caso aportar otros elementos complementarios, como podría ser la demanda, la sentencia de instancia u otros particulares de interés para fijar los hechos en los que la contradicción pudiese apoyarse [**STS 11-5-2009 (Rc 234/08)**]; las sentencias que han sido casadas y anuladas por el Tribunal Supremo, en la medida que el pronunciamiento que se recurre coincide con el expresado por la doctrina de la Sala [**STS 8-5-2009 (Rc 1733/08)**]; las sentencias dictadas en instancia por Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, al ser únicamente hábiles las dictadas en recursos de suplicación [**STS 24-6-2009 (Rc 622/08)**], doctrina sostenida ya con anterioridad en TS 21-7-08 (Rc 1115/07)]; las sentencias procedentes de órdenes jurisdiccionales diferentes al social, como las dictadas por la Sala de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia [**SSTS 22-7-2009 (Rc 3044/08), 26-1-2010 (Rc 791/09)**]; y las dictadas por el Tribunal Constitucional, a las que no se refiere el art. 217 LPL, ni pueden incluirse en la función unificadora de la doctrina del orden social porque ni han sido dictadas por esa jurisdicción ni contienen doctrina judicial susceptible de unificación [**STS 21-9-2009 (Rc 2738/08)**], que sigue precedentes que pueden encontrarse en STC 39/98, de 17-2-98, y en TS 16-1-92, 17-2-92, 15-6-92, 29-4-95, 28-5-99].

6.5. Descomposición artificial de la controversia

Es doctrina consolidada de la Sala que en los casos en los que la Sala requiere a la parte recurrente para que seleccione una única sentencia de referencia la ausencia de tal elección supone la consideración de la más moderna. No obstante, como aclara la **STS 22-9-2009 (Rc 4509/07)**, cuando erróneamente la Sala aprecia que sólo existe un motivo de contradicción, la elección realizada en cumplimiento del requerimiento del Alto Tribunal no puede perjudicar a la parte, pudiendo en estos casos la Sala tomar en consideración una sentencia diferente a la innecesariamente seleccionada, siempre que se advierta de tal circunstancia a la parte recurrida.

6.6. No vinculación con las resoluciones comparadas

Las **SSTS 14-12-209 (Rc 715/09)**, **15-12-2009 (Rc 3365/08)** consolidan la doctrina, según la cual cuando la tesis de la Sala no coincide exactamente con la mantenida en ninguna de las dos sentencias comparadas debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, sin verse condicionada por lo sostenido en las respectivas resoluciones parangonadas.

6.7. Aportación de documentos

Los únicos documentos que pueden incorporarse al proceso durante la tramitación de los recursos de casación, como recuerda la **STS 7-7-2009 (Rc 2400/08)**, reproduciendo doctrina de la Sala General de 5-12-07 (Rc 1928/04), son los que tienen la condición formal de “sentencias o resoluciones judiciales o administrativas” firmes, siendo necesario, al efecto, que hayan sido dictadas o notificadas en fecha posterior al momento en que se llevaron a cabo las conclusiones en el juicio laboral de instancia; y que por su objeto y contenido resultasen condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso.

7. Recurso de revisión

La **STS 20-10-2009 (Rc 4/08)** contiene un detenido repaso por la doctrina de la Sala sobre el carácter extraordinario y excepcional de este recurso, y la jurisprudencia existente sobre su naturaleza, con especial detenimiento en la exigencia de agotamiento de los recursos contra la resolución atacada. Respecto a esta concreta cuestión, aclara la Sala que si bien con carácter general se debe desestimar la demanda de revisión cuando la sentencia no fue recurrida en casación unificadora como este recurso obedece a causas externas al proceso y su prosperidad procede cuando se acreditan hechos relevantes que no constaban en el proceso en el que se dictó la sentencia que se pretende rescindir, no tiene sentido exigir haber entablado recurso de casación que se habría de basar en hechos procesalmente inexistentes en el momento de dictarse la sentencia y en el que la prosperidad de una casación unificadora era imposible.

8. Error judicial

No obstante lo anterior, la **STS 25-11-2009 (Rc 5/08)** aclara respecto de la demanda de error judicial que «... el legislador no le atribuye a la parte la posibilidad de calificar si el recurso posible es o no viable, sino que le exige que intente el recurso y haga todo lo que esté de su parte para que el recurso prospere; de tal manera que no es aceptable renunciar a la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina sin agotar sus posibilidades, a pesar de ser ciertas las dificultades que para la admisión del mismo puedan concurrir, dadas las exigencias de los arts. 217 y sgs de la LPL». Lo que le lleva a concluir que admitir una demanda de error judicial sin el previo intento de la casación sobre el argumento de que este último recurso no era admisible equivaldría a tanto como a eliminar tal requisito de admisión, pues sería siempre más fácil a cualquier abogado presentar esta demanda afirmando la inexistencia de resolución contradictoria que buscar y encontrar esta última.

Ahora bien, se excusa el agotamiento de la vía judicial ordinaria, «excepcionalmente... cuando la cuestión a debatir es de carácter fáctico porque, en tal caso, la exigencia del art. 217 LPL de que se trate de situaciones de hecho sustancialmente iguales restringe extraordinariamente su viabilidad. Es lo que ocurre, entre otros supuestos, cuando se cuestiona la valoración de las dolencias a efectos del reconocimiento de los distintos grados de invalidez permanente» (**STS 25-11-2009 (Rc 5/08)**).