

# **EL SALARIO**

## **ASPECTOS GENERALES**

**José Manuel Barranco Gámez.**

## José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**H**ANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCIS. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

## **INDICE**

### **EL SALARIO** **ASPECTOS GENERALES**

- I. CONCEPTO**
- II. CLASES DE SALARIO**
  - 1. EL SALARIO POR UNIDAD DE TIEMPO, POR UNIDAD DE OBRA Y MIXTO**
  - 2. EL SALARIO EN METÁLICO Y EL SALARIO EN ESPECIE**
  - 3. EL SALARIO DE CALIFICACIÓN**
- III. ESTRUCTURA DEL SALARIO**
- IV. TÉCNICA DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN DEL SALARIO (ART. 26.5 DEL ETT)**
- V. EL PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**
- VI. DERECHOS DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN CON EL SALARIO**
  - 1. PERCEPCIÓN DEL SALARIO EN LA FECHA Y LUGAR ESTABLECIDOS**
  - 2. RECIBO DE SALARIOS**

- 3. ABONO DE LAS RETRIBUCIONES PERIÓDICAS**
- 4. INTERÉS DEL 10 % ANUAL POR MORA**
- 5. ANTICIPOS A CUENTA DEL TRABAJO YA REALIZADO**
- 6. COLECTIVOS CON REGULACIÓN ESPECÍFICA SOBRE ANTICIPOS DE SALARIO**
- 7. INCIDENCIAS MENSUALES CON RELACIÓN AL SALARIO Y AL RÉGIMEN RETRIBUTIVO**

**VII. EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL**

**VIII. CASO DE ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL**

**IX. EL INDICADOR PÚBLICO DE RENTA DE EFECTOS MÚLTIPLES**

**X. RETRIBUCIÓN DURANTE LAS VACACIONES**

**XI. GARANTÍAS DEL SALARIO**

- 1. CRÉDITO PRIVILEGIADO**
- 2. CRÉDITO ESPECIALMENTE PRIVILEGIADO**
- 3. CRÉDITO SINGULARMENTE PRIVILEGIADO**
- 4. PLAZO**
- 5. DECLARACIÓN DE CONCURSO**
- 6. INEMBARGABILIDAD DEL SALARIO**
- 7. EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (ART. 33 DEL ETT)**

**XII. COMPLEMENTOS SALARIALES**

- 1. CONCEPTO**
- 2. CLASES DE COMPLEMENTOS SALARIALES**

### **3. EXIGIBILIDAD DE LOS COMPLEMENTOS SALARIALES**

#### **XIII. LAS COMISIONES**

- 1. CONCEPTO**
- 2. CARACTERÍSTICAS**

#### **XIV. RETRIBUCIONES EN ESPECIE**

- 1. CONCEPTO**
- 2. CARACTERÍSTICAS DEL SALARIO EN ESPECIE**
- 3. TIEMPO PARA ABONAR EL SALARIO EN ESPECIE**
- 4. INCIDENCIA DEL SALARIO EN ESPECIE SOBRE EL DESPIDO**
- 5. LA NORMATIVA TRIBUTARIA**
- 6. LA VALORACIÓN DE LAS RENTAS EN ESPECIE**
- 7. REGULACIÓN NORMATIVA**
- 8. COTIZACIÓN DEL SALARIO EN ESPECIE**
- 9. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA**
- 10. COMEDORES DE EMPRESA**
- 11. TICKETS DE RESTAURANTE**

#### **XV. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN**

#### **XVI. IMPAGO DEL SALARIO AL TRABAJADOR**

#### **XVII. RECLAMACIÓN DEL SALARIO**

#### **XVIII. SALARIO REGULADOR DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO**

- XIX. COTIZACIÓN DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN**
- XX. COTIZACIÓN DE SALARIOS CON CARÁCTER RETROACTIVO**
- XXI. GARANTIAS SALARIALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO**
- XXII. DESCUELGUE DE LAS CONDICIONES DEL CONVENIO SOBRE LA FECHA DEL PAGO DEL SALARIO**
- XXIII. EMBARGO DE SALARIO A UN TRABAJADOR**
- XXIV. REGULACIÓN DEL EMBARGO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN**
- XXV. RECLAMACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN AL ESTADO EN JUICIOS POR DESPIDO**
- XXVI. LA NOMINA**
- 1. INTRODUCCIÓN**
  - 2. CONCEPTO**
  - 3. ENCABEZAMIENTO**
  - 4. DEVENGOS**
  - 5. DEDUCCIONES**
- XXVII. EL RECIBO DEL SALARIO**
- 1. INTRODUCCIÓN**
  - 2. DEVENGOS**

- a. PERCEPCIONES SALARIALES**
  - 1. SALARIO BASE**
  - 2. COMPLEMENTOS SALARIALES**
  - 3. COMPLEMENTOS PERSONALES**
  - 4. HORAS EXTRAORDINARIAS (ART. 35, ETT)**
  - 5. HORAS COMPLEMENTARIAS (CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL)**
  - 6. GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS**
- b. SALARIO EN ESPECIE**
- c. PERCEPCIONES NO SALARIALES**

### **3. DEDUCCIONES**

- a. APORTACIÓN DEL TRABAJADOR A LA SS**
- b. RETENCIONES DEL IRPF**
- c. DEDUCCIONES DEL IMPORTE DE PRODUCTOS RECIBIDOS EN ESPECIE POR EL TRABAJADOR**

## **XXVIII. EL FINIQUITO**

- 1. CONCEPTO**
- 2. CARACTERÍSTICAS DEL FINIQUITO**
- 3. EL FINIQUITO COMO INSTRUMENTO**
- 4. ELABORACIÓN DEL FINIQUITO**
- 5. VALOR EXTINTIVO Y LIBERATORIO DEL FINIQUITO POR DESPIDO**

## **XXIX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 3442/2014**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 1577/2015**

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 142/2016
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2018 NÚMERO RECURSO: 1506/2015
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 3634/2015
6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 2210/2016
8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 7/2016
9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 2152/2015
10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 242/2016
11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 2846/2015
12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 2402/2015
13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017 Número Recurso: 2667/2015
14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 3578/2015
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 1825/2015
16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 59/2016
17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017 Número Recurso: 4004/2015
18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 1538/2016



- 19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 1849/2016**
- 20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2017 Número Recurso: 3426/2015**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 3521/2015**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2017 NÚMERO RECURSO: 1600/2015**
- 23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2017 Número Recurso: 490/2016**
- 24. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017 NÚMERO RECURSO: 1864/2015**

**XXX. BIBLIOGRAFIA**

## **RESUMEN**

Constituye el salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de sus servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo. En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

Composición del salario. La estructura del salario se establece mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual y deberá comprender:

- a- El salario base. Es la retribución fijada por unidad de tiempo o de obra.
- b- Complementos salariales. Es la retribución fijada en función de circunstancias relativas a:
  - Las condiciones personales del trabajador.
  - Al trabajo realizado.
  - A la situación y resultados de la empresa.

Puede pactarse que sean consolidables o no, no teniendo el carácter consolidable, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

Entre los complementos salariales que normalmente se pactan en la negociación colectiva cabe destacarse:

- La antigüedad.
- Las pagas extraordinarias.
- La participación en beneficios.
- Los complementos del puesto de trabajo, tales como penosidad, toxicidad, peligrosidad, turnos, trabajo nocturno, etc.
- Primas a la producción por calidad o cantidad de trabajo.

-Residencia en provincias insulares y Ceuta y Melilla, etc.

Cuando los salarios realmente percibidos en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional, operará el principio de compensación y absorción entre ellos.

En cuanto a la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, tendrá prioridad aplicativa el convenio colectivo de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior.

### **PALABRAS CLAVES**

Servicios laborales, percepción económica, retribución, remuneración, salario base, complemento salarial, indemnización, compensación, absorción, abono, recibo, nomina, boletín de cotización.

**EL SALARIO**  
**ASPECTOS GENERALES**

**I. CONCEPTO**

Se considerará salario, de acuerdo con el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo".

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores (entre las que se incluye la de empleados de hogar), el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional).

No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos (artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores).

Conforme se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1984, constituye una interpretación auténtica, el concepto legal, de lo que por salario ha de entenderse: de dicha fórmula deriva la presunción "iuris tantum" de que todo lo

que recibe el trabajador de la empresa le es debido en el concepto amplio del salario, con todas las importantes consecuencias que tal conclusión comporta, debiendo sólo jugar las excepciones legales cuando su existencia quede probada. Con la Sentencia citada concuerdan también sustancialmente las Sentencias de 5 de marzo de 1985 y 25 de marzo de 1986.

Retribuciones que no tienen la consideración de salario. Las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de:

- Indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral.
- Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.
- Los pluses de distancia y transporte.
- Indemnizaciones correspondientes a traslados.
- Indemnizaciones correspondientes a suspensiones o despidos.
- Dietas por alojamiento y manutención.

Abono del salario. El trabajador tiene derecho:

- A la percepción del salario en la fecha y lugar convenido o conforme a los usos y costumbres.
- A la entrega de un recibo individual y justificativo del pago del salario.
- A que el abono de las retribuciones periódicas y regulares no se efectúe por períodos de tiempo superiores al mes.
- A percibir él o sus representantes legales, con su autorización, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado.

- A percibir un interés del 10 por 100 anual por mora sobre el importe del salario, en caso de retraso en el pago.
- El empresario procederá a efectuar de forma delegada la retención de las cargas fiscales y de Seguridad Social que legalmente procedan sobre las retribuciones de los trabajadores.

Pagas extraordinarias. Los trabajadores tienen derecho anualmente, al menos, a dos pagas extraordinarias:

Importe de las pagas:

La cuantía será la pactada por convenio colectivo.

Fecha de abono:

Se hacen efectivas una por Navidad y otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre empresario y representantes legales de los trabajadores. Si se acuerda en convenio, se podrá prorratear su importe mensualmente.

El recibo de salarios

El empresario tiene la obligación de facilitar al trabajador, juntamente con el salario, un «recibo de salarios», que se ajustará al modelo establecido por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, salvo que, por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores se establezca otro modelo que contenga, con la debida claridad y separación, las

diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan.

El empresario deberá informar a los trabajadores, en el recibo justificativo de pagos de salarios de la cuantía total de cotización a la Seguridad Social indicando la parte que corresponde a la aportación del empresario y la parte correspondiente al trabajador.

Se consideran ajustados al modelo oficial los recibos de salarios que, sin eliminar ninguno de los conceptos contenidos en el citado modelo, ni alterar su denominación, contengan modificaciones de carácter puramente formal o incluyan elementos adicionales de información al trabajador sobre la retribución percibida.

El recibo de salarios se referirá a meses naturales. Las empresas que abonen a los trabajadores salarios por periodos inferiores deberán documentar dichos abonos como anticipos a cuenta de la liquidación definitiva, que se extenderá en el recibo mensual de salarios.

El salario, así como el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social, podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante cheque u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal.

El recibo de salarios será firmado por el trabajador al hacerle entrega del duplicado del mismo y abonarle, en moneda de curso legal o mediante cheque o talón bancario, las cantidades resultantes de la liquidación. La firma del recibo dará fe de la percepción por el trabajador de dichas cantidades, sin que suponga su conformidad con las mismas.

Cuando el abono se realice mediante transferencia bancaria, el empresario entregará al trabajador el duplicado del recibo sin recabar su firma, que se entenderá sustituida, a los efectos previstos en el párrafo anterior, por el comprobante del abono expedido por la entidad bancaria.

Los recibos de salarios expedidos se archivarán y conservarán por las empresas, junto con los boletines de cotización a la Seguridad Social, durante un período mínimo de cuatro años, a fin de permitir las comprobaciones oportunas.

## **II. CLASES DE SALARIO**

### **1. EL SALARIO POR UNIDAD DE TIEMPO, POR UNIDAD DE OBRA Y MIXTO**

El salario por unidad de tiempo es aquel que se determina en función del tiempo de duración del servicio, con independencia del resultado o de la cantidad de obra realizada.

El salario por unidad de obra es aquel que se determina en función de los resultados, piezas, mediciones, trozos o conjuntos determinados con independencia del tiempo invertido.



El salario mixto, es todo aquel que se determina en función del tiempo de duración del servicio y de los resultados, esto es, responde a una combinación de los dos sistemas anteriores. De ellos destacan:

a) Las tareas, por las que el trabajador se compromete a realizar una obra en un tiempo determinado, quedando concluida la tarea o cometido al concluirse la obra.

b) El sistema de incentivos o primas, que surge con la intención de corregir los inconvenientes del régimen de destajo puro, basado en la mera correlación entre un mayor esfuerzo y una mayor retribución, y que en nuestros días han experimentado un creciente auge.

Una variedad moderna de incentivo es la retribución variable por objetivos, sean éstos individuales o colectivos (Sentencias del Tribunal Supremo, Social, de 7 de diciembre de 2011, Rec. 219/2011 y 6 de noviembre de 2012, Rec. 3940/2011).

## **2. EL SALARIO EN METÁLICO Y EL SALARIO EN ESPECIE**

El salario en metálico es aquel que se abona por el empresario en moneda de curso legal en España, el ET prevé la posibilidad de realizarse el pago mediante talón u otra modalidad similar (transferencia) a través de entidades de crédito, previo informe al Comité de empresa o delegados de personal (artículo 29.4 del Estatuto de los trabajadores).

Las denominadas stock options u opciones sobre acciones, tienen la consideración de salario en metálico (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de

octubre de 2001, Rec. 4851/2000 y Sentencia del TSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001, Rec. 4759/2000).

El salario en especie es todo aquel que consiste en bienes distintos del dinero: luz, agua, manutención, vivienda, calefacción, seguros de todo tipo, automóviles, teléfono, agua, formación personal, gastos de docencia de familiares, escolarización, etc.

En todo caso el ordenamiento jurídico prefiere el salario en metálico, más preciso y menos susceptible de fraudes (prueba de ello es la limitación vista anteriormente, al prohibirse que sea superior al 30% del salario).

### **3. EL SALARIO DE CALIFICACIÓN**

El salario de calificación profesional es aquel que se asigna en la norma sectorial correspondiente a cada grupo o nivel profesional. La clasificación profesional supone la asignación de un grado o nivel a un trabajador en atención a la función desempeñada y se caracteriza por ser subjetiva y personal.

El salario de calificación es aquel que se asigna tras la valoración de un determinado puesto de trabajo y en atención a las concretas características del mismo. La clasificación o valoración de un puesto de trabajo, supone la valoración técnica de un concreto puesto de trabajo, y se caracteriza por ser objetiva e impersonal.

La valoración se ajusta a las siguientes operaciones:

a) Análisis y descripciones de las tareas incluidas en cada puesto de trabajo.

b) Asignación de puntos según factores previos de calificación: fisiológico, profesional (responsabilidad, iniciativa...).

c) Traducción económica de las escalas de calificación, transformando los puntos en su equivalente monetario.

### **III. ESTRUCTURA DEL SALARIO**

El artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores estructura las partidas salariales en torno a dos conceptos:

a) Salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, parte que deberá referirse al salario mínimo interprofesional o al superior establecido en los convenios colectivos o en los contratos individuales.

b) Complementos salariales, como retribución fijada en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador (antigüedad, posesión de títulos,...), al trabajo realizado (productividad, peligrosidad, nocturnidad,...), o a la situación y resultados de la empresa (participación en beneficios, facturación, ventas,...) que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten.

Se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

#### **IV. TÉCNICA DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN DEL SALARIO** **(ART. 26.5 DEL ETT)**

La absorción y compensación es una técnica que pretende neutralizar los incrementos salariales que se produzcan, ya sea por un nuevo salario mínimo interprofesional anual (SMI) o por negociación colectiva, cuando los trabajadores ya vinieran percibiendo salarios superiores, en su conjunto y cómputo anual, a los mínimos fijados en convenio o, en su defecto, al SMI, quedando la subida salarial absorbida o compensada.

El principio general es que, cuando los salarios realmente percibidos en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional, operará el principio de compensación y absorción entre ellos.

No obstante, por convenio colectivo o pacto individual, puede disponerse que este principio no opere.

## **V. EL PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**

El derecho del trabajo, a través de la normativa legal y de los convenios colectivos, regula una serie de derechos y beneficios mínimos para los trabajadores. Por otra parte, la empresa puede establecer otros derechos o beneficios para los trabajadores, válidos siempre que respeten los mínimos establecidos por la normativa legal y los convenios.

Cuando estos derechos o ventajas no vienen recogidos en el contrato individual o en forma expresa alguna, el principio de condición más beneficiosa establece que los trabajadores han adquirido estos derechos y deben respetarse no pudiendo ser modificados unilateralmente por la empresa.

Lo fundamental para que opere el principio de condición más beneficiosa es la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables. Por eso, no es la persistencia en el tiempo la que crea la condición más beneficiosa, sino que esa persistencia es un indicio de la voluntad de la empresa y equivale a una declaración tácita de voluntad en ese sentido.

Tal condición más beneficiosa pervive hasta que las partes no alcancen otro acuerdo o se produzca su neutralización por una norma posterior, legal o pactada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado. Sin embargo, la condición más beneficiosa de origen contractual no queda, en principio, afectada por posibles regulaciones posteriores generales más restrictivas.

## **VI. DERECHOS DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN CON EL SALARIO**

### **1. PERCEPCIÓN DEL SALARIO EN LA FECHA Y LUGAR ESTABLECIDOS**

A la percepción del salario en la fecha y lugar establecidos. Si la empresa no paga los salarios o se retrasa en su abono reiteradamente, ello es considerado una falta muy grave, devengándose un interés por mora en caso de retraso del 10 % anual, y en proporción al tiempo de adeudo, para cuyo abono se exige previa reclamación judicial o extrajudicial.

En estos supuestos, el trabajador puede presentar denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y puede iniciar la vía de jurisdicción social en reclamación de cantidad por salarios debidos, y acreditar como causa justa para solicitar la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario (art. 50.1.b del ETT), estableciéndose jurisprudencialmente que el retraso a tener en cuenta para pedir la resolución ha de comprender al menos 5 mensualidades.

### **2. RECIBO DE SALARIOS**

El empresario tiene la obligación de facilitar al trabajador, juntamente con el salario, un «recibo de salarios», que se ajustará al modelo establecido por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, salvo que, por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores se establezca otro modelo que contenga, con la debida claridad y separación, las diferentes percepciones del

trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan. Cuando el abono se realice mediante transferencia bancaria, el empresario entregará al trabajador el duplicado del recibo sin recabar su firma, que se entenderá sustituida, a los efectos previstos en el párrafo anterior, por el comprobante del abono expedido por la entidad bancaria.

Los recibos de salarios expedidos se archivarán y conservarán por las empresas, junto con los boletines de cotización a la Seguridad Social, durante un período mínimo de cuatro años, a fin de permitir las comprobaciones oportunas.

### **3. ABONO DE LAS RETRIBUCIONES PERIÓDICAS**

A que el abono de las retribuciones periódicas y regulares no se efectúe por periodos de tiempo superiores al mes.

### **4. INTERÉS DEL 10 % ANUAL POR MORA**

A percibir un interés del 10 % anual por mora, sobre el importe del salario en caso de retraso en el pago. Para que proceda el recargo o mora del 10 %, es necesario que la realidad y la cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido y que el empresario no haya ofrecido formalmente el pago.

### **5. ANTICIPOS A CUENTA DEL TRABAJO YA REALIZADO**

El trabajador y, con su autorización, sus representantes legales tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado:

La cuantía o proporción del anticipo no la fija el ETT. Sin embargo, al decir expresamente que es por el trabajo ya realizado, no podrá ser nunca superior al mes.

No procede la solicitud de anticipos sobre retribuciones de periodicidad superior al mes.

Los anticipos de salarios futuros que puedan efectuar las empresas a los trabajadores que hayan de contratar, con el objeto de inducirles a la aceptación del empleo, no pueden exceder del salario base que se les asigne, correspondiente a 3 meses.

El reembolso de estos anticipos se realiza de modo que, por estos anticipos, no puede deducirse del salario de cada mes cantidad superior a la sexta parte del salario base mensual.

Todo anticipo en exceso de la cuantía anterior es legalmente irrecuperable y no puede compensarse, posteriormente, con las cantidades que se adeuden al trabajador.

Son las normas sectoriales las que regulan, dentro del marco de la acción social, el derecho a obtener anticipos o préstamos reintegrables, que se han de sujetar a dichas normas y al pacto de concesión del préstamo.



Mediante convenio colectivo pueden fijarse anticipos sobre salarios futuros; en este caso vendrán fijados el importe máximo del préstamo y las condiciones de devolución.

Si se ha concedido un préstamo estando vigente el contrato de trabajo y habiéndose pactado la devolución mediante descuentos fijos mensuales de sus ingresos, si se extinguiera el contrato y el préstamo no se hubiera vinculado al contrato sino a un plazo determinado, no puede exigirse su cumplimiento hasta el vencimiento de dicho plazo.

El empresario procederá a efectuar de forma delegada la retención de las cargas fiscales y de Seguridad Social que legalmente procedan sobre las retribuciones de los trabajadores.

Hay que diferenciar entre dos tipos distintos de anticipos:

a) Anticipos a cuenta del trabajo ya realizado.

b) Anticipos pactados, individual o colectivamente, compensables directamente a cuenta del salario abonado en inferior cuantía.

Paralelamente, existen préstamos establecidos generalmente por cláusulas colectivas -tradicionalmente en las actividades bancarias-, a conceder por las empresas o para cubrir determinada contingencia, o sin necesidad de aducir la causa contingente que motive la solicitud. Sentencia TSJ Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, nº 868/1998, de 24/04/1998, Rec. 800/1997.

## Consideración de los anticipos como retribución en especie en el IRPF

Los anticipos sin interés, en cuanto reintegrables en 10 ó 14 mensualidades, tienen la consideración de rendimiento del trabajo en especie, efectuándose su valoración conforme la regla 1.ª del Art. 42, Ley 35/2006, de 28 de noviembre (DGT V2229-05, de 02/11/2005).

El Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, define los rendimientos íntegros del trabajo como “todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas”.

Evidentemente, la obtención de anticipos sin interés comporta una utilidad derivada de su relación laboral equiparándose así a un préstamo sin interés. Ello nos lleva al apdo. 1, Art. 42, LIRPF, donde se establece lo siguiente:

“Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

Cuando el pagador de las rentas entregue al contribuyente importes en metálico para que éste adquiera los bienes, derechos o servicios, la renta tendrá la consideración de dineraria”.

Respecto a la valoración de las rentas en especie, el apdo. 1, Art. 43, LIRPF de la misma ley dispone como regla general de valoración el valor normal en el mercado, estableciendo a continuación unas especialidades para algunos rendimientos

del trabajo en especie. Así, en su número 1º.c) establece como regla de valoración los rendimientos del trabajo en especie consistentes en préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero “la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el período”, siendo ésta la regla de valoración aplicable al supuesto consultado.

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto requiere una especial matización respecto al criterio de esta Dirección General sobre los anticipos. Así, se entiende que, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no constituye renta en especie el anticipo al que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 29 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

“El trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado”.

A idénticos efectos, se entiende igualmente, que tampoco constituye renta en especie el «anticipo» sobre la mensualidad corriente, siempre que aquél se reintegre al finalizar ésta.

## **6. COLECTIVOS CON REGULACIÓN ESPECÍFICA SOBRE ANTICIPOS DE SALARIO**

Los Trabajadores del mar o en buques, el Sector de la Minería del Carbón y los Trabajadores Agrarios por cuenta ajena, poseen regulación específica sobre anticipos del salario.

A continuación exponemos casos concretos sobre colectivos con regulación específica sobre los anticipos.

#### Anticipos para Trabajadores del mar/Buques.

La Resolución de 27 de junio de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Laudo Arbitral de fecha 30 de mayo de 2002, en el proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza de Trabajo para la pesca marítima en buques bacalaceros, establece en su artículo 11, que todos los tripulantes tienen derecho a percibir por cada mes vencido cantidades a cuenta de la liquidación de la marea hasta un máximo del 40 por 100 del salario garantizado correspondiente al propio mes. Cada tripulante que desee acogerse a este derecho deberá dejar instrucciones por escrito a la empresa armadora concretando las cuantías, las personas autorizadas para su recepción o, en su caso, los datos oportunos para su ingreso bancario.

#### Anticipos en el Sector de la Minería del Carbón.

La Resolución de 28 de marzo de 1996, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Laudo Arbitral de fecha 11 de marzo de 1996, dictado por don Fernando Valdés Dal-Ré por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional, promoción profesional y económica de los trabajadores, estructura salarial y código de conducta en el Sector Minería del Carbón, establecía en su artículo 28, que el trabajador tendría derecho a que el empresario le anticipe hasta el 80 % del salario mensual aún no devengado, no obstante, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 1997 (R. 36/2005) y del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1998 (R. 1469/1997), ha anulado este artículo pasando a aplicarse la normativa general al respecto. Sentencia AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 76/2006, de 28/09/2006, Rec. 36/2005.

Anticipos para Trabajadores Agrarios por cuenta ajena.

La Resolución de 17 de noviembre de 2000, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2000, dictado por don José Rodríguez de la Borbolla Camoyán, en el conflicto derivado del proceso de negociación para la sustitución de la Ordenanza de Trabajo en el Campo, en su artículo 26, establece que el trabajador tendrá derecho a percibir, antes de que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo realizado, hasta un máximo del 90 por 100 de los salarios devengados.

## **7. INCIDENCIAS MENSUALES CON RELACIÓN AL SALARIO Y AL RÉGIMEN RETRIBUTIVO**

El salario mensual puede sufrir distintas modificaciones por causas como retribuciones extrasalariales, horas extraordinarias, pagas extraordinarias, suspensiones de contrato o embargos salariales, incapacidad temporal, ausencias injustificadas, sanción disciplinaria de empleo y sueldo, suspensión y reducción de jornada derivas de ere, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, violencia de género, excedencias, huelga y cierre patronal o por embargo de parte del salario.

El salario mensual puede sufrir distintas modificaciones por causas como retribuciones extrasalariales, horas extraordinarias, pagas extraordinarias, suspensiones de contrato o embargos salariales. Igualmente otras incidencias que influyen en mayor o menor medida sobre el salario son:

- Incapacidad Temporal.
- Ausencias Injustificadas.
- Sanción disciplinaria de empleo y sueldo.
- Suspensión y reducción de jornada derivas de ERE.
- Maternidad.
- Paternidad.
- Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Violencia de género.
- Excedencias.
- Huelga y cierre patronal.
- Embargo de Salarios.

#### Retribuciones extrasalariales

El Art. 26 Estatuto de los Trabajadores, establece textualmente que “no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”. Por todo esto, se diferencian de las percepciones salariales en que:

- No computan para el abono de los períodos de descanso ni a efectos de cotización a la Seguridad Social.
- Al tener una causa determinada no se tendrán en cuenta para el cálculo de determinadas responsabilidades del empresario.

- La percepción de estos complementos puede establecerse en Convenio Colectivo o ser pactada entre el empresario y el trabajador.

- La percepción de estos complementos puede establecerse en Convenio Colectivo o ser pactada entre el empresario y el trabajador.

Sobre los límites a las prestaciones salariales en especie, pueden enumerarse las siguientes retribuciones a tener en cuenta:

a) Las cantidades que compensan o indemnizan al trabajador por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral. Los más habituales son quebranto de moneda, desgaste de útiles y herramientas, adquisición de prendas de trabajo, gastos de locomoción y dietas de viaje, plus de distancia y transporte urbano.

b) Prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social, así como sus mejoras y las percepciones entregadas directamente por las empresas a los trabajadores o asimilados, así como las aportaciones efectuadas por aquéllas, siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción que le otorga el sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

c) Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

d) Las propinas. Los valores que un empleado reciba como propina no constituyen salario para el empleado y no deben estar incluidos en la nómina. Su carácter extrasalarial queda patente por:

1. No están sujetas a cotización a la Seguridad Social por lo que ni integran la base de cotización ni repercuten sobre las futuras prestaciones a la Seguridad Social.

2. Igualmente no computan a efectos indemnizatorias en caso de extinción de la relación laboral ni para el cálculo de las cantidades a abonar por vacaciones, periodos de descanso o salarios de tramitación.

3. Estas cantidades no están incluidas dentro de la protección que el Estatuto de los Trabajadores otorga a los créditos salariales.

4. El empresario principal, en casos de contratas y subcontratas, no tiene responsabilidad sobre las cantidades por este concepto.

Sentencias TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 9353/2009, de 22/12/2009, Rec. 5308/2008 y TSJ Cantabria, Sala de lo Social, nº 812/2009, de 16/10/2009, Rec. 745/2009.

Indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral.

Las indemnizaciones o suplidos retribuyen al trabajador los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga



derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

En este apartado ha de prestarse especial atención al quebranto de moneda, desgaste de herramientas, prendas de trabajo, dietas por gastos de manutención, estancia y locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como los pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual, con la cuantía y alcance que reglamentariamente se establezcan y plus de distancia y plus de transporte

#### Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social

Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras y las percepciones entregadas directamente por las empresas a los trabajadores o asimilados, o las aportaciones efectuadas por aquéllas (Art. 238-241 LGSS), siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción que le otorga el sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

Las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, persiguen el fin de mejorar las prestaciones sociales ordinarias por lo que adquieren la consideración de devengo extrasalarial y no cotizan.

#### Salarios de tramitación

Los salarios de tramitación son las cantidades que el trabajador deja de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su

descuento de los salarios de tramitación, es decir, mientras se tramita el procedimiento judicial, y desde la Reforma Laboral de 2012, siempre que el empresario opte por la readmisión.

Atendiendo a lo anterior queda claramente demostrada su naturaleza indemnizatoria ya que, como se ha dicho, se trata de compensar al trabajador de los efectos negativos que le ha causado un despido nulo o improcedente.

### Huelga y cierre patronal

A la hora de estudiar los efectos laborales y sobre el salario de la huelga debe distinguirse entre:

- a) Trabajadores huelguistas.
- b) Trabajadores no huelguistas.
- c) El empresario.

Los efectos en función de la declaración de legalidad o ilegalidad de la huelga con respecto a los trabajadores huelguistas, su contrato de trabajo queda suspenso durante este proceso con idénticos efectos que en las huelgas lícitas. La empresa puede reducir la duración de las vacaciones en proporcional tiempo de participación en la huelga.

Sólo la participación activa en una huelga ilegal puede constituir causa de despido, no debemos olvidar que esta conducta no aparece tipificada específicamente como causa de despido disciplinario (Art. 54, ET). Según el Tribunal Supremo (STS 18/07/1986), será el particular modo de participación del trabajador en una huelga

ilegal concreta, desarrollada de la forma singular en que lo haya sido, lo que permitirá decidir si ha concurrido o no un incumplimiento contractual grave y culpable, merecedor de la sanción de despido.

#### Cotización durante la huelga.

EL empresario puede dar de baja en la Seguridad Social a los trabajadores en huelga si la considera ilegal. En el supuesto de que posteriormente sea declarada legal por los tribunales, la baja dejaría de producir efectos, iniciándose los de alta especial.

La Orden de 30 de abril de 1977 que desarrolla la situación de alta especial prevista en el número 3 del Art. 6 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, contempla, como indica su exposición de motivos, únicamente los efectos de la huelga legal, debiendo por ello, complementarse con una regulación adecuada para los supuestos en que tal calificación no haya sido estimada por el empresario y este hubiera procedido a dar de baja a sus trabajadores en la seguridad social, cuando posteriormente se considerase la licitud de aquella en los posibles procesos relativos a las medidas disciplinarias adoptadas por aquel.

En su virtud, la presentación por los empresarios ante la entidad gestora de partes de baja que afecten a trabajadores en huelga, por estimar dicha huelga ilegal, si la misma es considerada legal posteriormente por la magistratura de trabajo en los procesos individuales correspondientes, dejara de producir efectos con respecto a los trabajadores que hubieran sido parte en los mismos, iniciándose los de alta especial a que se refiere el número 3 del Art. 6 ,Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, desde la fecha a que los citados partes de baja se refieran.

#### Cierre Patronal

Los efectos del Cierre Patronal, se encuentran establecidos en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, de esta forma, si el cierre

es legal, los efectos son los mismos que los de la huelga legal (apdo. 2, Art. 12, Real Decreto Legislativo RT):

- Suspensión de los contratos de trabajo, tanto para huelguistas como para no huelguistas (apartado 1 y 2, Art. 6, Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

- No se podrá sancionar al trabajador, salvo que durante el cierre hubiese cometido alguna falta laboral.

- Suspensión del derecho a percibir salario (apdo. 3, Art. 6, Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

- El trabajador queda en situación de alta en la Seguridad Social especial (la obligación de cotizar por parte del empresario y trabajador queda suspendida mientras dure el cierre patronal).

- Ausencia de derecho a la protección por desempleo mientras dure el cierre legal.

- Ausencia del derecho a la protección por incapacidad temporal originada durante el período de cierre, pero sin pérdida del derecho a la asistencia sanitaria.

En caso contrario, si el cierre es ilegal:

- Posibles sanciones, que se concretan en multas, por la autoridad laboral (Art. 39, LISOS).

- Los trabajadores tienen derecho a los salarios dejados de percibir por el trabajo que no han podido realizar (Art. 15, Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

- Prestaciones por incapacidad temporal.

- Alta real en la seguridad social.

- Cotizaciones por ese período de cierre.

#### Incapacidad Temporal

La prestación de IT consiste en un subsidio cuya cuantía está en función de la base reguladora (BR) y de los porcentajes aplicables a la misma como se amplía en el temas "Cuantía y base reguladora de la prestación por incapacidad temporal". Del mismo modo, la duración y pago de la prestación por Incapacidad Temporal, incluidos los supuestos de pago delegado o pago directo también se encuentran desarrollados en los temas "Duración y pago de la prestación por Incapacidad Temporal" y "Regulación del pago directo del subsidio por incapacidad temporal". No obstante resulta necesario prestar especial atención en este apartado al Complemento salarial por incapacidad temporal que aparece en múltiples convenios colectivos obligando a las empresas a efectuar a sus expensas el pago de la diferencia económica entre las cantidades que en cada caso percibe el trabajador/a del seguro de enfermedad o accidentes, hasta el total del salario real.

#### Complemento salarial por incapacidad temporal

El empresario tiene la obligación de abonar al trabajador desde el día cuarto al décimo quinto de la baja, el derecho al subsidio por incapacidad temporal. Por lo tanto, durante todo este tiempo, será la empresa la única obligada al pago de la prestación económica por incapacidad temporal, cuya cuantía será del. Sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 21/07/2009, Rec. 1078/2008.

Como se ha citado, un gran número de convenios colectivos estable como obligatorio para las empresas el pago, en caso de enfermedad común o de accidente no laboral, de la diferencia entre la prestación recibida por el trabajador (60 por 100 de la base reguladora del mes anterior a la baja por incapacidad temporal) y su salario real. Esta medida para evitar la pérdida de poder adquisitivo por parte de los trabajadores suele establecerse en la negociación colectiva no como una cantidad líquida fija y determinada, sino, por el contrario, como una cantidad variable que se calcula utilizando dos parámetros:

- a) la prestación económica que otorga el sistema de Seguridad Social.
- b) el nivel de garantía de ingresos que se fija en el convenio colectivo.

De esta forma, los ingresos garantizados, se fijan sobre distintas bases de cálculo:

1. El salario (la más utilizada). En la negociación colectiva se aprecia el uso de un elevado número de fórmulas convencionales sobre los conceptos incluidos o excluidos en el mismo a estos efectos, y no todas ellas con la misma precisión técnica: el sueldo, el salario, la retribución o la remuneración; otras veces, intentando especificar el salario, sueldo o remuneración incluido, indicando que será el real o el salario cotización o el salario convenio o la retribución ordinaria o la retribución mensual o los ingresos normales, y en pocos casos definiendo esos términos; y otras

veces, con una efectiva precisión técnica, en consonancia con la estructura salarial legal, es decir, incluyendo el salario base, normalmente unido a otras partidas salariales, tales como el plus de convenio y determinados complementos salariales.

2. La base reguladora de la prestación o la base de cotización a la Seguridad Social (utilizadas en proporción menor).

La mayoría de los convenios colectivos establecen una cuantía fijada en porcentajes sobre la base de cálculo (100 por 100, del, 90 por 100, etc.), sin referencia expresa a la cuantía prevista para la prestación mejorada. Lo que significa que se garantiza un ingreso (ejemplo: 100 por 100 del salario) sea cual sea la cuantía prevista legalmente para la prestación de incapacidad temporal y cualquiera que sea la variación que durante la vigencia del convenio colectivo sufra la prestación. Por tanto, si ésta disminuye, ha de aumentarse la mejora; si, por el contrario, aumenta, también ha de aumentar en la misma proporción la mejora. Así ocurre, sobre todo, cuando la cláusula convencional precisa que la cuantía será “la diferencia entre el subsidio de Seguridad Social y el total de los salarios del presente convenio colectivo” o cuando sencillamente se expresa que la “empresa garantizará el salario...”.

- Parámetros utilizados en la negociación colectiva.

En la negociación colectiva existen distintos parámetros para la instauración del complemento de IT, bien legales, como el origen de la contingencia (riesgos profesionales y comunes), aplicando diferentes bases de cálculo y/o porcentaje (más favorables para los riesgos profesionales), y la duración de la incapacidad; o extralegales, como el índice de absentismo general en la empresa o la hospitalización y/o intervención quirúrgica o el número de situaciones de incapacidad temporal durante el año natural.

- Porcentaje aplicable a la base de cálculo.

El criterio estandarizado en los convenios colectivos con respecto al porcentaje aplicable a la base de cálculo es mantener las cantidades percibidas por el trabajador durante todo el período de la mejora; porcentaje que varía en algunos convenios en función del origen de la incapacidad, fijando un porcentaje inferior para los riesgos comunes, o en función de la duración de la prestación, apreciándose en la negociación colectiva una cierta tendencia a desincentivar el absentismo, bien sea el de corta duración (estableciendo un porcentaje inferior a las incapacidades de duración más corta), bien el de larga duración (estableciendo un porcentaje inferior a partir de una determinada duración de la baja).

## **VII. EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL**

Legislación: (art. 27 del ETT)

El Gobierno regulará anualmente, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el salario mínimo interprofesional, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para el personal al servicio del hogar familiar, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumo (IPC), la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general.



La vinculación del salario mínimo interprofesional se da en los siguientes supuestos:

El salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial (art. 2 del ETT).

La retribución del trabajador en formación (art. 11.2 del ETT).

Las garantías, privilegios y preferencias del salario establecidas en el art. 32 del ETT, así como en la legislación procesal civil y en la legislación concursal.

Los límites de responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

El salario correspondiente a una colocación para que esta sea considerada adecuada a los efectos de la protección por desempleo.

La cuantía máxima del anticipo al que tiene derecho el trabajador que haya obtenido a su favor una sentencia en la que se condene al empresario al pago de una cantidad y contra la que se haya interpuesto recurso.

El importe de la garantía financiera que deben constituir las empresas de trabajo temporal.

Los límites de referencia de las compensaciones económicas mínimas que corresponden a los socios de trabajo y a los socios de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra.

La retribución de los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente parcial que se incorporen a la empresa.

La cuantía de la subvención de los costes salariales correspondientes a los puestos de trabajo ocupados por los trabajadores con discapacidad que presten servicios en los centros especiales de empleo.

La cuantía de la subvención de los costes salariales derivados de los contratos que suscriban con los alumnos trabajadores de las escuelas taller y casas de oficio.

Asimismo, se mantendrá la vinculación del SMI para determinar:

Las bases mínimas de cotización en los regímenes de la Seguridad Social.

Los requisitos de acceso y, en su caso, mantenimiento de las pensiones de viudedad, orfandad, prestaciones en favor de familiares, prestaciones familiares por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos, así como el importe de la prestación económica por parto o adopción múltiples.

Los requisitos para el acceso y mantenimiento de las prestaciones que integran el sistema de protección por desempleo.

El SMI tiene las siguientes características:

Se fija anualmente. Puede revisarse semestralmente si el IPC superara las previsiones del gobierno.

Las cuantías fijadas son un salario mínimo, por lo que puede ser superado por convenio colectivo o pacto individual con la empresa.

La revisión del SMI no afecta a la estructura, ni a la cuantía de los salarios profesionales que se vinieran percibiendo por los trabajadores, cuando estos salarios en su conjunto y en cómputo anual fueran superiores a dicho salario mínimo.

Los SMI más los devengos que deben adicionarse son compensables, en cómputo anual, con los ingresos que, en jornada normal y por todos los conceptos, viniesen percibiendo los trabajadores con arreglo a normas reglamentarias, convenios colectivos, contratos individuales de trabajo y cualesquiera disposiciones legales sobre salarios en vigor a la fecha de la promulgación de los decretos que regulan dicho salario mínimo.

En caso contrario, no tendría efecto real alguno, pues el incremento queda absorbido en la mayor retribución que ya venía percibiendo el trabajador.

El importe del SMI es inembargable (art. 27.2 del ETT).

La Directiva 96/71 de 16 de Dic DOUE, relativa al desplazamiento de los trabajadores establece en su artículo 3 que las condiciones de trabajo y empleo, incluidas las cuantías del salario mínimo interprofesional, garantizadas para los trabajadores desplazados, serán las reguladas por disposiciones legales o convenios colectivos de aplicación general en el estado miembro donde se efectúe el trabajo.

La citada directiva persigue un doble objetivo: por un lado, asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que efectúan una prestación de servicios transnacional y, por otro lado, garantizar a los trabajadores desplazados que en el Estado miembro de acogida se les aplicará obligatoriamente una serie de normas de protección mínima. Sin embargo, tal y como señala el Tribunal de Justicia, esta directiva no ha armonizado el contenido material de estas reglas.

La Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido Sentencia de 12 de febrero de 2015, en la que, en virtud de lo expuesto anteriormente, aclara el concepto de “cuantía del salario mínimo” de los trabajadores desplazados.

En dicha sentencia, se dirime el conflicto entre ESA (Sociedad Finlandesa) y el sindicato representante de 186 trabajadores, que reclama a dicha sociedad el no haberles concedido a sus representados la remuneración mínima que se les debía en virtud de los convenios colectivos finlandeses de aplicación general, siendo los criterios salariales contenidos en estos convenios más favorables para los trabajadores. Estos criterios afectan al método de clasificación de los trabajadores en grupos salariales, determinación de la remuneración (por horas o a destajo), paga de vacaciones y pago de una indemnización diaria entre otras.

La Sala dictamina en su sentencia que la interpretación de la Directiva 96/71/CE permite el cálculo del salario mínimo por hora y/o a destajo, basado en la clasificación

de los trabajadores en grupos salariales ya que este método está regulado por los convenios colectivos pertinentes del Estado miembro de acogida, siempre que el cálculo y la clasificación citados se efectúen conforme a reglas vinculantes y transparentes, lo cual debe comprobar juez nacional.

### **VIII. CASO DE ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL**

La revisión del salario mínimo interprofesional, no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo.

Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre: Fijación del salario mínimo interprofesional para 2017. El Gobierno fijará, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el salario mínimo interprofesional para 2017 con un incremento del 8 por ciento respecto del establecido por el Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2016. Asimismo, el Gobierno determinará la afectación de dicho incremento a las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en los convenios colectivos vigentes a la fecha de entrada en vigor del real decreto que apruebe el salario mínimo interprofesional para 2017, así como en normas no estatales y en contratos y pactos de naturaleza privada.

A efectos de aplicar el último párrafo del apdo. 1, Art. 27, Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a compensación y absorción en cómputo anual por los

salarios profesionales del incremento del salario mínimo interprofesional, se procederá de la forma siguiente:

1. La revisión del salario mínimo interprofesional, no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo.

2. Estas percepciones son compensables con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo en vigor en la fecha de promulgación del SMI actual.

3. Las normas legales o convencionales y los laudos arbitrales que se encuentren en vigor en la fecha de promulgación del SMI para el presente año subsistirán en sus propios términos, sin más modificación que la que fuese necesaria para asegurar la percepción de las cantidades en cómputo anual que resulten de la aplicación del salario mínimo interprofesional para el año vigente, debiendo, en consecuencia, ser incrementados los salarios profesionales inferiores al indicado total anual en la cuantía necesaria para equipararse a éste.

Todas aquellas retribuciones que las empresas abonen a sus trabajadores que sean superiores a los salarios establecidos en normas legales o pactadas, absorben y compensan en cómputo anual las mejoras que sucesivamente se puedan imponer en dichas normas y convenios y cuyo mecanismo es aplicable incluso a las condiciones más beneficiosas (Sentencia TSJ Asturias, de 21/01/2000); es decir, tanto la norma como los Tribunales consideran que operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados en su conjunto y cómputo anual sean más favorables

para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia. Sentencia TSJ Cataluña, de 17/12/1999.

## **IX. EL INDICADOR PÚBLICO DE RENTA DE EFECTOS MÚLTIPLES**

Es un índice empleado como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en 2004 para sustituir al SMI como referencia para estas ayudas.

Anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se determinará su cuantía (con la consulta del gobierno a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas).

## **X. RETRIBUCIÓN DURANTE LAS VACACIONES**

Con carácter general, la retribución durante el periodo de las Regulación legal del derecho a vacaciones retribuidas ha de ser igual a la percibida por el trabajador en su jornada ordinaria de trabajo.

Los Convenios Colectivos suelen establecer fórmulas genéricas, como “30 días de salario”, hacer referencia al “salario ordinario”, “retribución normal” o “media” durante un periodo, siendo en estos casos necesario acudir a los criterios establecidos por la OIT.

Por su parte la Directiva 2003/88/CE de 4 de Nov DOUE (Aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo) relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en su artículo 7º -relativo a las vacaciones anuales- establece:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.”

El artículo 38, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. - Vacaciones anuales – no concreta la remuneración del periodo vacacional, limitándose a derivar estos conceptos a la negociación colectiva.

1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.”

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nº C-539/12, de 22/05/2014, analizando la normativa anterior concluyó en su momento que las comisiones, con carácter general, están directamente vinculadas a la ejecución de las tareas habituales. Y, aunque su importe pueda fluctuar mensualmente, en función de los resultados obtenidos por el trabajador, no obstante, es preciso evaluar si dichas comisiones presentan cierto carácter de permanencia que permita considerar que forman parte de la retribución ordinaria del trabajador, es decir, que son un elemento constante de su retribución.



La nueva sentencia del Tribunal Supremo se une a la AN, nº 151/2014, de 17/09/2014, Rec. 194/2014, matizando que el sueldo de los trabajadores aplicable a las vacaciones anuales debía incluir la remuneración normal o media anual de conceptos como, el complemento de disponibilidad (horas de disponibilidad y plus de disponibilidad) y las comisiones por ventas e incentivos comerciales.

## **XI. GARANTÍAS DEL SALARIO**

### **1. CRÉDITO PRIVILEGIADO**

Ostentan tal condición los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca (artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores).

### **2. CRÉDITO ESPECIALMENTE PRIVILEGIADO**

Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario (artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores).

### **3. CRÉDITO SINGULARMENTE PRIVILEGIADO**

Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores, y en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes.

La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo (artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores).

### **4. PLAZO**

El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos (artículo 32.4 del Estatuto de los Trabajadores).

### **5. DECLARACIÓN DE CONCURSO**

Las citadas preferencias serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél.

En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios (artículo 32.5 del Estatuto de los Trabajadores).

Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito

Un procedimiento concursal podría definirse como la situación dictaminada por un juez a la que llega una empresa cuando no puede hacer frente a sus deudas, tanto temporalmente, donde hablaríamos de suspensión de pagos, como de forma irreversible, ante quiebra de la mercantil. En este procedimiento, se busca satisfacer las deudas de la empresa a los acreedores de la misma de una manera ordenada y justa.

El Art. 32, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece como garantías del salario:

"Artículo 32. Garantías del salario.

1. Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con

derecho real, en los supuestos en los que estos, con arreglo a la ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

4. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

5. Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquel. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios."

La Ley Concursal, en su momento, modificó la regulación de los créditos de privilegio salarial, estableciendo un doble sistema de preferencias de créditos dependiendo de si la empresa ha sido o no declarada en situación de concurso:

a) Para las mercantiles no declaradas en concurso, el sistema de preferencia de créditos se regula en el Código Civil y en el Estatuto de los Trabajadores.

b) Para las empresas declaradas en situación de concurso, el mecanismo preferencial de créditos se regula en la Ley Concursal.

De forma generalizada podemos identificar diferentes situaciones que pueden motivar la solicitud del procedimiento concursal:

1. Cuando hay un incumplimiento generalizado del pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores al momento de solicitar el concurso.

2. Si hay un impago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta, durante el un período de tres meses.

3. Si no se pagan los salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

4. El incumplimiento general en el pago de las obligaciones corrientes por parte del deudor.

5. En caso de que haya embargos por ejecuciones pendientes que afecten al patrimonio del deudor.

6. Cuando se produzca el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del deudor.

La solicitud de concurso puede realizarse por el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate de acuerdos extrajudiciales de pagos

A petición del propio deudor. Cualquier deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos:

- Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario;
- Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

A petición del acreedor. Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor.

## **6. INEMBARGABILIDAD DEL SALARIO**

Gozan de inembargabilidad absoluta el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional (artículos 27.2 del Estatuto de los Trabajadores y 607.1 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil).

Gozan de inembargabilidad relativa los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional, puesto que su embargo se efectuará conforme a la escala expresamente establecida al efecto en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **7. EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (ART. 33 DEL ETT)**

Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que garantiza a los trabajadores la percepción de salarios, así como las indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral, pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso de acreedores del empresario.

Retribuciones e indemnizaciones garantizadas

Salarios.

Abono a los trabajadores de los salarios con sus pagas extraordinarias, incluidos los de tramitación, pendientes de pago, reconocidos como tal en Acta de Conciliación o Resolución Judicial.

La cantidad máxima a abonar por el FOGASA es el doble del SMI diario, con prorrateo de pagas extras, por el número de días pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días (RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas urgentes para la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad).

Indemnizaciones.

Abono a los trabajadores de las indemnizaciones reconocidas en sentencia, auto, acta de conciliación judicial o resolución administrativa, a causa de despido

(improcedente o nulo) o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 del ETT, y de extinción de contratos conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan.

El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el FOGASA para los casos de despido o extinción de los contratos por voluntad del trabajador mediando causa justa, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio.

Retribuciones e indemnizaciones responsabilidad subsidiaria, en caso de insolvencia

En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de 25 trabajadores, cuando el contrato se extinga con posterioridad al 14 de julio de 2012 por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del ETT o en el art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el FOGASA abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año. No responderá el FOGASA de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes, estando a cargo del empresario, en estos casos, el pago íntegro de la indemnización:

El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas al límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del doble del SMI con pagas extras.



La autoridad laboral que en regulación de empleo constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el FOGASA, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario, salvo en el caso de que los trabajadores beneficiarios constituyan una sociedad laboral o una cooperativa a la que se aplique las normas establecidas para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

#### Indemnizaciones excluidas del ámbito de protección de FOGASA

Este no incluye en la cobertura de garantía salarial los pluses de distancia, transporte, vestuario, quebranto de moneda, desgaste de útiles y herramientas, dietas, complementos de incapacidad temporal y cualquier otro de naturaleza indemnizatoria.

#### Financiación

Cotizaciones por esta contingencia de las empresas tanto públicas como privadas, que ocupan a trabajadores por cuenta ajena.

La base de cotización es la misma que se establece para el cálculo de la cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el sistema de la Seguridad Social. El tipo a aplicar a la base se regula anualmente; actualmente es del 0,20 %, a cargo exclusivamente de la empresa. El ingreso se efectuará conjuntamente con las restantes cuotas que correspondan.

El tipo de cotización podrá revisarse por el gobierno, en función de las necesidades del FOGASA.

Cantidades obtenidas por subrogación:

Rentas o fruto de su patrimonio o del patrimonio del Estado adscrito al FOGASA

Otras previstas en las leyes

Beneficiarios

Los trabajadores vinculados por relación laboral. Están excluidos los socios de cooperativas de trabajo asociado y trabajadores al servicio del hogar familiar, así como los administradores y consejeros de sociedades mercantiles capitalistas asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

Tramitación

El procedimiento de solicitudes de prestaciones al FOGASA podrá iniciarse de oficio, por acuerdo de la Secretaría General o de la unidad administrativa periférica correspondiente, o a instancia de los interesados o de sus apoderados.

Las solicitudes efectuadas en modelo oficial deberán presentarse acompañadas de la siguiente documentación:

-Fotocopia del Documento Nacional de Identidad (DNI).

- Certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

- Salarios: acta de conciliación o sentencia del Juzgado de lo Social.

- Indemnización: sentencia o resolución administrativa que autorice la extinción del contrato de trabajo. Esta última deberá ser acompañada de acta de conciliación o resolución judicial donde se cuantifiquen las indemnizaciones.

- Indemnización derivada del artículo 52.c) del ETT: carta de despido objetivo, recibos de salarios de los tres últimos meses y escrito del trabajador manifestando no haber reclamado contra la decisión extintiva en los 20 días hábiles siguientes a la fecha de efectos del despido objetivo.

- Documento que acredite la situación de insolvencia del empresario:

- En caso de ejecución en vía laboral: auto de insolvencia.

En caso de procedimiento concursal: auto de declaración del concurso; certificación de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal; no precisa acreditar insolvencia cuando se reclame la indemnización en caso de despido objetivo (art. 52c) del ETT) o colectivo en empresas de menos de 25 trabajadores.

#### Plazo de solicitud

Un año contado desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria.

Dicho plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal, así como por las demás formas admitidas en Derecho.

#### Lugar de presentación

Si el procedimiento se iniciase a instancia de los interesados, la solicitud debidamente formalizada se presentará en la unidad administrativa del FOGASA de

cada provincia o en cualquier otro órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado (AGE), o la de cualquier administración de las Comunidades Autónomas, así como a través de las oficinas de Correos en sobre abierto dirigido a la unidad administrativa del FOGASA de la provincia donde estuviese situado el centro de trabajo.

En el caso de trabajadores que la cursaran en el extranjero, podrán hacerlo en la representación diplomática o consular española.

#### Abono de la prestación

Una vez intervenido y resuelto el expediente se cursa la orden de pago al banco concertado más próximo al domicilio del solicitante o beneficiario, a quien se comunica por la unidad la fecha del abono por cheque o transferencia bancaria.

Contra la resolución administrativa cabe interponer demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de un año a partir de la notificación.

#### Subrogación

El FOGASA se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones laborales frente a la empresa deudora, manteniendo los privilegios salariales.

## **XII. COMPLEMENTOS SALARIALES**

### **1. CONCEPTO**

Los complementos salariales son las cantidades que junto con el salario base conforman la totalidad de la estructura salarial. Los mismos vienen recogidos en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

La fijación de los mismos, así como su cuantía se determina por negociación colectiva o mediante contrato individual, añadiendo su cuantía al salario base. El artículo 14 del Acuerdo de Cobertura de Vacíos, establece que para la fijación de complementos salariales, es necesario que las partes mediante la negociación colectiva los pacten, o bien los establezca la empresa, o vengán establecidos en imperativo legal o convencional. Igualmente, el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del salario, a pesar de su derogación, conserva valor interpretativo al respecto (Sentencia del Tribunal Supremo 16 de septiembre de 1998).

### **2. CLASES DE COMPLEMENTOS SALARIALES**

Los complementos salariales se clasifican en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores 2015 en función de:

1. Las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador.
2. El trabajo realizado.

### 3. La situación y resultados de la empresa.

Por las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador

Son aquellos cuya causa está en la cualificación personal o profesional del trabajador, es decir, la existencia de una condición personal o profesional en el trabajador, que incide sobre el trabajo.

Los complementos salariales más corrientes son:

#### a) Complemento de Antigüedad:

Tiene su causa en la permanencia en la empresa del trabajador.

Tradicionalmente, se consideraba un complemento al que todo trabajador tenía derecho. Sin embargo, actualmente, se considera que sólo tendrán derecho aquellos trabajadores en cuyo convenio colectivo o acuerdo se establezca. En cuanto a la cuantía del complemento, normalmente es un porcentaje aplicado al salario base sobre cada periodo de tiempo (normalmente trienio o quinquenio), o una cantidad a tanto alzado.

#### b) Complemento de Idiomas, Título o conocimientos especiales:

Tienen su causa en unos conocimientos específicos del trabajador, que inciden en el resultado del trabajo. Habrá de mantenerse dicho complemento, con independencia del cambio de puesto, si dicho cambio es decisión del empresario. Si es decisión del trabajador, perdería este complemento.

Por razón del trabajo realizado

Tiene su causa en las características del trabajo, y en la forma concreta de realizar la actividad.

Los más habituales son:

a) Complemento de Cantidad o Calidad del Trabajo.

Tienen su razón de ser en el establecimiento en la empresa de un sistema de medición de la productividad en la empresa. Los complementos más importantes dentro de este tipo son los incentivos o primas de productividad.

b) Plus de Toxicidad, Penosidad, Peligrosidad, o semejantes:

El abono de estos pluses no puede suponer la ausencia o inobservancia de las medidas de prevención de riesgos laborales e higiene.

La el devengo de este complemento, es necesario que las circunstancias de toxicidad, penosidad, peligrosidad o semejantes, se den de forma habitual, y no de forma excepcional. Igualmente, se requiere que el trabajo se desarrolle en condiciones de riesgo superiores a las habituales, es decir, que exista un riesgo real, y no potencial.

c) Complemento de Nocturnidad:

Según el artículo 36.1, párrafo 3 del Estatuto de los Trabajadores 2015, se considera nocturno el trabajo que se produce entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana.

Su cuantificación se establece aplicando un porcentaje sobre el salario base, o mediante cantidad a tanto alzado.

d) Complemento festivo:

Tiene su razón de ser en el trabajo que se realiza en festivo, considerándose festivo los 14 días de ámbito nacional que tienen tal consideración en virtud del artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

e) Complemento de Turnicidad:

Tiene su razón de ser en la realización de trabajo en equipo, mediante una organización según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los trabajos, en atención a un ritmo sucesivo, tal como lo establece el artículo 36.3 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

f) Complemento por la función desempeñada:

Se trata de complementos que retribuyen las particularidades que exigen el desarrollo de un puesto de trabajo.

g) Complemento de disponibilidad horaria, o de cualquier otro tipo, como por ejemplo funcional (siendo los más habituales los plus de polivalencia).



## Complementos en función de la situación y resultados de la empresa

Tienen su razón de ser en el intento de integrar los trabajadores en la marcha económica de la empresa, y se cuantifican a tanto alzado o en atención a un porcentaje de la productividad de la empresa.

El principal complemento de este tipo es la:

a) Gratificación por beneficios (que aunque puede tener el carácter fijo como una tercera gratificación extraordinaria más, la jurisprudencia más reciente, ya admite la posibilidad de que consista en una verdadera intervención en los beneficios de la empresa).

b) Participación en el capital de la empresa, lo cual consiste normalmente en permitir por parte de la empresa el acceso a las acciones de la misma.

### **3. EXIGIBILIDAD DE LOS COMPLEMENTOS SALARIALES**

El artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores 2015 establece que:

- Los complementos que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa no tendrán la consideración de consolidables, salvo pacto en contrario.
- Por el contrario, los complementos derivados de circunstancias personales del trabajador, generalmente serán consolidables (por ejemplo, antigüedad), si bien también están sujetos a lo que las partes acuerden.

### **XIII. LAS COMISIONES**

#### **1. CONCEPTO**

Las comisiones son complementos salariales que se pactan en el contrato, o en cualquier momento de la relación laboral, y que se determinan en función de la realización de un determinado negocio por parte del trabajador y en un periodo concreto. Este complemento salarial cobra especial importancia en el caso de los representantes de comercio y personal de alta dirección, para los cuales esta muy implantado, constituyendo a veces el núcleo fundamental de su salario. La persona que recibe comisiones es denominada comisionista.

#### **2. CARACTERÍSTICAS**

1) Su principal característica es que es una forma de retribución variable, en el sentido de ser calculada en función de los negocios en que ha mediado el trabajador, mediante un porcentaje o bien mediante una cuantía a tanto alzado.

Al respecto de la licitud de establecer un salario únicamente basado en comisiones, hay que decir que la jurisprudencia (entre otras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 24/02/1993), ha determinado que esto es lícito, siempre y cuando se respete la cuantía mínima de salario establecido en convenio para ese trabajador, o subsidiariamente, si no existiera convenio, el Salario Mínimo Interprofesional.

2) Las comisiones tienen su fundamento en la necesidad de flexibilizar el salario en las relaciones laborales y de constituir políticas de implicación en los trabajadores. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 26 de marzo de 2003, la naturaleza de las comisiones tiene un carácter de beneficio extraordinario que recibe el empresario por el sobre esfuerzo, celeridad o mayor dedicación de la trabajadora como vendedora y en consecuencia no pueden compensarse. Precisamente por ello, por ser un complemento salarial cuya causa está en la cantidad y calidad del trabajo no es compensable, y tampoco es absorbible. Ahondando en el carácter no compensable de este concepto salarial hemos de mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, en la cual se establece que los adelantos que se perciban de las comisiones no constituyen retribución de carácter fijo.

3) Son fruto de la negociación entre la empresa y los trabajadores, bien mediante negociación colectiva o acuerdo individual. Este acuerdo implica los objetivos a conseguir por el trabajador para su abono, y el porcentaje o cantidad que se le abonará por los mismos. Si existe oscuridad en la determinación de estos extremos, implica la nulidad de las cláusulas que dejen al arbitrio de la empresa la determinación de estos extremos.

Consecuencia de esto es el hecho de que sólo se devengarán comisiones por la realización de los objetivos establecidos en el acuerdo, no por aquellos otros negocios en los que haya sido así establecido.

4) Como norma general, el derecho a la comisión se devenga cuando el negocio es ejecutado y cumplido, es decir, cuando se paga el precio por el cliente, aunque podría pactarse su devengo en otro momento, por ejemplo cuando se celebra el contrato (el negocio).

Así, aunque se extinga la relación laboral, no perderá el trabajador el derecho al abono de aquellas comisiones que derivaran de negocios realizados estando viva la relación laboral, y que sean abonadas por el cliente con posterioridad a la extinción laboral.

Si un negocio no se concluye por la actitud culposa del empresario, el trabajador no perderá su derecho al abono de la comisión, como si el negocio se hubiese concluido.

En el supuesto de los representantes de comercio, y tal como se establece en el artículo 8 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquella, el plazo para el abono de las mismas es un mes, o de tres mediante pacto expreso de las partes. Igualmente, es habitual pactar el abono de las comisiones, una vez que ha sido concluido el negocio.

5) Los empresarios están obligados a dar a conocer el importe de las comisiones devengadas, y el importe de las mercancías y servicios que se hayan proporcionado directamente a los clientes. Habrá de notificarlo al comisionista de forma documental y abonarlas al mismo.

El empresario dará copia al comisionista representante de comercio detallando las operaciones, y las cuantías de las comisiones devengadas, siendo igualmente aplicable a cualquier otro trabajador que no pertenezca al régimen especial de representantes de comercio. Igualmente, y en caso de discrepancia, el trabajador y sus representantes legales podrán exigir al empresario la

exhibición de la parte que aparezca en los libros mercantiles referentes a sus negocios, valiéndose incluso el trabajador de un especialista contable. Si el empresario se negara a esta obligación, el comisionista podrá exigir el cumplimiento de esta obligación ante el Juzgado de lo Social. El examen de estos libros podrá realizarse incluso como cuestión preliminar, con el objeto de preparar una demanda ante la Jurisdicción Social. No obstante lo anterior, ante un procedimiento judicial en que se reclamen comisiones impagadas, la carga de la prueba la seguirá ostentando el trabajador, que a su vez habrá de concretar suficientemente los negocios en que se han producido comisiones, y que han sido impagadas, o los datos o facturas que han sido ocultadas por el empresario para no proceder al abono de las comisiones.

La cuantía de las comisiones serán las que acuerden las partes, ya sea por negociación colectiva o individual, y en su defecto la que se determine de acuerdo a los usos y costumbres del lugar.

Las comisiones deben ser computadas junto con la masa salarial pactada para el disfrute de vacaciones, para la incapacidad permanente, y para el cálculo de la indemnización por despido en los casos que proceda, utilizando la base media total de retribución anual, teniendo en cuenta las comisiones en su cómputo anual como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991.

#### **XIV. RETRIBUCIONES EN ESPECIE**

##### **1. CONCEPTO**

Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios

laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

Y será salario en especie, el abonado al trabajador con una mercancía o productos naturales y no con dinero.

De este modo, la retribución en especie se vincula más bien con la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios proporcionados por la empresa, como vivienda, electricidad, calefacción, seguros de todo tipo, automóviles, teléfono, agua, formación personal, gastos de docencia de familiares, escolarización, etc.

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores 2015 (entre las que se incluye la de empleados de hogar), el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional (artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015, en su redacción dada por la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2010, 17 septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo).

## **2. CARACTERÍSTICAS DEL SALARIO EN ESPECIE**

- Ha de ser susceptible de cuantificación monetaria.
- La obtención o disfrute ha de ser a un precio inferior al normal del mercado o de forma gratuita.

- Deberá consistir en el disfrute, obtención o consumo y de bienes, servicios o derechos.
- El disfrute y obtención de bienes, servicios o derechos, ha de ser, en todo caso, para fines particulares.
- Ha de ser individualizable económicamente, es decir, atribuible al trabajador aisladamente considerado.
- En los supuestos de seguros colectivos de accidente sólo tendrán consideración de pago en especie cuando las primas satisfechas sean imputadas a empleados concretos.
- El empresario debe estar obligado de forma convencional o contractualmente, en conexión con el trabajo realizado, es decir, no debe tratarse de un acto de liberalidad del empresario.
- El gasto por el empresario ha de ser irrelevante.
- La retribución ha de derivar de una relación laboral.

### **3. TIEMPO PARA ABONAR EL SALARIO EN ESPECIE**

El Estatuto de los trabajadores reconoce a los mismos el derecho a "la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida" (apdo. 2.f), Art. 4, ET); esta regla es aplicable tanto al salario en metálico como al salario en especie. Del mismo modo, si no cumpliese con ese deber, el precepto establecido en el apdo. 3, Art. 29, Estatuto de los Trabajadores hace responsable al empresario del pago de un "interés por mora equivalente al 10 por 100 de lo adeudado". Esta penalización también sería aplicable a los salarios en especie.

El plazo prescriptivo para formular reclamaciones por salarios en especie no abonados es el general de un año (Art. 59, ET).

#### **4. INCIDENCIA DEL SALARIO EN ESPECIE SOBRE EL DESPIDO**

La doctrina jurisprudencial (STSJ de Madrid de 6 de abril de 1.992) ha reconocido el derecho del trabajador a percibir dentro de la indemnización, reconocida en el apartado. 1 a) Art. 56, Estatuto de los Trabajadores, para los casos de despido improcedente a percibir "todas las partidas que integran el salario", es decir, también la remuneración en especie.

Como excepción a todo lo citado anteriormente en el apdo. 1, Art. 11 Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección se establece, con respecto a la extinción del contrato por voluntad del empresario: "El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades".

#### **5. LA NORMATIVA TRIBUTARIA**

Es frecuente que la jurisprudencia recurra a los parámetros valorativos de la normativa tributaria, a efectos concretar el valor de las retribuciones en especie y determinar el salario regulador a efectos del despido.

Así, a efectos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), constituyen rendimientos del trabajo en especie la utilización, consumo u obtención para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o



por precio inferior al normal del mercado, aunque no supongan un gasto real para el que las conceda, siempre que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de una relación laboral o estatutaria (artículo 42.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio).

No tienen la consideración de retribuciones en especie, a efectos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (artículo 42.2):

a) La entrega a los trabajadores en activo de forma gratuita o por precio inferior de mercado de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan (artículo 43 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero).

b) Las cantidades destinadas a la actualización, capacitación o reciclaje del personal empleado, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo (artículo 44 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero).

c) Entregas a empleados de productos a precios rebajados que se realicen en comedores de empresa, incluidas las formas indirectas de prestación de dicho servicio (vales de comida, tarjetas o cualquier otro medio electrónico de pago), cantinas o economatos de carácter social u otras fórmulas alternativas.

Las fórmulas indirectas de prestación del servicio están limitadas en su cuantía, que no podrá superar los 9 euros diarios, y sometidas al cumplimiento de varios requisitos legales (artículo 45 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero).

d) La utilización de los bienes destinados a los servicios sociales y culturales del personal empleado. Tendrán esta consideración, entre otros, los espacios y locales, debidamente homologados por la Administración pública competente, destinados por las empresas o empleadores a prestar el servicio de primer ciclo de educación infantil a los hijos de sus trabajadores, así como la contratación, directa o indirectamente, de este servicio con terceros debidamente autorizados, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

e) Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador.

f) Las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad, cuando se cumplan los siguientes requisitos y límites:

- Que la cobertura de enfermedad alcance al propio trabajador, pudiendo también alcanzar a su cónyuge y descendientes.
- Que las primas o cuotas satisfechas no excedan de 500 euros anuales por cada una de las personas señaladas en el párrafo anterior. El exceso sobre dicha cuantía constituirá retribución en especie (artículo 46 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero).

g) La prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado. No será de aplicación cuando los servicios se presten a trabajadores de otros sectores económicos (respecto a éstos sólo están exentas las rentas derivadas de la prestación del primer ciclo de educación infantil).

h) Las cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el servicio público de transporte colectivo de viajeros, así como las fórmulas indirectas de pago que cumplan las condiciones que se establezcan reglamentariamente, con la finalidad de favorecer el desplazamiento de los empleados entre su lugar de residencia y el centro de trabajo, con el límite de 1.500 euros anuales para cada trabajador.

## **6. LA VALORACIÓN DE LAS RENTAS EN ESPECIE**

### **a) Regla general.**

Con carácter general, las rentas en especie se valorarán por su valor normal en el mercado.

### **b) Reglas especiales de valoración.**

No obstante la regla general, en la valoración de determinadas retribuciones de trabajo en especie, existen las siguientes especialidades:

— Los siguientes rendimientos del trabajo en especie se valorarán de acuerdo con las siguientes normas de valoración:

- Por utilización de vivienda que sea propiedad del pagador, con carácter general, el 10% del valor catastral.
- En el caso de inmuebles localizados en municipios en los que los valores catastrales hayan sido revisados o modificados, o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral, y hayan entrado en vigor a partir del 1 de enero de 1994, el 5% del valor catastral.

- En el caso de inmuebles que carezcan de valor catastral o éste no hubiera sido notificado al titular, se tomará como base de imputación de los mismos el 50% de valor computable a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, y el porcentaje será del 5%.
- La valoración resultante no podrá exceder del 10% de las restantes contraprestaciones del trabajo.
- En el caso de que la vivienda utilizada no sea propiedad del pagador, la valoración no podrá ser inferior a la que hubiera correspondido de acuerdo con los criterios aplicables cuando la vivienda sea propiedad del pagador.

— En el caso de la utilización o entrega de vehículos automóviles:

- En el supuesto de entrega, el coste de adquisición para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación.
- En el supuesto de uso, el 20% anual del coste de adquisición. En caso de que el vehículo no sea propiedad del pagador, dicho porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo.

- En el supuesto de uso y posterior entrega, la valoración de esta última se efectuará teniendo en cuenta la valoración resultante del uso anterior.

— En los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero, la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el período.

— Por el coste para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación, las siguientes rentas:

- Las prestaciones en concepto de manutención, hospedaje, viajes y similares.
- Las primas o cuotas satisfechas en virtud de contrato de seguro u otro similar.
- Las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios y manutención del contribuyente o de otras personas ligadas al mismo por vínculo de parentesco, incluidos los afines, hasta el cuarto grado inclusive.

— Por su importe, las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones y las contribuciones satisfechas por las empresas promotoras reguladas en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, así como las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones.

— Por su importe, las cantidades satisfechas por empresarios a los seguros de dependencia.

c) Regla cautelar de valoración: precio ofertado al público.

Cuando el rendimiento de trabajo en especie sea satisfecho por empresas que tengan como actividad habitual la realización de las actividades que dan lugar al mismo, la valoración no podrá ser inferior al precio ofertado al público del bien, derecho o servicio de que se trate.

Se considerará precio ofertado al público el previsto en el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, deduciendo los descuentos ordinarios o comunes.

Se considerarán ordinarios o comunes:

— Los descuentos que sean ofertados a otros colectivos de similares características a los trabajadores de la empresa.

— Los descuentos promocionales que tengan carácter general y se encuentren en vigor en el momento de satisfacer la retribución en especie.

— Cualquier otro descuento, siempre que, en su caso, no excedan del 15%, ni de 1.000 euros anuales (artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación

parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio).

## **7. REGULACIÓN NORMATIVA**

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 2015 (artículos 26 a 33).

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) nº 95, sobre la protección del salario, 1949 (En vigor desde el 24 de septiembre de 1952) (artículo 4).

## **8. COTIZACIÓN DEL SALARIO EN ESPECIE**

Cotización de las retribuciones en especie. El Art. 147 ,Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece reglas de valoración de las distintas



percepciones en especie que forman parte de la remuneración y que estarán constituidas por su importe total, de venir establecido su valor nominal y, con carácter general, por el coste medio que suponga para el empresario la entrega del bien, derecho o servicio objeto de percepción, excepto en tres casos: Por una parte, en el supuesto de utilización de una vivienda propiedad o no del empresario o la utilización o entrega de vehículos automóviles, la valoración se efectuará en los términos del Art. 43 ,Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; por otra parte, respecto a la prestación del servicio de educación por centros educativos autorizados a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado, así como la prestación del servicio de guardería por los propios medios de las empresas, cuya valoración vendrá determinada por el coste marginal que suponga a esos centros la prestación de tal servicio, y en el supuesto de los préstamos concedidos a los trabajadores con tipos de interés inferiores al legal del dinero se valorarán por la diferencia entre el interés pagado y el referido interés legal vigente en el respectivo ejercicio económico.

Con efectos de 01/01/2016, la LPGE 2016, modifica los requisitos y límites, para que las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad, no tendrán la consideración de rendimientos del trabajo en especie.

Teniendo siempre presente los nuevos conceptos incluidos y excluidos en la base de cotización con efectos de 22/12/2013 y las recientes novedades establecidas por el Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, con efectos de 27/07/2014, estudiados en el comentario Conceptos incluidos y excluidos base cotización, el Art. 42 ,Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, establece que constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio

inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

No tendrán la consideración de rendimientos del trabajo en especie:

a) La entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

b) Las cantidades destinadas a la actualización, capacitación o reciclaje del personal empleado, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.

c) Las entregas a empleados de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social. Tendrán la consideración de entrega de productos a precios rebajados que se realicen en comedores de empresa las fórmulas indirectas de prestación del servicio cuya cuantía no supere la cantidad que reglamentariamente se determine.

d) La utilización de los bienes destinados a los servicios sociales y culturales del personal empleado. Tendrán esta consideración, entre otros, los espacios y locales, debidamente homologados por la Administración pública competente, destinados por las empresas o empleadores a prestar el servicio de primer ciclo de educación infantil a los hijos de sus trabajadores, así como la contratación, directa o indirectamente, de este servicio con terceros debidamente autorizados, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

e) Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador.

f) La prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado.

g) Las cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el servicio público de transporte colectivo de viajeros con la finalidad de favorecer el desplazamiento de los empleados entre su lugar de residencia y el centro de trabajo, con el límite de 1.500 euros anuales para cada trabajador. También tendrán la consideración de cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el citado servicio público, las fórmulas indirectas de pago que cumplan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

h) Las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad, cuando se cumplan los siguientes requisitos y límites:

1. Que la cobertura de enfermedad alcance al propio trabajador, pudiendo también alcanzar a su cónyuge y descendientes.

2. Que las primas o cuotas satisfechas no excedan de 500 euros anuales por cada una de las personas señaladas en el párrafo anterior o de 1.500 euros para cada una de ellas con discapacidad. El exceso sobre dicha cuantía constituirá retribución en especie.

## **9. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA**

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2004 (Recurso nº 130/2003), en relación con la pretensión ejercitada que consiste en que la empresa se haga cargo del pago de las cargas tributarias que graven el salario en especie (ya sea el IVA, IEE o el importe de la retención del IRPF), y tomando como referente lo dispuesto en la Sentencia de fecha 21 de marzo de 1997, que ha establecido que centrada la controversia en, si la empresa, cuando actúa no como empleador, sino como retenedor del impuesto del IVA, es decir, como sujeto pasivo que sustituye al contribuyente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley General Tributaria 230/1963, de 20 de diciembre y en el artículo 84 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, lo hace o no, correctamente.

Así, la resolución de esta cuestión exige interpretar normas extralaborales y, por lo tanto, la competencia para su conocimiento, no corresponde al orden jurisdiccional social, sino al contencioso-administrativo, y ello, de acuerdo con la doctrina, ya muy reiterada de la Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de fechas 2 de octubre de 1990, 25 de mayo de 1992, 20 de junio de 1992 y 25 de noviembre de 1994, así como en el Auto de la Sala Especial de Conflicto de Competencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989, que, si bien se refiere al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, es aquí de aplicación analógica y ello aunque la cuestión afecte al interés genérico de los trabajadores.

Los límites de la competencia por razón de a materia de la jurisdicción social acaban en el artículo 26.4 del vigente Estatuto de Trabajadores 2015, y más allá de este ámbito, la competencia es del orden contencioso-administrativo.

## **10. COMEDORES DE EMPRESA**

La normativa reguladora de los comedores de empresa establece la obligación por parte de las empresas de disponer de un comedor para sus empleados, siempre que concurra alguna de las siguientes condiciones:

- conceder menos de dos horas para el almuerzo;
- siempre que lo solicite la mitad del personal;
- ocupar a más de cincuenta trabajadores.

El comedor ha de estar ubicado en un local propio, con sus correspondientes mesas, asientos y acondicionado para poder calentar las comidas. Cuando los trabajos se efectúen al aire libre, en obras eventuales, las empresas deberán habilitar barracones desmontables, si no dispusieran de otros locales próximos adecuados.

En el caso de empresas con más de cincuenta trabajadores junto con la obligación de instalar el local, se encuentra la de establecer un régimen de cooperación de la empresa para que puedan los obreros efectuar sus comidas a precios módicos.

Las disposiciones reguladoras de los comedores de empresa son el Decreto de 8 de junio de 1938 y la Orden Ministerial de 30 de junio de 1938. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2011, de la Sala Cuarta, de lo Social, ha declarado la vigencia de la normativa de 1938 dada la no vulneración de los

principios constitucionales de estas normas en este apartado concreto y su no sustitución por la posible normativa de desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ni por la negociación colectiva. Asimismo, también resulta de aplicación la Reglamentación técnico-sanitaria aprobada por Real Decreto 3484/2000.

## **11. TICKETS DE RESTAURANTE**

Servicio de organización de los sistemas de promoción de consumo y comercialización, a través del cual se ofrece a empresas públicas y privadas en su carácter de clientes un medio para que éstas puedan otorgar a sus empleados una prestación, consistente en la entrega de unos documentos o cheques válidos para el servicio de restaurantes o establecimientos de hostelería afiliados. Para que no sean considerados retribución en especie en el impuesto de la renta de las personas físicas, si son satisfechas por el empresario al trabajador no deben superar la cuantía de 9 Euros día.

## **XV. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN**

Los salarios de tramitación son las cantidades que el trabajador deja de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, es decir, mientras se tramita el procedimiento judicial, y desde la Reforma Laboral de 2012, siempre que el empresario opte por la readmisión.

Por el contrario, si se estima el despido procedente se declarará convalidada la extinción del contrato que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (Art. 109, LJS).

Su importe concordará con el de los salarios que hasta la fecha venía percibiendo el trabajador, de forma que, el importe de los mismos dependerá de la velocidad de la tramitación del procedimiento judicial. Para evitar que el empresario corra con todos los gastos del retraso que pueda tener el proceso en el Juzgado, de transcurrir más de 60 días hábiles desde la presentación de la demanda en el Juzgado de lo Social hasta la notificación de la sentencia, el empresario podrá reclamar al FOGASA el abono de los salarios de tramitación pagados al trabajador que excedan de esos 60 días. Pero quedando el empresario, ineludiblemente, obligado a mantener al trabajador en situación de alta en la Seguridad Social. Caso distinto son, a juicio de los Tribunal Supremo, los despidos disciplinarios improcedentes de los trabajadores de alta dirección que no generan el derecho a percibir salarios de tramitación (-Ver sentencia TS, de 04/01/1999-) y los casos de incapacidad temporal de forma que cuando un trabajador en situación baja médica continuada fuese despedido sin extinción de la citada incapacidad temporal la empresa quedaría excluida la obligación de abonar salarios de tramitación.

#### Situaciones en las que se pueden percibir salarios de tramitación

- Despidos declarados como improcedentes ante los que la empresa opta por la readmisión de trabajador: Equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

- Despidos declarados como improcedentes si el despedido fuera un representante de los trabajadores o delegado sindical: Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación.

- Despidos nulos: Tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

#### Situación de desempleo

Los apartados 4 y letra a) del apdo. 5 del 268 ,Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (Derivados de la “Reforma Laboral de 2012”), junto con la redacción actual del Art. 56 ET, implica que el trabajador tendrá derecho a percibir la prestación por desempleo desde el día en que el empresario decida extinguir la relación laboral. Si el trabajador interpone demanda para solicitar la declaración judicial de la improcedencia del despido, esta es reconocida y el empresario no opta por la readmisión no se abonarán salarios de tramitación ya que el trabajador ha estado percibiendo prestación por desempleo durante ese período.

En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación.

En las resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo:



a) Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización:

El trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, siempre que cumpla los requisitos establecidos en para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

El trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones en el plazo de los quince días siguientes al nacimiento de la situación legal de desempleo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

b) Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, o aunque el empresario no procediera a la readmisión o lo hiciera en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido (Art. 283, LJS), las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador.

En tal caso, la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

Corresponde a la entidad gestora competente, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva, exigir el reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario Art. 295 ,Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre

En los supuestos a que se refiere esta letra, el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

c) EL trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral en los supuestos de (Art. 281.2, Art. 286, LJS):

- Declaración judicial extinguiendo la relación laboral en la fecha de la resolución.
- Declaración judicial acordando que se abone al trabajador los salarios de tramitación (apartados 1 y 2 Art. 56, ET). En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto.
- Declaración judicial, condenando al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución.

- Imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal.

En todos estos casos, se estará a lo establecido en la letra a de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral.

El Tribunal Supremo, en base al 269, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, admite el cómputo de la cotización por los salarios de tramitación a efectos de acreditar el período de ocupación necesaria para el reconocimiento de una prestación; estableciéndose como requisito que mientras se encuentre pendiente el recurso contra la sentencia que declaró la resolución del contrato por voluntad del trabajador no se acredite que éste incumple su obligación de trabajo. Sentencia TS, de 08/11/2000

El TS ha reiterado doctrina, en su sentencia de 21-03-2011, instaurando la obligación del trabajador que obtiene primero desempleo y después salarios de tramitación, tras sentencia o resolución judicial firme, de comunicar la nueva situación al Servicio de Empleo para su regularización. Apartado a) 268, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre y sus consecuencias en este caso: devolución de parte de prestaciones temporalmente coincidentes con los salarios de tramitación. Sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 21/03/2011, Rec. 1187/2010

Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido

El procedimiento sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido será de aplicación en el supuesto en que la sentencia del órgano jurisdiccional competente que por primera vez declare la improcedencia del despido

se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde que se tuvo por presentada la demanda.

Una vez firme la sentencia, y siempre que se opte por la readmisión del trabajador, se podrán reclamar al Estado los salarios de tramitación pagados al trabajador –o no pagados en caso de insolvencia provisional del empresario– y las cuotas a la seguridad social correspondientes a los salarios de tramitación que excedan de dicho plazo. Art. 1-8, Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

Estarán legitimados para presentar la reclamación, tanto el empresario que, habiendo readmitido al trabajador despedido con carácter improcedente, haya pagado los salarios de tramitación, como el propio trabajador despedido, en caso de insolvencia provisional del empresario.

#### Procedimiento y documentación necesaria

1. El empresario, o el trabajador en el supuesto de insolvencia provisional de aquél, podrán reclamar las cantidades correspondientes en el plazo de un año desde la firmeza de la sentencia.

2. La reclamación podrá presentarse en los registros administrativos según lo previsto en el apdo. 4 del Art. 16, Ley 39/2015, de 1 de octubre.

3. La correspondiente Área o Dependencia de Trabajo e Inmigración de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, instará al interesado a darse de alta en el Fichero Central de Terceros de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera,

según lo dispuesto en el artículo tercero de la Orden PRE/1576/2002, de 19 junio, por la que se regula el procedimiento para el pago de las obligaciones de la Administración General del Estado.

Al escrito de reclamación, en el que deberá indicarse el periodo considerado de salarios de tramitación a cargo del Estado, así como la cuantía en que se valoran los mismos, deberá acompañarse, en todo caso:

a) Copia testimoniada de la demanda de despido, de la sentencia que declare su improcedencia y de la resolución judicial por la que se determine la readmisión del trabajador, o comparecencia al efecto.

b) Certificación expedida por la Secretaría del órgano jurisdiccional o Tribunal Superior de Justicia correspondiente, haciendo constar la cronología del procedimiento ante el mismo a efectos del cómputo del tiempo que exceda de los noventa días hábiles en los supuestos a que se refiere el Art. 119, LJS, especificando el motivo de la suspensión, en su caso, o la no existencia de ésta. En todo caso, deberán figurar las fechas de: despido, presentación de la demanda, sentencia y notificación y firmeza de la misma.

c) Documentación que acredite fehacientemente el pago al trabajador de los salarios que se reclamen, así como certificación original de la Tesorería General de la Seguridad Social relativa a las cuotas ingresadas respecto del trabajador despedido por la empresa reclamante, con desglose mensual de cuota patronal y cuota obrera, referida al periodo comprendido entre la fecha del despido y la de la notificación de la sentencia por la que se declara el despido improcedente.

d) Informe de vida laboral del trabajador. En caso de haber prestado servicios para otra empresa en el período de responsabilidad estatal, deberá aportarse documentación acreditativa de los salarios percibidos durante ese período. Si, en estos casos, el empresario no pudiera obtener el informe de vida laboral del trabajador, habrá de ser la correspondiente Área o Dependencia de Trabajo e Inmigración quien lo solicite de oficio.

#### Trabajadores fijos discontinuos

El Tribunal Supremo, por su parte, en lo referente a la determinación del día hasta el cual se adeudan los salarios de tramitación, cuando se trata del despido improcedente de un trabajador fijo discontinuo, ha unificado doctrina estableciendo la analogía del supuesto estudiado con la extinción de contratos temporales, es decir, considera que los salarios de tramitación sólo se adeudan hasta el día en que el contrato temporal debió extinguirse por causa legal o convencional que produzca su correcta extinción. Sentencias TS, Sala de lo Social, de 23/07/2009, Rec. 1187/2008 y TS, Sala de lo Social, de 10/03/2005, Rec. 1322/2004

#### Descuento de los salarios percibidos por el trabajador en otro empleo

Conforme al apartado b) del Art. 56.1, Estatuto de los Trabajadores, el trabajador cuyo despido sea declarado improcedente tiene derecho a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia conteniendo la referida calificación o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. La jurisprudencia ha limitado esto de la siguiente manera:

1. Aunque con posterioridad al despido el trabajador hubiese iniciado una actividad empresarial por cuenta propia, el empresario ha de demostrar que la misma le ha reportado beneficios al citado trabajador; de no ser así, no sería posible el descuento de cantidad alguna del importe de los salarios de tramitación. Sentencias TSJ Andalucía, de 26/11/1999 y TSJ Comunidad Valenciana, de 11/05/1999.

2. Proceden hasta la fecha del vencimiento del contrato pactada, suponiendo lo contrario un enriquecimiento injusto. Sentencia TSJ Comunidad Valenciana, de 07/10/1999.

3. indemnización y salarios de tramitación: se han de fijar por separado dando la posibilidad de conocer la cuantía exacta que se le ofrece por salarios de tramitación; devengo de los salarios de tramitación: hasta la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado. Sentencia TSJ País Vasco, de 30/11/1999.

4. No puede recurrirse el importe de los salarios de tramitación que ya han sido cuantificados en un auto que es firme no recurrido por ninguna parte. Sentencia TSJ Cataluña, de 10/02/2000.

5. Los salarios de tramitación han de entenderse como la cantidad de dinero a percibir como reparación de falta de ingresos del trabajador, si durante la tramitación del proceso el trabajador consigue ingresos, se autoriza al descuento. Sentencia TSJ Cataluña, de 14/12/1999.

6. Lo que se desprende del art. 56.1º letra b ET no es que el trabajador pierda la totalidad de los salarios de tramitación del período coincidente con la prestación de servicios para otra empresa, cualquiera que hubiere sido su retribución, sino tan sólo que se descuenta lo que haya podido percibir en tal circunstancia. Sentencia nº TSJ Cataluña, de 08/06/2001.

7. El trabajador en un acto de conciliación no tiene porqué admitir cantidades ajenas al procedimiento de despido en que aquella conciliación se enmarca. Sentencia TSJ Canarias, de 28/09/1999.

## **XVI. IMPAGO DEL SALARIO AL TRABAJADOR**

La liquidación y pago del salario ha de realizarse, en la fecha y lugar convenidos y conforme a los usos y costumbres del lugar.

La liquidación y pago del salario ha de realizarse, en la fecha convenida (sentencias nº TSJ Canarias, de 28/02/2000 y TSJ Madrid, de 14/12/1999), de forma puntual, y en el lugar convenido conforme a los usos y costumbres (sentencia nº TSJ Andalucía, de 20/10/1999).

El cumplimiento de esta obligación puede demorarse por distintas causas:

- a) Retraso imputable al empresario.
- b) Disposición legal o entra en vigor de un nuevo convenio colectivo.
- c) Acto de conciliación o sentencia judicial.
- d) Salarios tramitación. Ver sentencia nº TSJ Cataluña, de 24/02/2000.

Las consecuencias derivadas de la falta de pago del salario pueden ser:



a) Constituir infracción administrativa.

b) Ser causa válida para la resolución contractual del contrato por parte del trabajador. Ver comentario Extinción del contrato laboral por causas objetivas, fuerza mayor y despido colectivo y sentencia nº TS, de 22/12/2008, Rec. 294/2008

c) Incremento de la cuantía adeudada con interés de mora.

d) Cotización complementaria a la Seguridad Social.

Infracciones y sanciones asociadas al impago de salarios.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, considera infracción muy grave el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido, pudiendo acarrear al empresario sanciones de entre 6.251 a 25 a 187.515 euros (Art. 8, Art. 40, LISOS). Ver sentencia nº TSJ Asturias, de 31/05/2002

Interés de mora

El Art. 29, Estatuto de los Trabajadores, establece un interés por mora en el pago del salario del 10 por 100 de lo adeudado.

La liquidez de la deuda se ha considerado tradicionalmente presupuesto indispensable del devengo de intereses moratorios, entendiendo por ella la certeza sobre la existencia y cuantía del débito ("certum est an et quantum debetur"). El Tribunal Supremo tiene declarado a este respecto que el recargo por mora en las deudas salariales que fija el apdo. 3, Art. 29 ,ET requiere la incontrovertibilidad de la deuda y que ésta resulte exigible, se halle vencida y esté determinada, así como que

tales intereses han de denegarse en aquellos casos en que la existencia o importe del débito son temas controvertidos y no pacíficos en el pleito (SS. 28-10 y 15-12-1992, 28-9-1993, 9-12-1994, 14-2-1995, 1-4-1996, etc. (STSJ de Baleares de 3 de octubre de 1997, STSJ Cataluña 23/05/2013 (R. SIB-14548709).

Respecto a la fecha de devengo inicial del interés del 10 % impuesto conforme al citado apdo. 3, Art. 29 ,Estatuto de los Trabajadores, la sentencia del TS de 9-2-1990, establece: "el concepto de "interés", que utiliza el precitado artículo del Estatuto, no es jurídicamente equiparable al de pena, multa o recargo, sino al de compensación indemnizatoria por la mora en el pago (véase art. 1108, en relación con el art. 1101, ambos CC). Consecuentemente con ello, su determinación habrá de hacerse en proporción al tiempo de demora: a) Ello es coherente con el concepto expresado de indemnización de perjuicios causados al acreedor, que acrecen en la medida en que aumenta la mora b) Respecto del deudor la solución es equitativa, pues otra conclusión supondría primar a quien más se retrasa en el cumplimiento de sus obligaciones. Tales razonamientos se asientan sobre un claro fundamento legal, que justifica el cómputo anual del interés del 10 % pese al silencio Art. 29 ,ET sobre el particular, al ser aplicable el art. 1108 CC en virtud de lo dispuesto por el art. 4.3 del mismo cuerpo legal. Se trata de determinar, en aplicación del art. 29.3 del Estatuto a qué cantidad asciende el interés del 10 de la suma adeudada. La determinación ha de hacerse en función del cómputo anual del interés y, en todo caso, en proporción al tiempo de demora: éste se inicia en la fecha del devengo y ha de computarse hasta la fecha de la sentencia de instancia".

Los intereses de mora requieren retraso culpable de la empresa de una deuda salarial vencida, exigible y líquida que debió ser pagada produciendo una indemnización anual del 10% desde que se generó la deuda hasta que quedó fija en sentencia.

- STSJ Aragón de 30 de Octubre de 1999. Ver sentencia nº TSJ Aragon, de 30/10/1999

- STSJ Baleares de 4 de Diciembre de 1999. Ver sentencia nº TSJ Baleares, de 04/12/1999

Para que se aplique la mora, es necesario que se den las siguientes circunstancias:

- Dolo o culpa del empresario. Ver sentencias nº TS, de 22/12/2008, Rec. 294/2008 y TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Social, nº 640/2009, de 01/09/2009, Rec. 27/2009.

- Que la deuda salarial sea vencida, exigible y líquida. Los intereses de mora requieren retraso culpable de la empresa de una deuda salarial vencida, exigible y líquida que debió ser pagada produciendo una indemnización anual del 10% desde que se generó la deuda hasta que quedó fija en sentencia. STSJ Madrid de 29 de Septiembre de 1999 - TSJ Madrid, de 29/09/1999 - y STSJ Cataluña 18-06-2013 (R. 2277/2009) -TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 5589/2010, de 03/09/2010, Rec. 2277/2009.

- Que la cuantía dejada de percibir sea conste de forma pacífica e incontrovertida. Cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido se excluye la mora, entendiéndose referida a una posición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa al abono de los salarios. Del mismo modo si en la demanda se reclamasen otros conceptos adeudados el interés por mora se aplicará simplemente sobre los salarios.

- Que la deuda afecte con exclusividad a cantidades salariales y no a otros conceptos como: dietas, mejoras voluntarias, indemnización por extinción de la relación laboral o falta de preaviso.

STS de 17/06/2014. Situemos los hechos que constituyen objeto de debate en el presente recurso de casación: a) el actor ha prestado servicios como Director de oficina en el periodo 25/03/00 a 20/01/10, como Administrativo entre el 20/01/10 y el 31/07/10 y como Gestor Comercial desde el 01/08/10; b) la empresa demandada -hoy «Caixabank, SA»- ha abonado al demandante la retribución variable por objetivos, según las distintas funciones desarrolladas y periodos trabajados en el curso del año 2010; y c) que el Protocolo de Integración-Cierre de Oficinas se compromete al mantenimiento de conceptos retributivos y pluses vinculados al puesto durante un periodo de doce meses. La STSJ Andalucía/Málaga 07/03/2013 [rec. 1672/12 ], revocó la desestimatoria que con fecha 13/04/12 había dictado el J/S nº 9 de los de Málaga [autos 961/11] y declaró el derecho del actor a percibir 6.809,97 € por diferencias en la retribución variable del año 2010, «más el interés anual del 10% en concepto de mora desde el 1 de Abril de 2011 hasta la fecha de esta sentencia».

Señalando como referencial la STSJ Madrid 30/01/2001[rec. 3987/2000]. Esta sentencia referencial contempla la situación de un Director de sucursal de Compañía Aseguradora, que tenía una retribución «por objetivos» cuya naturaleza como tal no se cuestionaba y que consta acreditado que al trabajador se le había enviado comunicación en la que se le advertía -para el periodo que posteriormente reclamaría- que «como consecuencia de la política ... en materia de retribución variable para el ejercicio 1999 no le han sido fijados objetivos. En consecuencia, la no fijación de objetivos ha de implicar, necesariamente, la eliminación de la retribución variable que, para el caso de su consecución, venía establecida en el ejercicio anterior». Naturaleza aquella y comunicación ésta que sirven de base a la sentencia de contraste para desestimar la demanda.

Como es fácil observar, esta última circunstancia nos pone en presencia de un claro concepto salarial no consolidado, sino determinado por una condición específica, y que la misma fue expresamente excluida en el periodo objeto de reclamación. Supuesto que en manera alguna guarda sustancial identidad con el de autos, en el que lo que se discute es si la retribución por objetivos está vinculada o no al concreto puesto de trabajo y le alcanza la previsión del ya referido Protocolo sobre su mantenimiento durante el año siguiente al cese, como con todo acierto sostiene el

Ministerio Fiscal. Con lo que se excluye el ineludible presupuesto que -para la viabilidad del RCUD- exige el art. 219 LRJS, requiriendo pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales.

El recurso propone como decisión de contraste la STS 15/03/2005[rec. 4460/2003], que referida al cuestionado recargo por mora en el abono del salario mantiene que sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes». Con lo que ha de apreciarse la existencia de contradicción, porque en ambos casos se trata de reclamación de deudas salariales discutidas -prueba de ello es que en el supuesto de autos la sentencia de instancia desestima la demanda-, pero pese a esa identidad la conclusión a la que llegan en orden a la cuestión ahora tratada es opuesta, pues mientras la decisión recurrida condena al abono de los intereses por mora, la referencial los excluye. Lo que por fuerza nos lleva a resolver la cuestión planteada por el motivo, lo que haremos en el siguiente fundamento.

El criterio que tradicionalmente ha mantenido de la Sala IV, conjugando lo que disponen los arts. 1100 , 1101 y 1108 CC , siempre ha sido -efectivamente- que el recargo por mora al que se refiere el art. 29.3 ET únicamente cabe imponerlo cuando la realidad e importe de la retribución no satisfecha fuesen pacíficamente admitidos por las partes, esto es, cuando se trate de cantidades exigibles, vencidas y líquidas, sin que la procedencia o improcedencia de un abono se discuta por los litigantes, pues «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses» [así, entre las que más recientemente habían tratado el tema, las SSTS 07/05/04 Ar. 4506 ; 27/09/04 Ar. 6329; 15/03/05 -rec. 4460/03-; y 17/11/05 -rec. 290/05-), por lo que ha de reconocerse sólo si la sentencia estima totalmente la reclamación salarial, pero no cuando -contrariamente- la estimación de la demanda es tan sólo parcial (así, STS 01/04/96 Ar. 2974; y ATS 10/06/02 Ar. 7801).

Pero esta doctrina, expresamente basada en criterios igualmente tradicionales de la Sala Primera en interpretación de los referidos preceptos del Código Civil, muy recientemente ha sido influenciada por planteamientos innovadores de la misma

jurisprudencia civil, expresiva de que si «se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega ..., porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos -léase frutos civiles o intereses- no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor», y ésta es una conclusión apoyada por la «existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas» y «la comprobación empírica de que los ... criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada», pero sobre todo por la consideración [ STS I 19/02/04 -rec. 941/98 -] de que «la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial» (así, la STS I 09/02/07 -rec. 4820/99 -, en línea con sus precedentes de 31/05/06 Ar. 3323 , 20/12/05 Ar. 286 , 30/11/05 Ar. 200679 , 03/06/05 - rec. 4719/98-, 15/04/05 Ar. 3242 y 05/04/05 -rec. 4206/98-, que rechazan todo automatismo en la aplicación del brocardo «in illiquidis non fit mora».

Tal moderno planteamiento de la Sala Primera ha sido también acogido por esta Sala IV, en diversas resoluciones. Así, en materia de daños y perjuicios derivados de AT, y refiriéndose al art. 1108 CC [STS 30/01/2008-rcud 414/2007- FJ 7.1]; también en el caso de mejora voluntaria de IT y con idéntica aplicación del interés previsto en el art. 1108 CC [STS 10/11/2010-rcud 3693/2009- FJ 4.2]; e igualmente en el supuesto de indemnización por despido, con idéntica limitación a los intereses del art. 1108 CC [STS 23/01/2013-rcud 1119/2012- FJ 2]. Y en justificación ello afirmábamos en estas últimas decisiones que «... esta flexibilidad aplicativa de la máxima tradicional, todavía con mayor rotundidad ha de tenerse en cuenta en el

campo del Derecho del Trabajo, terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil [lo que justificaría interpretaciones «matizadas» respecto de las que hubiera llevado a cabo la propia jurisdicción civil, aun a pesar de ser ésta la genuina intérprete de las disposiciones del Código], sino que los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil. Y estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1101 y 1108 CC atienda -incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser - supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial». Y con mayor motivo cuando con el interés de demora «no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial [STC 114/1992, de 14/septiembre], sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda» [STC 206/1993, de 22/junio] (citada STS SG 30/01/08 -rcud 414/07 - FJ 7.1).

También hemos de señalar que en un concreto supuesto ya se extendió la doctrina -aplicación objetiva- de los intereses previstos en art. 1108 CC a los de demora contemplados en el art. 29.3 ET , tratándose -como es lógico- de estricta deuda salarial [ STS 29/06/12 -rcud 3739/11 - FJ 3.2]; y que con posterioridad, también en materia retributiva, se recordó nuevamente la moderna y flexible orientación ofrecida por la Sala Primera sobre la regla «in illiquidis», siquiera en el caso se justificó finalmente el abono del interés estatutario por considerar que no había sido razonable de la oposición del empresario, admitiendo la deuda pero alegando la prescripción -judicialmente rechazada- (STS 08/02/10 -rcud 4353/08 -). Pero a la par hemos de reconocer que se excluyen los intereses estatutarios por la vía -más bien tradicional- de argumentar el «tortuoso» camino -conflicto colectivo- que llevó al reconocimiento del plus [ STS 29/04/13 -rcud 2554/12 -, FJ 3]; y a la misma solución se llegó igualmente en materia de horas extraordinarias en el sector de seguridad, por la «enorme litigiosidad» producida en cuestión tan «esencialmente

controvertida» y determinante de dos sucesivos Conflictos Colectivos ( STS 18/06/13 -rcud 2741/12 -).

A la vista de todo ello, singularmente las divergencias -más aparentes que reales- entre las sentencias que se han citado más arriba-, parece imprescindible aclarar la no tan rectilínea doctrina de la Sala. En el sentido de que:

a).- No cabe duda que el interés referido por el art. 1108 CC tiene una naturaleza claramente indemnizatoria, lo que se pone de manifiesto en el hecho de que su importe se limite al legal del dinero, garantizando así la cuando menos legal -ya que no real- «actualización» del débito que haya de satisfacerse, fuese o no discutible su posible devengo.

Por el contrario, aparentemente, en el contexto económico actual -escasamente inflacionario y próximo a la deflación-, el interés fijado por el art. 29.3 ET [diez por ciento de lo adeudado] parece que apunta más directamente -o de forma complementaria- a una finalidad sancionadora para el empresario incumplidor. Pero lo cierto es que a la fecha en que el primitivo Estatuto de los Trabajadores fue promulgado, con el mismo texto que el vigente a fecha de hoy, los datos oficiales proclamaron una inflación considerablemente más alta [15,592 para 1979; y 15,213 % para 1980], aunque el interés legal del dinero fuese en las mismas fechas bastante menor [4%], lo que excluye que en el ánimo del legislador pudiera haber influido aquella intención «sancionadora», sino más bien ofrecer una cierta seguridad jurídica y una compensación por demora que superase la civil.

Es más, a esta interpretación llevan los trabajos parlamentarios, pues si bien el Proyecto de Ley era una simple remisión al régimen del Código Civil [«El interés por mora en el pago del salario será el exigible en las obligaciones civiles»], el texto ofrecido por el dictamen de la Comisión -con mejora de los derechos de los trabajadores, al decir de la enmienda 21 de CD- ya hacía referencia a que en caso de mora en el pago del salario «el empresario deberá indemnizar al trabajador» en la cantidad que se fijase en convenio colectivo o en su caso la jurisdicción competente, «que tendrá en cuenta el importe de la remuneración, cargas familiares y causas que hubieran motivado el retraso». Pero lo cierto es que el texto definitivamente aprobado



-tras la enmienda 509 del PCE- fue la de establecer la cantidad fija del diez por ciento de lo adeudado, que es la consecuencia que en la actualidad sigue vigente.

b).- Por ello, de igual modo nuestra más reciente doctrina se inclina por la aplicación flexible del interés «indemnizatorio» del Código Civil como regla general en toda clase de deudas laborales, de manera tal que el mismo se devengue siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que haya prosperado [bien en todo o bien en parte], en la misma forma la convicción actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno [«El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado»]; cuanto por el importante elemento interpretativo -ya aludido- que significan los trabajos parlamentarios previos «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» [SSTC 108/1986, de 29/Julio, FJ 13 ; 109/1998, de 29/Mayo, FJ 2 ; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7 ; y 90/2009, de 20/Abril , FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto -en este sentido, la Enmienda 21, de CD- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla «in iliquidis»; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado.

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada, por ajustarse su decisión a nuestro vigente criterio de objetiva y automática aplicación de los intereses para toda clase de deudas laborales, y que concretamente, en el supuesto de que no

ostenten naturaleza salarial han de indemnizarse en el porcentaje previsto en el art. 1108 CC [como ya se viene manteniendo desde la 30/01/2008-rcud 414/07-], y que tratándose de créditos estrictamente salariales han de ser compensados con el interés referido en el art. 29.3 ET [como expresamente declaró la STS 29/06/2012-rcud 3739/2011-], se presente o no «comprensible» la oposición de la empresa a la deuda. Doctrina de la que ciertamente se ha apartado la Sala en dos supuestos, pero que ofrecían la excepcional singularidad de que la complejidad del tema había requerido previos conflictos colectivos interpretativos, con un azar procesal que incluso se llega a calificar de «tortuoso», de manera que sus decisiones más que romper con la doctrina general lo que hicieron fue representar una excepción confirmatoria de la propia regla.

## **XVII. RECLAMACIÓN DEL SALARIO**

El Estatuto de los Trabajadores establece como una de las principales obligaciones del empresario, el abono puntual del salario a los trabajadores. No obstante, en caso de impago hemos de tener en cuenta varias cosas:

Un trabajador puede reclamar los salarios adeudado, en el plazo de un año (12 meses) a través de un Esquema del proceso laboral ordinario. Este plazo se aplica tanto para las nóminas impagadas, suplido por gastos, pluses obligatorios no abonados, etc.

En cualquier reclamación ante impago salarial el trabajador ha de iniciar el proceso presentando una papeleta en el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación (SMAC) y el consiguiente La conciliación y el juicio en el derecho procesal laboral. Si no es posible alcanzar un acuerdo o avenencia, el siguiente paso es una demanda seguida por el Proceso monitorio laboral ordinario – esto implicaría que sólo habrá juicio si el empresario se opone a existencia o cuantía la deuda-. En

caso de que no se oponga, tiene 10 días para pagar voluntariamente; en caso contrario se procederá al embargo de sus cuentas bancarias, bienes patrimoniales u otros derechos. Si no hay juicio oral este procedimiento se resuelve en pocos meses.

### Procedimiento monitorio

El Proceso monitorio laboral ordinario es más rápido que el procedimiento ordinario, pero hemos de tener en cuenta que solamente se puede utilizar en Deudas susceptibles de reclamación en el proceso monitorio laboral:

- En reclamaciones frente a empresarios que no se encuentren en situación de concurso.
- En cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada, derivadas de su relación laboral, excluyendo las reclamaciones de carácter colectivo.
- En cantidades que no excedan de 6.000 euros.

### Extinción de la relación laboral ante el impago de salarios.

En caso de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, puede dar lugar a la solicitud de la Extinción del contrato por incumplimiento grave y culpable del empresario. El TS y la normativa no establecen de manera expresa el Límite temporal del impago de salarios de la relación laboral. No obstante, existe un consolidado criterio judicial en el sentido de considerar como punto de partida el impago de tres mensualidades de salario.

Al igual que el supuesto anterior, el plazo de prescripción de la acción resolutoria ante incumplimiento del empresario será de un año

El procedimiento judicial en este supuesto es distinto y seguirá lo siguiente:

1. Presentación de la papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación. Esto es necesario independientemente de que se trate de la reclamación del abono de los salarios adeudados, de la extinción de la relación laboral o ambas pretensiones en el mismo acto.

2. Celebración del acto de La conciliación y el juicio en el derecho procesal laboral. En el caso de alcanzar un acuerdo finalizará en este punto el procedimiento.

3. De no alcanzar acuerdo en el acto de conciliación – o si la empresa no se presentara al mismo - el trabajador debe presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social.

4. Será el Juzgado de Lo Social correspondiente el que emita Sentencia estimando o desestimando las pretensiones del trabajador.

Indemnización y Extinción del contrato por incumplimiento grave y culpable del empresario.

Si el juez estima la demanda por extinción de la relación laboral, el trabajador recibirá una indemnización equivalente a la que recibiría en caso de Despido improcedente. Esta extinción supone la existencia de situación legal de desempleo en idénticas condiciones que los supuestos de despido.

## Insolvencia empresarial

En caso de insolvencia empresarial el Salarios a cargo del FOGASA, se hará cargo de parte de las cantidades adeudadas. En este caso el Fondo abona un máximo de 120 días, utilizándose para el cálculo de las retribuciones a percibir el doble del salario mínimo interprofesional diario, con prorrateo de pagas extraordinarias.

## Reclamación de diferencias salariales por categoría profesional superior.

Siguiendo en el art. 39.2, ET, en relación con el art. 137, LJS podemos concluir que el objeto de este proceso no es otro que la Proceso laboral especial en materia de clasificación profesional por parte de aquél trabajador que haya desempeñado funciones superiores a las inicialmente contratadas por un período superior a seis meses durante un año u ocho meses durante dos años, si a ello no obsta lo dispuesto en el convenio colectivo, o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa.

En esos casos el trabajador ha de Proceso laboral especial en materia de clasificación profesional y del nivel salarial que por Convenio le corresponda. Para la Proceso laboral especial en materia de clasificación profesional ha de seguirse proceso especial de clasificación profesional junto con la subsiguiente Acumulación de la acción de despido y la reclamación de cantidad (Acumulación de acciones en el proceso laboral) de cantidad en concepto de diferencias salariales entre la categoría ostentada y el superior trabajo realizado.

## **XVIII. SALARIO REGULADOR DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO**

El salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes (30 días, si se recibe el salario mensual o 31, 30 ó 28 si se recibe por días) prorrateado con las pagas extras.

En todo caso, la regla general, - de calcular la indemnización por despido sobre el salario real del último mes trabajado en la empresa prorrateado con las pagas extraordinarias - ha de ser revisada en el caso de que existan variaciones circunstanciales o aleatorias como:

- la modificación constante de la jornada.
- la presencia de conceptos salariales variables de mes a mes.
- cuando el salario del último mes sea inferior al legal.

En estos supuestos la unidad temporal elegida será el año, calculándose la cuantía del "salario regulador" en función del promedio salarial anual (Sentencia TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 12/05/2005, Rec. 2776/2004).

A la hora de calcular el salario regulador debemos tener en cuenta igualmente:

- Conceptos excluidos e incluidos (Conceptos computables en la indemnización por despido).
- Existencia de un contrato de puesta a disposición.
- La conclusión de un contrato temporal y suscripción de un contrato indefinido.

- El reconocimiento judicial de relación laboral.

A la hora de calcular el importe de la indemnización por despido no se tienen en cuenta todos los conceptos retributivos que figuran en la nómina del trabajador. Sólo deben incluirse los "conceptos salariales" que el trabajador percibe en su nómina, y deben excluirse otros conceptos de carácter "extrasalarial" o "compensatorio".

Quedan excluidos del cálculo de la indemnización por despido:

- Vacaciones. La parte proporcional relativa a las vacaciones no disfrutadas tiene un carácter compensatorio e indemnizatorio. De acuerdo que el apdo. 1, Art. 26, ET se retribuye un periodo de descanso computable como de trabajo, por lo que no debe incluirlo en el salario módulo de la indemnización por despido. Las vacaciones han de ser retribuidas como tiempo de trabajo por lo que el hecho de que se hubiesen disfrutado o no resulta irrelevante para el cálculo de la indemnización por despido.

- Dietas. De acreditarse que las supuestas dietas encubriesen comisiones u otras retribuciones, el importe adquiriría carácter salarial y se incluiría en el cómputo. La prueba del carácter extrasalarial corresponderá a la empresa (Sentencia TSJ Galicia, Sala de lo Social, nº 5590/2009, de 14/12/2009, Rec. 4362/2009 y Art. 26, Art. 56, ET).

- Abonos por desplazamientos, plus de transporte o gastos de viaje.

- Otros complementos extrasalariales (propinas, los gastos de enseñanza de hijos, las pólizas de seguro, las aportaciones de las empresas a los planes de pensiones, el disfrute del vehículo de la empresa, el plus de manutención, etc.).
- Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.
- Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.
- Tickets restaurantes o bonos de comida. No se consideran salario si el trabajador realiza la comida durante el trabajo por tener jornada partida y no exceden del máximo fiscal posible al compensar gastos del trabajador por comer fuera de su domicilio.
- Disponibilidad de teléfono móvil facilitado por la empresa. Si no consta su utilización para uso personal.
- Mejora voluntaria de la Seguridad Social. Es unánime la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al analizar la naturaleza de las medidas de carácter social establecidas en los Convenios Colectivos o pactos de empresa que mejoran las prestaciones de la Seguridad Social, en el sentido de estimar que la fuente reguladora de tales mejoras son los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de Convenio Colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario. En consonancia con el apdo. 2, Art. 26, Estatuto de los Trabajadores y el Art. 239, LGSS, las cantidades abonadas por seguro médico, o por seguro de vida, están asimiladas a las prestaciones de la Seguridad Social por lo que no pueden ser consideradas como salarios a los efectos indemnizatorios. (Sentencia TSJ Andalucía (Granada), Sala de lo Social, nº 2041/2007, de 18/07/2007, Rec. 1739/2007).



- Las propinas.

Por el contrario quedan incluidos en el cálculo de la indemnización por despido (apdo. 3, Art. 26, ET).

- a) Los conceptos salariales de vencimiento periódico superior al mes.
- b) Las partes proporcionales de las pagas extraordinarias.
- c) El salario en especie.
- d) El correspondiente a las horas extraordinarias por el importe anual anterior prorrateado mensualmente.
- e) Las "stock options", considerando salario "la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado".
- f) El salario de los días inhábiles y festivos.
- g) Las comisiones, debiendo tener en cuenta el promedio del último año, salvo que se acredite la existencia de una causa excepcional (por ejemplo, una baja laboral que prive temporalmente de las comisiones).
- h) Los "bonus" anuales o incentivos por cumplimiento de objetivos, si bien referidos al año anterior. (Sentencias TS, Sala de lo Social, de 24/10/2006, Rec. 1524/2005 y TS, Sala de lo Social, de 05/04/2010, Rec. 606/2009)
- i) Los pluses de antigüedad.
- j) El plus de nocturnidad.
- k) El plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad.
- l) El plus de disponibilidad o de mayor dedicación.

Fijación por sentencia del salario diario.

No se computan en este sentido los posteriores complementos salariales producidos durante la sustanciación del procedimiento de despido por disposición legal o reglamentaria o por convenio. Así, una vez fijada en la sentencia por despido el salario diario del trabajador existente en el momento de su despido, no podrá modificarse en fase de ejecución de sentencia. No obstante, si el empresario decidiera que el trabajador continúe prestando sus servicios durante la sustanciación del procedimiento, en ejecución provisional de la Sentencia, se actualizará el salario regulador por los citados incrementos salariales legales reglamentarios o convencionales. Ahora bien, en todo caso, los incrementos salariales establecidos por el convenio colectivo con efectos retroactivos podrán reclamarse en un procedimiento distinto, pero no formarán parte del salario regulador de la indemnización legal.

Trabajador excedente al que se le niega el ingreso.

En el caso de despido improcedente de un trabajador excedente al que se le niega el ingreso por el empresario, el salario regulador de la indemnización por despido improcedente será el que debía haber podido percibir en el momento del reingreso y no el que rigiera en el pasado.

El Tribunal Supremo tiene establecido que: "el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido", pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la Sentencia y, en consecuencia, es "en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la Ley una reclamación inadecuada" (entre otras las Sentencias de 10 de diciembre de 1986, 7 de diciembre de 1990, 3 de enero de 1991 y 25 de febrero de 1993).

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1989 tiene señalado también que: "el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa", en la mayoría de los casos por la imperativa aplicación del Convenio Colectivo como norma mínima e irrenunciable y la Sentencia de 2 de febrero de 1990 precisa que sería contrario al principio de buena fe aceptar la actuación de la empresa que reduce unilateralmente el salario para perjudicar al trabajador no sólo en sus retribuciones, sino incluso en el importe de la indemnización por extinción de la relación laboral.

Finalmente, el Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de 18 de enero de 1984, 18 de septiembre de 1984 y 18 de julio de 1986, tiene declarado que en los supuestos de despido el salario que ha de tenerse en cuenta a los efectos de fijar la indemnización procedente y los salarios de tramitación debe ser el que percibiera el trabajador despedido en la última nómina abonada, al que había de añadirse el prorrateo de las pagas extraordinarias.

En todo caso, la regla general ha de ser revisada en el caso de que existan variaciones circunstanciales o aleatorias como:

- la modificación constante de la jornada
- la presencia de conceptos salariales variables de mes a mes
- cuando el salario del último mes sea inferior al legal.

En estos supuestos la unidad temporal elegida será el año, calculándose la cuantía del "salario regulador" en función del promedio salarial anual (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2005, Rec. 2776/2004).

## **XIX. COTIZACIÓN DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN**

Cuando el despido sea declarado improcedente en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. El empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

Cuando se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, el propio empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos (apdo. 6, 268, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

- Responsable: El empresario (268, LGSS) en los supuestos de despido improcedente cuando el empresario opte por la readmisión.
- Cotización de los salarios de tramitación: Según Orden de cotización anual (Art. 29, Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero).
- Plazo: Según el apdo. 1.c).4. ° Art. 56, Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia, del auto judicial o del acta de conciliación.

- Cantidad a abonar: Salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia.

### Supuestos

En los supuestos de despido improcedente, cuando el empresario opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación.

### Cantidad

Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación (Art. 56, ET).

Cotización alta y baja durante el período correspondiente a los salarios de tramitación

El propio empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos (apdo. 6, 268, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre). Es decir, el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación, sin perjuicio de su derecho a reclamar del Estado el importe de las cuotas correspondientes a dichos salarios (apdo. 2, Art. 57, ET).

### Ingreso de cuotas

El ingreso de las cuotas correspondientes se efectuará en el plazo previsto en el del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social.

plazo reglamentario para el ingreso de las cuotas correspondientes a salarios de tramitación, que deban abonarse como consecuencia de procesos por despido o extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, finalizará el último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia, del auto judicial o del acta de conciliación. (Apartado 1. c. 4, Art. 56, Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

#### Plazo

El plazo reglamentario para el ingreso de las cuotas correspondientes a salarios de tramitación, que deban abonarse como consecuencia de procesos por despido o extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, finalizará el último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia, del auto judicial o del acta de conciliación (apdo. c), Art. 56 ET).

#### Sujeto responsable

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación (Art. 56, ET y apdo. 6, 268, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, sin perjuicio de su derecho a reclamar del Estado el importe de las cuotas correspondientes a dichos salarios (apdo. 2, Art. 57 ET).

### **XX. COTIZACIÓN DE SALARIOS CON CARÁCTER RETROACTIVO**

Cuando hayan de abonarse salarios con carácter retroactivo, el ingreso de las liquidaciones que deban de efectuarse a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de

Garantía Salarial y formación profesional, como consecuencia de ellos, se realizará en los plazos señalados en el artículo 56.1.c) del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio

El pago retroactivo de salarios en la práctica supone el ingreso de la diferencia entre la cantidad que se le pagó al trabajador en su momento y la cantidad que realmente debería haber percibido. Estos pagos suelen venir en una nómina propia en concepto de “atrasos”, pero puede surgir por varias razones:

- Actualización salarial dispuesta en el convenio colectivo.
- Condiciones laborales vigentes no aplicadas (a modo de ejemplo.: falta de aplicación de la subida de IPC establecida con carácter anual en convenio).
- Subida salarial por voluntad del empresario con carácter retroactivo (a modo de ejemplo: cantidades abonadas como compensación de una prestación de servicios durante cierto tiempo).
- Ante la aplicación de categoría salarial o retribuciones indebidas (a modo de ejemplo.: retribución por categoría laboral inferior a la que le corresponde según la actividad laboral o q pagado las horas extras por debajo de las cantidades establecidas en convenio).

Siguiendo el Art. 27, Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero:

- En estos supuestos, el ingreso se efectuará mediante la correspondiente liquidación complementaria, a cuyo fin se tomarán las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en los meses a que los citados salarios correspondan.

- De igual forma se liquidarán aquellas gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente, a efectos del prorrateo, a cuyo fin las empresas deberán formalizar una liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, e incrementar, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico del año 2017.

- Las liquidaciones complementarias a que se refieren los apartados anteriores se confeccionarán con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos.

Plazo reglamentario para el ingreso de las cuotas a la Seguridad Social en caso de abono de salarios con carácter retroactivo

El plazo reglamentario para el ingreso de las cuotas por incrementos de salarios, modificaciones de las bases, conceptos y tipos de cotización que deban aplicarse con carácter retroactivo o por las que pueda optarse en el plazo establecido al efecto, en virtud de disposición legal, acta de conciliación, sentencia judicial o por cualquier otro título legítimo, finalizará, salvo que en dichas normas o actos se fije otro plazo, el último día del mes siguiente al de la publicación en el boletín oficial correspondiente de las normas que los establezcan, al de agotamiento del plazo de opción, al de la notificación del acta de conciliación o de la sentencia judicial o al de la celebración o expedición del título (apdo. 1. c), Art. 56 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio y Orden anual).



De igual forma se liquidarán aquellas gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente, a efectos del prorrateo mensual, a cuyo fin las empresas deberán formalizar una liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, e incrementar, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico en curso.

Las liquidaciones complementarias a que se refieren los apartados anteriores se confeccionarán con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos.

## **XXI. GARANTIAS SALARIALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO**

En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Art. 57, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre)

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal amplía los procedimientos que se tramitan ante el juez del concurso, según lo establecido en el art. 64 de la Ley Concursal, contemplando a partir de ahora los procedimientos de reducción de jornada. (Hasta ahora se incluían los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, traslados colectivos y expedientes suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales).

El principio de universalidad que informa la Ley Concursal conlleva que el juez competente por razón de la materia en relación al concurso dirima todas las cuestiones que puedan guardar relación con el concurso, como son las relaciones laborales. En todo aquello no previsto la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se aplicará la legislación laboral.

Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso.

Dentro de los 3 días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados (La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales) para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en el Art. 64, Ley Concursal. Las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado.

Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los Art. 51, ET o Art. 47, ET o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

Partes legitimadas

Son la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales.

Podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

La representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el apdo. 4 Art. 41, ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Transcurridos los plazos indicados en el referido artículo sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.

#### Informe de la administración concursal

La solicitud de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de la Ley Concursal, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

#### Solicitud

La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación.

#### Período de consultas

Recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a 30 días naturales, o a 15, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores.

En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas.

Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrá interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.

Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apdo. 4 Art. 64, Ley Concursal y de los documentos que en su caso se acompañen.

El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

Acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.

El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas.

En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.

Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

#### Resolución por parte del juez

Cumplidos los trámites establecidos en el Ley Concursal, el juez resolverá en un plazo máximo de 5 días, mediante auto, sobre las medidas propuestas, aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la

existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los arts. 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

## Recursos

Contra el auto del juez, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley de Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral.

El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Derecho del trabajador de rescindir contrato por modificación sustancial de carácter colectivo

Los trabajadores que vean modificadas sus condiciones de trabajo sustancialmente podrán rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses, según lo establecido en el apdo. 3 Art. 41, ET

En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el Art. 41, ET, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto, reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.



Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a 12 meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

#### Extinción de contratos individuales

Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del Art. 50, ET, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en el Art. 64 Ley Concursal, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.

## **XXII. DESCUELQUE DE LAS CONDICIONES DEL CONVENIO SOBRE LA FECHA DEL PAGO DEL SALARIO**

La AN en su sentencia de 7 de abril de 2017 (Rec 46/2017), desestima la demanda de la empresa impidiendo la inaplicación de condiciones laborales pretendida consistente en el desplazamiento de la fecha de abono de la paga de Navidad 2016 desde el 15 de diciembre de 2016 al 30 de enero de 2018, y el fraccionamiento del pago de las nóminas mensuales en dos partes equivalentes al 50% de su cuantía, y el desplazamiento de su abono.

Para la Sala de lo Social, no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración y cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente la norma, el sistema de remuneración, son los criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos, pero nunca se refieren a la fecha de pago por la prestación del trabajo, pues en otro caso el legislador habría optado por referir «la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivos». Concluyendo que el aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad así como del abono del salario pactado, no son materias susceptibles de incardinarse en el sistema de remuneración motivo por el cual no caben dentro del mecanismo previsto en el apdo. 3, Art. 82.

¿Qué medidas de inaplicación de las condiciones del convenio encuentran cabida dentro de las materias recogidas en apdo. 3 Art. 82, ET. Citando la Sentencia Social Nº 103/2015, AN, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 228/2013, 09-06-2015, la reciente sentencia analizada recuerda que los convenios colectivos estatutarios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, excepcionando dicha obligación [cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que se alcance acuerdo con los representantes legitimados de los trabajadores

(apdo. 1, Art. 87, ET ), previo período de consultas en los términos del apdo. 4, Art. 41, ET], para inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa y fuere cual fuere el número de trabajadores implicados, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el Art. 39 de esta Ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Este listado de materias como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial (Sentencia Social TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 90/2012, 27-05-2013) es susceptible de interpretación extensiva. No obstante, en relación al «sistema de remuneración y cuantía salarial», entiende la Sala de la AN que en orden a la fecha de pago de los salarios y pagas extraordinarias, no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración y cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente la norma, el sistema de remuneración, son los criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos , pero nunca se refieren a la fecha de pago por la prestación del trabajo, pues en otro caso el legislador habría optado por referir «la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivos».

Por tanto, la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, no puede tener encaje en dicho precepto ya que se encuentra dentro de los derechos básicos de la relación de trabajo que el apdo. 2 f), Art. 4, el ET reconoce a los trabajadores. Cuya liquidación y pago no podrá exceder de un mes (Art. 29, ET) y por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, el Art. 31, ET concreta que una de las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador es con ocasión de la fiesta de Navidad, pudiéndose prorrateadas las pagas en 12 mensualidades, preceptos acordes con el mandato contenido en el artículo 12 del convenio nº 95 de la OIT.

No hay posibilidad de descuelgue de las condiciones del convenio sobre la fecha del pago del salario. Sentencia SOCIAL Nº 51/2017, AN, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 46/2017, 07-04-2017

### **XXIII. EMBARGO DE SALARIO A UN TRABAJADOR**

Los apdo. 2, Art. 27, Estatuto de los Trabajadores y apdo. 1, Art. 607, Ley de Enjuiciamiento Civil establecen que el salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable como medida protectora del salario frente a los acreedores del trabajador. De igual manera son inembargables el mobiliario, libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión y oficio del deudor, así como el salario, jornal, sueldo, pensión, retribución o su equivalente que no exceda del SMI (Art. 592-Art. 605-607, LECiv).

Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre: Fijación del salario mínimo interprofesional para 2017. El Gobierno fijará, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el salario mínimo interprofesional para 2017 con un incremento del 8 por ciento respecto del

establecido por el Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2016. Asimismo, el Gobierno determinará la afectación de dicho incremento a las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en los convenios colectivos vigentes a la fecha de entrada en vigor del real decreto que apruebe el salario mínimo interprofesional para 2017, así como en normas no estatales y en contratos y pactos de naturaleza privada.

El Salario Mínimo Interprofesional SMI vigente, sería la cantidad inembargable, actuando con el exceso según la siguiente tabla:

Tramo del Salario mínimo	Inembargable
--------------------------	--------------

Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional	30 %
---	------

Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional	50 %
--	------

Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional	60 %
--	------

Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional	75 %
--	------

Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía	90 %
---	------

Para el cálculo de la cuantía inembargable debemos tener en cuenta:

- La rebaja de entre un 10 a un 15 % en los porcentajes establecidos anteriormente que el tribunal podrá aplicar en atención a las cargas familiares del ejecutado.

- Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable.

- Serán acumulables, igualmente, los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rijan no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al tribunal (Apdo. 1, Art. 607, LECiv y apdo. 1, Art. 44, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

- Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo.

- Del mismo modo, será de aplicación todo lo citado con anterioridad sobre los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas (Apdo. 6, Art. 607, LECiv).

- Cuando el salario supere el SMI y el embargo tenga por objeto hacer efectivas prestaciones alimenticias a favor de los hijos o cónyuge del deudor, el juez podrá autorizar el embargo de sueldos y pensiones con preferencia sobre los demás bienes y derechos excepto el dinero.

- En caso de que el salario no supere el SMI, podrá embargarse para el pago de las prestaciones alimenticias en virtud de resolución de los Tribunales (Art. 608, LECiv):

Una vez embargada la parte proporcional de sueldo no garantizada, conforme la escala anterior, si concurre una nueva deuda, no es posible embargar el resto pues éste debe quedar siempre libre de responsabilidad.

En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 129 Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en el mismo título ejecutivo, la cantidad inembargable (SMI del año en curso según apdo. 1, Art. 607 LECiv) se incrementará en un 10 por 100 y además en otro 20 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario ni pensión. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala citada anteriormente (apdo. 2, Art. 607, LECiv).  
Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril

## **XXIV. REGULACIÓN DEL EMBARGO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN**

En relación a los salarios de tramitación, dada su naturaleza indemnizatoria y no salarial, estaríamos ante un embargo de cantidad y no ante un embargo de salarios, por lo que las cantidades serán embargables, con independencia de su carácter exento, sin que sea procedente la aplicación de los límites del artº 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el embargo de sueldos, salarios o pensiones.

El 607.1 Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional". Dado que los salarios de tramitación no tienen estrictamente naturaleza salarial; la jurisprudencia viene reiterando la naturaleza indemnizatoria, por ello, los salarios de tramitación nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial. En suma, dada su naturaleza indemnizatoria y no salarial, parece que estaríamos ante un embargo de cantidad y no ante un embargo de salarios. STSJ Cataluña 21/10/2002 (R. 722/2002 - SIB-73497 -).

El límite de embargabilidad, establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los sueldos o salarios, se refiere a lo que se va percibiendo periódicamente y que constituye el mínimo vital que sirve de sustento al perceptor, persiguiéndose con dicha medida no privarle de dicho medio de vida. El salario pretende, como es obvio, la remuneración del trabajo. Y al tiempo que retribuye el trabajo, el salario tiene una misión político-social, la de procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador, resaltando la Constitución Español el derecho de los trabajadores "a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia" (apdo. 1, Art. 35, Ley de Enjuiciamiento Civil). Esta función de signo económico social -la de sustentación del trabajador- tiende a garantizarse a través de diversos mecanismos: fijación de salarios mínimos, inembargabilidad, carácter de crédito privilegiado,



protección frente a la mora, creación de fondos garantizadores de salarios en caso de insolvencia patronal, etc.

Con los salarios de tramitación se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de despido y durante la instrucción del despido correspondiente.

## **XXV. RECLAMACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN AL ESTADO EN JUICIOS POR DESPIDO**

El procedimiento para reclamación al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido se encuentra regulado desde 19/06/2014 por el Real Decreto 418/2014, de 6 de junio.

### **Nota histórica y concepto de salarios de tramitación**

Como se desarrolla en el comentario "Salarios de tramitación", la regulación de los salarios de tramitación con anterioridad al 12/02/2012 se basaba, en que tras la interposición de la demanda por despido por parte del trabajador para que judicialmente se reconociese la improcedencia del mismo, si el juez de lo Social dictaba sentencia reconociendo esa improcedencia el empresario venía obligado a abonar al trabajador los salarios de tramitación que hubiesen corrido desde la fecha del despido hasta el momento en que se hubiese declarado la improcedencia del mismo. Si durante ese tiempo el trabajador hubiese percibido la prestación por desempleo venía obligado a devolver la misma a los servicios de empleo y tenía

derecho a volver a solicitar la prestación si es que el empresario no optaba por la readmisión.

La nueva redacción aportada al Art. 56, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la Reforma Laboral 2012 (18, Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero), implicó que desde esa fecha, se tendrá derecho a percibir la prestación por desempleo desde el día en que el empresario decida extinguir la relación laboral. Si el trabajador interpone demanda para solicitar la declaración judicial de la improcedencia del despido, esta es reconocida y el empresario no opta por la readmisión no se abonarán salarios de tramitación ya que el trabajador percibió prestación por desempleo, de este modo, el trabajador no se verá obligado a abonar al INEM la prestación recibida durante ese período.

Especificado todo lo anterior la publicación del real decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al estado por salarios de tramitación en juicios por despido (BOE núm. 147, de 18 de junio de 2014), abordar una nueva regulación del procedimiento que, adaptada a la normativa actual, permite la resolución de las reclamaciones y, en su caso, el abono de las cantidades por este concepto en tiempos razonables.

El procedimiento sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido será de aplicación en el supuesto en que la sentencia del órgano jurisdiccional competente que por primera vez declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde que se tuvo por presentada la demanda. Una vez firme la sentencia, y siempre que se opte por la readmisión del trabajador, se podrán reclamar al Estado los salarios de tramitación pagados al trabajador –o no pagados en caso de insolvencia provisional del empresario– y las cuotas a la seguridad social correspondientes a los salarios de tramitación que excedan de dicho plazo.

Legitimación para presentar la reclamación de salarios de tramitación al Estado en juicios por despido.

Estarán legitimados para presentar la reclamación, tanto el empresario que, habiendo readmitido al trabajador despedido con carácter improcedente, haya pagado los salarios de tramitación, como el propio trabajador despedido, en caso de insolvencia provisional del empresario.

Competencia para procesos de reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido.

## **XXVI. LA NOMINA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El empresario tiene la obligación de facilitar al trabajador, junto con el salario, un recibo de salarios, que se ajustará al modelo establecido por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o al que en su sustitución se establezca por convenio colectivo o, en su defecto, que por acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores se establezca otro modelo que contenga, con la debida claridad y separación, las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan.

El 11 de noviembre de 2014 se publicó la Orden Ministerial 2098/2014 que modificó el antiguo modelo oficial de recibo de salarios del 27 de diciembre de 1994. El cambio del modelo ha supuesto la aparición de nuevos conceptos como es la aportación del empresario a la Seguridad Social. Este cambio da cumplimiento a lo previsto en el

artículo 104.2 de la Ley General de la Seguridad Social, añadido por la Ley 27/2011 de 1 de agosto sobre actuación, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

Dicho artículo establece que, en los justificantes de pago de sus retribuciones, el empresario deberá informar a los trabajadores de la cuantía total de la cotización a la Seguridad Social indicando la parte de la cotización que corresponde a la aportación del empresario y la parte correspondiente al trabajador.

Se consideran ajustados al modelo oficial los recibos de salarios que, sin eliminar ninguno de los conceptos contenidos en el citado modelo ni alterar su denominación, contengan modificaciones de carácter puramente formal o incluyan elementos adicionales de información al trabajador sobre la retribución percibida.

El recibo de salarios se referirá a meses naturales. Las empresas que abonen a los trabajadores salarios por periodos inferiores deberán documentar dichos abonos como anticipos a cuenta de la liquidación definitiva, que se extenderá en el recibo mensual de salarios.

En la nómina han de constar los datos identificativos del trabajador, como nombre, apellidos, categoría y grupo o tarifa, dado que el recibo de salarios es individual.

El recibo de salarios ha de ir firmado por ambas partes, por la empresa o su administrador, con el sello correspondiente, y por el trabajador.

Dicha firma no significa conformidad en cuanto al contenido del recibo o nómina, pero quien lo impugne correrá con la carga de la prueba, es decir, deberá probar todo aquello que sea contrario a lo expresado en la nómina.

El recibo de salarios será firmado por el trabajador al hacerle entrega del duplicado del mismo y abonarle, en moneda de curso legal o mediante cheque o talón bancario, pudiendo el trabajador incluso exigir que el cheque sea nominativo, las cantidades resultantes de la liquidación. La firma del recibo dará fe de la percepción por el trabajador de dichas cantidades, sin que suponga su conformidad con las mismas.

Cuando el abono se realice mediante transferencia bancaria, el empresario entregará al trabajador el duplicado del recibo sin recabar su firma, que se entenderá sustituida, a los efectos previstos en el apartado anterior, por el comprobante del abono expedido por la entidad bancaria.

El lugar de pago deberá ser el local o establecimiento de la empresa.

Es jurisprudencia reiterada y habitual:

“Que el único medio de probar el pago de una deuda es la posesión del título acreditativo, ya que el derecho acreedor va unido a dicho título”.

Todo lo contenido en la nómina se presume cierto, salvo prueba en contrario, que correrá a cargo de la parte impugnante.

Los salarios tienen la naturaleza jurídica de créditos privilegiados a todos los efectos.

El recibo individual justificativo del pago de salarios deberá consignar, en primer término, el importe total correspondiente al periodo de tiempo a que se refiera, que no podrá exceder de un mes; en segundo lugar, la especificación de lo que corresponde al salario base y, en su caso, de los complementos adecuadamente diferenciados, así como de las deducciones que procedan.

Los recibos de salarios expedidos se archivarán y conservarán por las empresas, junto con los boletines de cotización a la Seguridad Social, durante un periodo mínimo de cuatro años, a fin de permitir las comprobaciones oportunas.

## **2. CONCEPTO**

La nómina es un sistema de contabilidad manual que consiste en una relación nominal de cada uno de los individuos que en una empresa deben percibir sus haberes.

Llamada también "Recibo Justificativo del Pago de Salarios", es en definitiva un recibo por el que la empresa acredita y justifica el abono de las diferentes cantidades que conforman el sueldo o salario de un trabajador.

Por Ley todas las empresas están obligadas a entregar este documento a cada uno de sus trabajadores y hacer constar en él todos los pagos que éstos perciban por su trabajo.

El procedimiento de nómina consiste en determinar el valor bruto devengado por cada asalariado, efectuar las deducciones que correspondan, calcular el valor neto a pagar y mantener un registro individual de lo devengado por cada empleado.

Además de esto, la Empresa necesita un resumen de nómina para cada periodo y generalmente una distribución de los costos de nómina por departamento o sección, por producto o por clasificación en función de los diferentes procesos productivos.

Aunque existe un modelo oficial de nómina, las empresas pueden utilizar otras variantes similares. El modelo en todo caso no se diferenciará mucho del oficial y está formado por tres grandes bloques: encabezamiento, devengos y deducciones.

### **3. ENCABEZAMIENTO**

En él deben ir reflejados los datos de la empresa: nombre o razón social, domicilio, NIF o CIF y el Código de Cuenta de Cotización de la Seguridad Social. Y del trabajador: nombre y apellidos, número de afiliación a la Seguridad Social, NIF y sobre todo:

a) Categoría Profesional: es uno de los elementos más determinantes para el sueldo final, ya que, el salario base depende de ella. Para saber si una persona está encuadrada en la categoría que le corresponde, se debe comparar las funciones o tareas que desarrolla en su puesto de trabajo con las descritas para categoría en el convenio colectivo de su sector.

b) Puesto de trabajo: indica la tarea que realiza la persona en la Empresa. Debido a la distinta valoración de los puestos de trabajo que hace cada empresa, dos personas con idéntica categoría profesional y que trabajen en el mismo sector pueden tener sueldos diferentes, aunque el salario base sea el igual.

c) Antigüedad en la empresa: influye en el cálculo de conceptos como el plus de antigüedad (hoy día en vías de extinción), los ascensos, los premios y sobre todo en las indemnizaciones por despido.

d) Código de contrato: que indica la modalidad bajo la cual está contratado el trabajador.

e) Grupo de cotización: que indica en que base de cotización a la Seguridad Social está encuadrado el trabajador.

f) Periodo de liquidación.

#### **4. DEVENGOS**

Este segundo bloque de la nómina es el que se refiere a los devengos, que son las cantidades que recibe el trabajador por diferentes conceptos.



Hay dos tipos de devengos: los que cotizan a la Seguridad Social (percepciones salariales, que incluyen el salario base y los complementos salariales) y los que están excluidos de cotización (percepciones no salariales).

El salario base no lo establece la empresa, sino que cada categoría profesional lo tiene fijado en el convenio colectivo correspondiente de su sector. Aunque hay actividades que no están encuadradas en ningún convenio específico y que quedarían por tanto fuera de normativa, para estos casos el Gobierno de turno fija un Salario Mínimo Interprofesional.

Lo que marca la diferencia entre los sueldos son los complementos salariales y existen varios tipos:

- a) Personales: están en relación con las condiciones del trabajador. Entre otros están la antigüedad, idiomas, titulaciones y todos aquellos que la empresa crea conveniente incluir para mejorar el sueldo de una persona.
- b) Por puesto de trabajo: son pluses asociados a algunos puestos, peligrosidad, nocturnidad, responsabilidad especial.
- c) Por calidad/cantidad de trabajo: aquí estarían incluidos los incentivos por rendimiento o por objetivos, los pluses de puntualidad, horas extras.
- d) De vencimiento periódico superior al mes, en este concepto se engloban las pagas extraordinarias y las posibles participaciones en los beneficios anuales de la empresa.

e) En especie, aquí se englobarían las percepciones que reciba el trabajador en bienes distintos al dinero: casa, manutención, etc.

En los devengos también deben constar las percepciones de carácter asistencial y acción social de las empresas que aunque no formen parte del salario si están sujetas a cotización a la Seguridad Social.

Igualmente deben constar en los devengos las percepciones exentas de cotización a la Seguridad Social tales como:

- Indemnizaciones o suplidos
- Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social
- Indemnizaciones por traslados
- Suspensiones o despidos
- Dietas, gastos de viaje, locomoción, plus transporte

La suma total de todas las cantidades anteriormente citadas conforman la cifra total de remuneración que aparece como "total devengado".

Pero a esa cantidad hay que aplicarle los descuentos legales correspondientes.

## **5. DEDUCCIONES**

- Aportaciones del trabajador a la Seguridad Social, que se calculan en función de la base de cotización determinada por los conceptos salariales.
- Retención a cuenta del I.R.P.F.
- Anticipos
- Valor de los productos en especie

La suma total de las deducciones se restarán del total devengado y ello dará la cantidad "líquido a percibir".

## **XXVII. EL RECIBO DEL SALARIO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La estructura del salario se establece mediante la negociación colectiva o, en su defecto, en el contrato individual. Deberá comprender:

El salario base

La retribución fijada por unidad de tiempo o de obra. Si existe convenio colectivo aplicable, el salario base vendrá determinado por el salario establecido en

convenio para la categoría del trabajador. En defecto de convenio, el salario base estará determinado por pacto individual y, si no se hubiese establecido pacto alguno, estará constituido por el SMI vigente.

#### Complementos salariales

- La retribución fijada en función de circunstancias relativas a:
- Las condiciones personales del trabajador
- Al trabajo realizado
- A la situación y resultados de la empresa

Puede pactarse que sean consolidables o no, no teniendo el carácter consolidable, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

Entre los complementos salariales que normalmente se pactan en la negociación colectiva, cabe destacarse:

- 1 Antigüedad
- 2 Pagas extraordinarias
- 3 Participación en beneficios
- 4 Pluses de distancia y transporte

5 Complementos del puesto de trabajo, como penosidad, toxicidad, peligrosidad, turnos, trabajo nocturno, etc.

6 Primas a la producción por calidad o cantidad de trabajo

7 Manutención

8 Alojamiento

9 Residencia en provincias insulares, Ceuta y Melilla, etc.

Cuando los salarios realmente percibidos en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional, operará el principio de compensación y absorción entre ellos.

## **2. DEVENGOS**

Dentro del recibo de salarios, la primera parte está constituida por los devengos computables al trabajador durante el periodo correspondiente. Dentro de estos devengos están las percepciones salariales y las percepciones no salariales. La suma de ambos conceptos nos dará el total devengado.

### **a. PERCEPCIONES SALARIALES**

Dentro de las percepciones salariales se distinguen los siguientes conceptos: salario base, complementos salariales, horas extraordinarias, horas complementarias, gratificaciones extraordinarias (pagas extraordinarias) y salario en especie.

## **1. SALARIO BASE**

El salario base puede estar constituido por:

- El SMI
- Lo establecido por el convenio colectivo aplicable; salario de convenio
- Lo pactado en contrato individual

Cláusula de descuelgue. En relación con el salario de convenio. Existe la posibilidad de que no se apliquen las condiciones establecidas en un convenio colectivo sea de sector o de empresa cuando concurren causas técnicas, organizativas, productivas o económicas; en este último caso, se entenderá que existen causas económicas cuando exista una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos (Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

## **2. COMPLEMENTOS SALARIALES**

Aparte del salario base, la remuneración del trabajador puede estar integrada por una serie de complementos salariales fijados mediante negociación colectiva o, en su defecto, mediante contrato individual, en función de:

- Circunstancias personales del trabajador
- Circunstancias del trabajo realizado
- Situación y resultados de la empresa

El carácter consolidable de los mismos viene determinado por el convenio colectivo aplicable, rigiendo en su defecto la regla de no consolidación de los complementos vinculados al puesto de trabajo y a la situación o resultados de la empresa.

### **3. COMPLEMENTOS PERSONALES**

Se basan en una cualificación personal o profesional del trabajador, no contemplada en la determinación del salario base e independientes del puesto de trabajo y de las funciones que realiza.

El ETT establece que los complementos personales se determinarán por negociación colectiva o, en su defecto, mediante contrato individual y se calcularán de acuerdo con los criterios igualmente pactados.

La negociación colectiva también se ocupará de determinar la naturaleza consolidable, o no, de estos complementos.

Complementos derivados de la posesión de títulos, idiomas, etc.

Aunque estos complementos han sido tradicionalmente considerados como personales, en rigor, se trata de factores que cualifican la prestación de trabajo y podrían considerarse vinculados al puesto. Esto tiene su importancia en cuanto que, al derivarse su regulación a la negociación colectiva, si el convenio los califica como

complementos del puesto, serían tratados como no consolidables salvo pacto en contrario.

Por otra parte, su reconocimiento no está sujeto a la discrecionalidad del empresario, pues es suficiente que concurra alguna de estas peculiaridades en la persona del trabajador para que nazca el derecho a su percepción.

#### Antigüedad.

El complemento de antigüedad se determina por convenio colectivo, pacto entre los representantes de los trabajadores y la Dirección de la empresa o, en su defecto, pacto en el contrato de trabajo.

Los pactos regulan tanto el momento en que se produce el devengo temporal del complemento (trienios, cuatrienios, etc.) como la fórmula de cálculo aplicable para su determinación (porcentaje sobre salario base, cantidades alzadas, etc.).

En cualquier caso, dentro del cómputo de la antigüedad hay que incluir:

- El tiempo de vinculación con contrato en prácticas y con contrato para la formación cuando el trabajador se incorpora a la empresa sin solución de continuidad.

- El periodo de prueba.

- El tiempo de excedencia forzosa.



La totalidad de tiempo trabajado con contratos temporales sucesivos o con escasa o ninguna interrupción temporal entre ellos.

#### Complementos por razón del puesto de trabajo

Estos complementos se pactarán mediante negociación colectiva o, en su defecto, contrato individual.

La característica más importante es su naturaleza funcional no consolidable, salvo pacto contrario. Esto significa que dura lo que dure la titularidad del puesto o la causa que origine el derecho al mismo, y que se pierde cuando se cambia de puesto o desaparece la causa. No constituye, por tanto, un derecho adquirido ni una condición más beneficiosa.

Dentro de estos complementos, conviene destacar:

#### Plus convenio

Es uno de los más utilizados en la negociación colectiva. En general, no se condiciona a ningún factor causal, sino que se adiciona al salario base correspondiente en función de la categoría profesional.

#### Plus de nocturnidad

Se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana.

El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario establecido se haya fijado atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo con descansos retribuidos.

El trabajo nocturno puede adoptar alguna de las siguientes modalidades:

Realizar normalmente una parte no inferior a 3 horas de la jornada diaria de trabajo en periodo nocturno.

Realizar en dicho periodo nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada anual.

En todo caso, la jornada nocturna no puede exceder las 8 horas diarias de promedio en un periodo de referencia de 15 días.

Existen diversos supuestos en los que puede realizarse una jornada nocturna superior:

Ampliaciones de jornada:

-Empleados de fincas urbanas

- Guardas y vigilantes no ferroviarios
- Trabajo en el campo
- Comercio y hostelería
- Transportes y trabajo en el mar
- Trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás
- Transportes por carretera, aéreo y ferroviario
- Trabajos en condiciones especiales de aislamiento
- Trabajos en actividades con jornadas fraccionadas

Prevención y reparación de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.

En el trabajo a turnos, en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

Los medios para ampliar la jornada nocturna solo pueden ser:

Horas extraordinarias. En este caso, es independiente la forma de compensación de las mismas que hubieran acordado las partes.

Ampliación del periodo de referencia de 15 días, con sujeción a las condiciones y límites siguientes: prohibición de superar la jornada de 8 horas diarias de trabajo efectivo, de promedio, dentro de periodos de referencia distintos; reducción de la

jornada de trabajo de los trabajadores afectados, si se ha ampliado con horas extraordinarias, en los días subsiguientes hasta alcanzar el referido promedio en el periodo de referencia correspondiente

Plus de penosidad, peligrosidad, toxicidad o similares

La calificación de un puesto de trabajo como penoso, tóxico o peligroso viene determinada por convenio colectivo o pacto individual. También, ante la ausencia de previsión por las partes, el juzgado de lo social puede pronunciarse al respecto.

Esto significa que, si las circunstancias citadas se dan en el puesto de trabajo de forma evidente o con cierta habitualidad, el derecho a percibir el complemento se devengará no impidiendo para ello el que el empresario adopte determinadas medidas de seguridad o dispositivos protectores para evitar siniestros o prevenir determinados riesgos.

La finalidad de este complemento es compensar económicamente la realización de trabajos en unas condiciones que pueden resultar nocivas para la salud. Esto implica que solo se causará derecho a su percepción los días efectivamente trabajados bajo dichas circunstancias. La cuantía del complemento vendrá fijada en el convenio colectivo de aplicación.

Prima de responsabilidad

Premia la exigencia de responsabilidad que puede exigir la realización de un determinado trabajo. Se determina su cuantía por convenio colectivo o pacto individual.

#### Complemento de disponibilidad horaria

Este complemento no responde a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a una característica del puesto de trabajo que obliga al trabajador a una disponibilidad habitual o a estar localizable telefónicamente y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo. Por tanto, no debe confundirse con aumento de jornada.

Los convenios colectivos pueden recoger el abono de este complemento de forma individual.

#### Complemento de disponibilidad funcional

Mediante este complemento, se retribuye el mayor esfuerzo que significa para el trabajador la disponibilidad para realizar otras funciones distintas a las inicialmente pactadas.

Su devengo no se limita solo a los días en que tales funciones se realicen, sino a todos. Este complemento, también denominado plus de polivalencia o movilidad funcional, se regula a través de la negociación colectiva.

#### Complemento de prolongación de jornada

Retribuye la extensión de un trabajo en el tiempo más allá de lo que es habitual en el sector. Si desaparece la causa que lo motiva, es decir, deja de existir la prolongación de jornada, decae también el derecho a percibirlo.

#### Plus de turnicidad

Se considera trabajo a turnos toda forma de organización de trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo continuo o discontinuo, lo que implica para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas.

Si se pacta su abono, compensa las incomodidades y posibles solapes necesarios entre el personal saliente y el entrante en el turno. El complemento de turnicidad retribuye la realización de trabajo a turno rotativo.

#### Complementos por cantidad o calidad de trabajo

Este complemento retribuye una determinada cantidad de trabajo o forma de trabajar. Su característica principal es que su abono se condiciona a que se alcance el objetivo que se pretende, pues lo que se retribuye es el trabajo realizado, valorado cualitativa o cuantitativamente. Por tanto, no procede su abono en tiempos improductivos.

Es independiente del puesto de trabajo o de las circunstancias personales del trabajador.

Estos pluses pueden ir, o no, unidos a un sistema de retribución por rendimiento o trabajo medido. Entre otros, están:

1 Prima de asistencia o asiduidad

2 Primas o incentivos

3 Comisiones

La negociación colectiva determina su contenido, forma de cálculo y naturaleza consolidable o no. No obstante, en general puede decirse de estos pluses:

Primas o incentivos

Estos complementos están en relación directa con el rendimiento alcanzado por el trabajador. Es decir, se devenga cuando el rendimiento alcanzado esté por encima del rendimiento considerado ordinario.

Para que proceda su fijación, es preciso que previamente se hayan fijado los criterios aplicables en la medición del rendimiento.

Prima de asistencia y puntualidad

Consiste en una cantidad fija que se cobra por día trabajado. No tiene relación alguna con la cantidad o calidad de trabajo y no premia con ella el trabajo a rendimiento medido. Es un complemento fijo e invariable.

La finalidad de estas primas es combatir el absentismo laboral. En todo caso, el descuento salarial por día de huelga debe ser proporcionado.

### Comisiones

Actualmente, este sistema de retribución es muy utilizado por la empresa. Las comisiones consisten en retribuciones calculadas a tanto alzado o por porcentaje en atención a las operaciones mercantiles realizadas por el trabajador en nombre de la empresa. Estas pueden ser computadas de forma individual o en su conjunto, fijándose las comisiones, en este último caso, por objetivos conseguidos.

### Complementos de residencia

Retribuyen la estancia del trabajador en territorio extrapeninsular. Su fundamento no se encuentra en el hecho de trabajar en dichos territorios, sino en el de la distancia y las dificultades que implican los desplazamientos hasta sus lugares de origen.

La cuantía de este complemento es del 25 % sobre el salario base como complemento a abonar a los trabajadores que se trasladaran a Ceuta o Melilla. En los demás casos, este tope podía ser inferior.



Todo lo relativo a los complementos de residencia es negociable, bien por medio de los convenios colectivos o por acuerdo contractual de las partes.

#### Primas de productividad empresarial y participación en el capital

Su objetivo es lograr interesar y hacer partícipe al trabajador en la buena marcha de la producción.

#### Primas de productividad empresarial

Se refieren a la productividad global de la empresa o unidad inferior, en la que intervienen elementos independientes del trabajo directamente realizado por el trabajador, como cifras de facturación, índice de ventas o de producción, etc.

Son distintas a las primas por rendimiento, que lo que retribuyen es el rendimiento individual del trabajador y el mayor esfuerzo que le supone realizar mejor su trabajo.

En la negociación colectiva, las primas de productividad empresarial se formulan en ocasiones como primas de carácter mixto (rendimiento del trabajador y productividad de la empresa).

#### Participación en el capital

Fomenta la participación de los trabajadores en la titularidad jurídica de la empresa mediante la atribución a los mismos de un número de acciones de forma gratuita o mediante formas especiales de adquisición. Cabe destacar:

Están sometidos a la deducción correspondiente del impuesto sobre rendimientos del capital y del IRPF. También debe deducirse la cuota del trabajador a la Seguridad Social.

Las plusvalías puestas de manifiesto en el balance en el caso de fusión de dos empresas no se tienen en cuenta para el cálculo de la paga.

Las partes del convenio colectivo pueden elegir la que quieran de entre las distintas acepciones de beneficio existentes en el tráfico mercantil.

El devengo de la paga puede depender de una condición (situación del mercado, coyuntura económica, etc.), por lo que puede resultar no exigible.

#### **4. HORAS EXTRAORDINARIAS (ART. 35, ETT)**

Tendrá consideración de hora extraordinaria cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la jornada ordinaria.

Su prestación es voluntaria, salvo pacto individual o colectivo.

Se prohíbe su realización durante el período nocturno, salvo en actividades especiales debidamente especificadas y expresamente autorizadas. Igualmente se prohíbe su realización a menores de 18 años.

A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

Los representantes de los trabajadores tendrán derecho a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes.

Las horas extraordinarias por fuerza mayor: son las que vienen exigidas por la necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, así como en los casos de riesgo de pérdida de materias primas. Es obligatoria su realización por el trabajador. No se tendrán en cuenta para el límite máximo anual de horas extraordinarias.

El número máximo de horas extraordinarias al año a realizar por un trabajador será de 80. No se computarán a estos efectos las que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

**Retribución o compensación**

Mediante convenio colectivo o pacto individual, se optará entre:

Abonar la cuantía que corresponda en función del valor que se fije a la hora extraordinaria, que en ningún caso será inferior al de la hora ordinaria. Si se opta por abonar las horas extraordinarias en dinero, el valor por hora asignado a las mismas no podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria. No obstante, por convenio o pacto individual, se puede pactar un valor para el pago de las horas extraordinarias superior al de la hora ordinaria.

Compensar las horas extraordinarias por tiempos equivalentes de descanso retribuido. Si no existiere pacto al respecto se entenderá que las horas extraordinarias realizadas se compensarán con descanso retribuido dentro de los 4 meses siguientes a su realización. La equivalencia en la compensación por descanso tiene carácter de mínimo mejorable; esto significa que tanto por convenio como por pacto individual se puede establecer la compensación en tiempo superior al realizado.

#### Cotización de las horas extraordinarias

El importe de las horas extraordinarias queda excluido del cómputo de la base de cotización para contingencias comunes, aunque sí se computa en el cálculo de base de cotización para contingencias profesionales. Además, cotizarán adicionalmente por su cuantía.

## **5. HORAS COMPLEMENTARIAS (CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL)**

Se establece una distinción entre las horas complementarias pactadas, de realización obligatoria para el trabajador cuando haya firmado el preceptivo pacto, y las voluntarias, que únicamente pueden ser ofrecidas por la empresa en los contratos que tengan una duración indefinida.

### **Horas complementarias pactadas**

El trabajador y el empresario podrán pactar la realización de horas complementarias que se adicionarán a las horas ordinarias estipuladas en el contrato a tiempo parcial y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Sólo cuando exista ese pacto el empresario podrá exigir la realización de horas complementarias.

El pacto se formalizará necesariamente por escrito, en el modelo oficial establecido y recogerá el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario.

El pacto sobre horas complementarias podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto al contrato.

Se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida y a los contratos temporales siempre y cuando la jornada de trabajo no sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual.

El número de horas complementarias no podrá exceder del 30 % de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, en todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

#### Horas complementarias voluntarias

Las horas complementarias voluntarias (que introduce el RD-Ley 16/2013) buscan permitir un uso flexible del tiempo de trabajo por causas sobrevenidas similar a las horas extras.

Junto a la fijación y realización de horas complementarias previamente pactadas en los nuevos umbrales, el empresario, en aquellos contratos a tiempo parcial indefinidos superiores a 10 horas semanales, podrá ofrecer al trabajador otra bolsa de horas: las horas complementarias voluntarias, que son adicionales a las anteriores, hasta un 15 % del número de horas contratadas inicialmente, - ampliables al 30 % en convenio de aplicación-, siempre que cuente para su realización con la voluntad del trabajador indefinido.

#### Retribución

Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social.

## **6. GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS**

El ETT, en su art. 31, establece que:

“El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones. No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades”.

Esto significa que, como mínimo, un trabajador deberá percibir dos pagas extraordinarias al año, lo que no impide que por convenio colectivo se establezcan más de dos.

La cuantía de estas gratificaciones vendrá determinada en los convenios colectivos, los cuales, por regla general, utilizan el baremo de una mensualidad de salario base más algún complemento o todos.

El periodo de devengo es de 12 meses, salvo pacto en contrario. En relación con la posibilidad de prorratear las pagas en periodos mensuales, la ley establece esta posibilidad siempre y cuando la práctica se establezca por acuerdo o pacto expreso.

En el caso de extinción del contrato, las pagas extraordinarias se calcularán en proporción al tiempo trabajado. En muchos casos, los convenios colectivos establecen que, para el cálculo de las pagas, las fracciones de mes se computarán como meses completos.

#### Características de las pagas extraordinarias

Debe tratarse de un abono periódico. Por lo tanto, hay que excluir aquellos conceptos que carecen de tal periodicidad.

Una paga por aniversario o por cualquier otro acontecimiento que se abona una sola vez.

Su vencimiento debe ser superior al de un periodo mensual. En consecuencia, se incluyen las dos pagas extraordinarias establecidas legalmente, la paga de beneficios y cualquier otra de estas características que puedan prever los convenios colectivos.

En todo caso, es posible establecer, mediante convenio colectivo o pacto individual, el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias en las doce mensualidades.

#### Participación en beneficios



Si se pacta la participación en los beneficios de la empresa, se liquidará anualmente, en cuanto se fije el balance.

A efectos de su fijación económica, los representantes de los trabajadores tienen derecho a la información necesaria referente a este tipo de remuneración. En ningún caso se extenderá este derecho a otros sujetos, como pueden ser los sindicatos.

En algunos convenios colectivos, se recoge la participación en beneficios mediante una paga anual de cantidad fija o variable, a abonar, normalmente, en los meses de febrero, marzo o abril.

Por otro lado, salvo pacto en contrario, la participación en beneficios no implicará la compensación de los años de pérdida con los de ganancias.

En caso de extinción del contrato dentro del ejercicio económico, el trabajador tendrá derecho a la parte proporcional de los beneficios del año y a que se tenga en cuenta para el cálculo de la indemnización si se trata de despido. Las pagas extraordinarias deben contabilizarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido.

#### Pagas extraordinarias e incapacidad temporal

La jurisprudencia trata el tema de descontar de las pagas extraordinarias la parte proporcional correspondiente a periodos de baja por incapacidad temporal.

Se ha mantenido el criterio de que no existe obligación empresarial de abonar las pagas extras en la parte que corresponda a los periodos de baja por enfermedad, por cuanto que estas pagas se devengan solo en proporción al tiempo de trabajo y, salvo norma expresa en contrario, procede descontarlas.

Por otra parte, tampoco procede su abono en esta situación, ya que, en la prestación de la Seguridad Social por IT, se incluye la parte proporcional de las pagas extras y, por tanto, si no se descontaran, esos periodos de baja supondrían una doble percepción. La jurisprudencia ha analizado también el supuesto de que la empresa haya venido abonando íntegramente las pagas extraordinarias sin descuentos por los periodos de baja; en estos casos, la actuación de la empresa se configura como una condición más beneficiosa que el empresario no puede suprimir unilateralmente.

Esta condición, por tanto, pervivirá mientras no sea compensada por normativa posterior más favorable.

#### **b. SALARIO EN ESPECIE**

Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención para fines particulares de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

El ETT regula de forma expresa este complemento y establece que en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 % de las percepciones salariales del trabajador.

Con carácter general, las rentas en especie se valoran por su valor normal en el mercado. A dicho valor se debe adicionar el ingreso a cuenta, salvo que su importe hubiera sido repercutido al trabajador.

Entre otras, se consideran retribuciones en especie las siguientes:

Utilización de vivienda: disfrute de vivienda sin pago de alquiler o por precio inferior al mercado.

En el caso de utilización de vivienda, esta se valora por el 10 % del valor catastral.

En el caso de inmuebles cuyos valores catastrales hayan sido revisados o modificados de conformidad con los procedimientos regulados en los artículos 70 y 71 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y hayan entrado en vigor a partir del 1 de enero de 1994, la valoración se efectúa por el 5 % del valor catastral.

Si a fecha de devengo del IRPF los inmuebles carecieran de valor catastral o este no hubiera sido notificado al titular, se toma como base de imputación de los mismos el 50 % de aquel por el que deban computarse a efectos del Impuesto sobre el patrimonio. En estos casos, el porcentaje de valoración es el 5 %.

La valoración resultante no puede exceder del 10 % de las restantes contraprestaciones del trabajo.

Utilización o entrega de vehículos automóviles:

La entrega del vehículo automóvil se valora por el coste de adquisición del vehículo por el empresario, incluidos los tributos que graven la operación.

Uso del vehículo automóvil:

Si el vehículo es propiedad del empresario, se valora por el 20 % del coste de adquisición, incluido los tributos que graven la operación.

Si el vehículo no es propiedad del empresario, el porcentaje del 20 % anual se aplica sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuera nuevo.

Préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero: se valora la prestación por la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el periodo.

Prestaciones en concepto de manutención, hospedaje, viajes y similares: coste para el empresario incluidos tributos.

Primas o cuotas satisfechas en virtud del contrato de seguro u otro similar: coste para el empresario, incluidos tributos.

Cantidades para gastos de estudios y manutención del contribuyente o de otras personas ligadas al mismo por vínculo de parentesco: el vínculo de parentesco alcanza a los afines, hasta el cuarto grado inclusive.

Las cantidades destinadas a la actualización, capacitación o reciclaje del personal empleado, cuando vengan exigidas por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo, no incluyen a los familiares y las retribuciones correspondientes se valoran por el coste para el empresario, incluidos los tributos que graven la operación.

Contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones: se valoran por su importe. Si el rendimiento del trabajo en especie consiste en bienes o servicios que constituyan la actividad habitual de la empresa, la valoración no puede ser inferior al precio ofertado al público del bien, derecho o servicio de que se trate.

Esta variada tipología de salarios en especie crea problemas con una serie de conceptos que las empresas consideran de carácter asistencial y los incluyen en lo que se denomina plan social. Por esta razón, los excluyen del concepto de salario, no cotizando por ellos a la Seguridad Social.

En estos casos, la jurisprudencia establece que hay que acudir al móvil de su establecimiento o concesión para poder destruir la presunción de que es salario la totalidad de percepciones que reciba el trabajador como consecuencia del trabajo.

Respecto al IRPF, las retribuciones en especie, de acuerdo con el concepto fiscal de las mismas, están sujetas al IRPF y al ingreso a cuenta del mismo.

La Administración viene negando sistemáticamente la posibilidad de repercutir el ingreso a cuenta, argumentando que:

1 La obligación de realizar el ingreso a cuenta corresponde a las empresas que satisfacen las retribuciones.

2 Los trabajadores han de ingresar en su base imponible del IRPF como rendimientos del trabajo tanto el valor de las retribuciones en especie como los ingresos a cuenta correspondientes.

3 Ni la normativa laboral ni la reglamentaria contienen un precepto en cuya virtud, a efectos fiscales, el ingreso a cuenta pueda repercutirse sobre el perceptor de la retribución en especie.

4 La cuantía del ingreso a cuenta constituye una mayor retribución o rendimiento del trabajo para el perceptor. En consecuencia, un mayor coste laboral a efectos de la imposición personal del pagador.

5 La posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no pueden alterarse por actos o convenios de los particulares.

Por su parte, los tribunales tienen pronunciamientos contradictorios no solo acerca de la repercusión o no del ingreso a cuenta, sino también sobre la jurisdicción competente para dirimir tales conflictos. Así, entienden que tales controversias son

competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa o, por el contrario, que es competente la jurisdicción social.

Respecto a la repercusión del ingreso, estiman la legalidad del descuento, ya que está prohibido todo pacto por el que el empresario asuma las cargas fiscales de los trabajadores y el no repercutir el descuento supondría un aumento de la masa salarial, así como un enriquecimiento injusto del trabajador, ya que el ingreso a cuenta le beneficia a él.

No consideran que exista modificación unilateral del convenio, donde se establece la retribución en especie, por repercutir sobre el trabajador el ingreso a cuenta correspondiente.

#### **c. PERCEPCIONES NO SALARIALES**

Se consideran percepciones no salariales aquellas cantidades percibidas por el trabajador, dentro de una relación laboral, que no tienen carácter de contraprestaciones por los servicios realizados.

En general, estos conceptos estaban excluidos de la base de cotización cuando las cantidades percibidas, computadas en su conjunto, no excedían del 20 % del IPREM y únicamente el exceso se integraba en la base de cotización.

El RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, modifica el art. 109 de la LGSS en cuanto a los conceptos computables en la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social se refiere.

Conforme a lo anterior, se definen como conceptos incluidos en la base de cotización, entre otros, los siguientes:

La totalidad del importe abonado a los trabajadores por pluses de transporte y distancia.

Mejoras de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las correspondientes a la incapacidad temporal.

Asignaciones asistenciales, salvo las correspondientes a gastos de estudios del trabajador o asimilado, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características del puesto de trabajo.

La totalidad de los gastos normales de manutención y estancia generados en el mismo municipio del lugar del trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia.

Dentro de las percepciones no salariales, se distinguen los siguientes conceptos:

- Indemnizaciones o suplidos



- Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social
- Indemnizaciones correspondientes a traslados y despidos
- Otras percepciones no salariales

#### Indemnizaciones o suplidos

Se refiere a los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral. Es decir, gastos realizados por adelantado por el trabajador para la realización de su trabajo.

Para diferenciar gasto de suplido, hay que tener en cuenta que

La cuantía a desembolsar por el empresario debe corresponder al importe exacto del gasto.

Los gastos no pueden ser devengados en el periodo de vacaciones.

Lo que cuenta es la naturaleza jurídica del gasto, con independencia del nombre que se le dé.

Si la cantidad en concepto de gastos es fija se presume su naturaleza salarial, puesto que no es razonable que todos los meses se incurra en los mismos gastos.

Entre estos suplidos están:

#### Quebranto de moneda

Se entiende por este concepto el resarcimiento al trabajador por los desajustes de saldo que se producen cuando hay un manejo menudo y abundante de dinero. Tiene carácter indemnizatorio y no salarial. Este concepto tiene su aplicación en el trabajo de cobradores, cajeros, etc., cuya obligación es cuadrar la caja y reponer en ella lo necesario cuando haya algún desajuste, el cual es lógico que pueda producirse.

### Desgaste de útiles de trabajo o herramientas

Se comprende el desgaste de botas, monos, guantes, uniformes, materiales de reposición, etc., cuando es el propio trabajador el que los adquiere.

### Adquisición de prendas de trabajo

Este concepto tiene naturaleza indemnizatoria siempre que sea real y su importe adecuado al fin y no desproporcionado.

Las normas de prevención de riesgos obligan a las empresas a suministrar ropas de trabajo a los trabajadores sometidos a determinados riesgos. La entrega de estas prendas puede sustituirse por la cantidad económica precisa para la adquisición de las mismas. Suele consistir en una cantidad a tanto alzado o bien prorrateada a lo largo de 12 meses.

### Gastos de locomoción

Consisten en una compensación económica para el trabajador por los desplazamientos que tenga necesariamente que realizar por causa de su trabajo fuera de su centro habitual de trabajo y dentro del propio municipio donde está ubicado el centro.

En este caso, el trabajador percibe el importe íntegro de los gastos ocasionados previo justificante o, en el caso de que utilice vehículo propio, una cantidad por kilómetro recorrido, la cual suele venir recogida en los convenios colectivos.

### Dietas

En las dietas se persigue la reparación de los gastos de manutención y hospedaje que se producen cuando el trabajador tiene que desplazarse fuera del centro habitual de trabajo y en municipio distinto y consiste en una cantidad que vendrá establecida por convenio colectivo o mediante acuerdo con el empresario.

Las dietas y asignaciones para gastos de viaje, como cualquier otra contraprestación pagada por la empresa, constituyen, a priori, rentas del trabajo. No obstante, cuando pretendan compensar los gastos que se producen por motivos laborales, se exceptúan de tributación, en las cuantías y condiciones reglamentariamente establecidas. El exceso sobre esas cuantías está sujeto al IRPF y a la oportuna retención, como cualquier otro rendimiento de trabajo personal.

#### Gastos de locomoción

No están sujetas al impuesto las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos de viaje que se produzcan fuera de la fábrica, taller, oficina, etc., donde se realice habitualmente el trabajo, en las siguientes condiciones e importes:

Cuando el trabajador utilice transporte público, el importe del gasto que se justifique mediante factura o documento equivalente.

Si utiliza transporte privado, la cantidad que resulte de computar 0,19 € por kilómetro recorrido más los gastos de peaje y aparcamiento, siempre que se justifiquen.

#### Gastos de manutención y estancia

Se exceptúan de gravamen las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, siempre que:

Se produzcan en municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituya la residencia del trabajador.

Los desplazamientos y permanencia de los trabajadores en un mismo municipio (distinto al habitual) no superen los 9 meses de forma continuada.

A estos efectos no se descuenta el tiempo de vacaciones, enfermedad u otras circunstancias que no impliquen alteración del destino.

#### Plus de distancia

Cantidad que percibe el trabajador cuando el lugar de trabajo se halla a una cierta distancia del casco urbano de su localidad de residencia y la empresa no facilita un medio de transporte.

Es habitual que las empresas que trasladan sus centros de trabajo a polígonos de la periferia ofrezcan un determinado medio de transporte para el personal. En estos casos:

Se establece un punto de salida desde el casco urbano.

Se valora económicamente el mayor tiempo que implica tanto la espera del medio de transporte como el desplazamiento al nuevo centro de trabajo.

### Plus de transporte

Compensa los gastos de transporte que le ocasiona al trabajador el desplazamiento de su domicilio al centro de trabajo. Suele venir definido en los convenios colectivos. Normalmente se establece una cuantía igual para todos los trabajadores.

Una característica interesante de este plus es que es compensable en cómputo anual, a diferencia del resto de los suplidos.

El plus de transporte se calcula sobre 11 meses al año.

### Prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social

Son cantidades que se reflejan en la nómina y cuyo pago corresponde a la Seguridad Social. La empresa adelanta estas cantidades en concepto de pago delegado y posteriormente las reintegra a través de los documentos de cotización.

Dentro de este apartado, se incluyen:

El subsidio por incapacidad temporal la prestación es a cargo de la Seguridad Social, pero la empresa está obligada a realizar el pago delegado de la prestación.

Prestación o subsidio de desempleo derivado de la suspensión temporal del contrato de trabajo o de la reducción temporal de la jornada.

La prestación o subsidio la hace la empresa como pago delegado.

Mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las percepciones entregadas directamente por las empresas a los trabajadores, como mejora directa de las prestaciones de la Seguridad Social, siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción que le otorga el sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

Dichas mejoras han de ser costeadas por la empresa que las concede a su propio y exclusivo cargo y pueden venir establecidas por convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario.

Constituyen mejoras, entre otras, los complementos de la prestación de incapacidad temporal hasta el importe del salario que el trabajador tendría derecho a percibir si no estuviera en esta situación. También las aportaciones de las empresas en favor de sus trabajadores en planes de pensiones.

Indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despido

Se trata de cantidades abonadas por el empresario, aun cuando su devengo venga impuesto en convenio colectivo o contrato individual, siempre que se refiera a alguno de los siguientes conceptos:

Traslado del trabajador a centro de trabajo distinto, que implique un cambio de su residencia habitual.

Suspensión del contrato de trabajo.

Indemnizaciones por despido.

Tienen carácter extrasalarial puesto que su finalidad no es otra que la de restarle al trabajador la mayor carga posible sobre la que supone el traslado o la suspensión del contrato, y de compensarle por la extinción del contrato en el caso de despido.

Por otro lado, no están sujetas al impuesto sobre la renta las cantidades que se abonen con motivo del traslado de puesto de trabajo a municipio distinto (no se exige que sea un traslado forzoso), siempre que:

El traslado exija el cambio de residencia

Las cantidades correspondan, de forma exclusiva, a alguno de estos dos conceptos:

Gastos de locomoción y manutención del contribuyente y sus familiares durante el traslado

Gastos de desplazamiento de mobiliario y enseres

Otras percepciones no salariales

Se incluyen las retribuciones percibidas por los trabajadores cuando no tengan la consideración de salario:

Los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas

Se trata de productos que tienen las empresas y cuya causa es la mera liberalidad de la empresa, lo que significa que ni pueden ser exigidos jurídicamente por el trabajador, ni pueden motivar reclamación alguna cuando el empresario los suprima.

Esta clase de productos en especie, concedidos voluntariamente por las empresas, se deben cuantificar en dinero y reflejar en la nómina.

#### Asignaciones asistenciales concedidas por las empresas

Las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios del trabajador o asimilado, dispuestos u organizados por instituciones, empresarios o empleadores y financiados directamente por ellos para la actualización, capacitación o reciclaje de su personal, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o a las características de los puestos de trabajo, incluso cuando su prestación efectiva se efectúe por otras personas o entidades especializadas.

Prestaciones asistenciales concedidas por las empresas como servicios médicos, guarderías infantiles, etc.

Las entregas de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social, teniendo la misma consideración las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor.

La utilización de los bienes destinados a los servicios sociales y culturales del personal (por ejemplo, instalaciones deportivas, bibliotecas, etc.).



Las percepciones por matrimonio: si bien en la actualidad no se tiene derecho a percibir por norma legal ninguna cantidad por contraer matrimonio, a través de convenio colectivo o pacto se puede establecer la entrega por los empresarios a sus trabajadores de determinadas percepciones cuando estos contraigan matrimonio. En este caso, dichas percepciones no tienen la consideración de salario y no cotizan a la Seguridad Social.

Las propinas, puesto que se obtienen como consecuencia de la mera liberalidad de los clientes, público, etc.

Las indemnizaciones que el trabajador obtenga de la reclamación al empresario en los supuestos de daños y perjuicios a consecuencia de accidente de trabajo si dicho accidente se ha producido como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral.

### **3. DEDUCCIONES**

Hemos visto los devengos de salario que deben figurar en la nómina. Una vez establecido el total del salario bruto devengado, hay que proceder a realizar las deducciones correspondientes a:

- Aportación del trabajador a la Seguridad Social
- Retención a practicar por el IRPF.
- Deducción del importe de productos recibidos en especie por el trabajador.

-Otras deducciones.

-Anticipos que pudieran haberse hecho al trabajador.

Una vez totalizadas todas las posibles deducciones, estas se restan del salario bruto devengado para obtener el líquido a percibir o salario neto.

#### **a. APORTACIÓN DEL TRABAJADOR A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Tanto el trabajador como el empresario están obligados a participar en el mantenimiento del sistema de Seguridad Social. La ley establece unos conceptos y cuantías por las que empresarios y trabajadores deben cotizar en unos determinados porcentajes que se aplican sobre una base de cálculo denominada base de cotización, que viene determinada por la remuneración del trabajador.

Los conceptos por los que se debe cotizar son los siguientes:

##### **Contingencias comunes**

Consiste en una aportación para la cobertura de las situaciones incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social. En estas contingencias participan tanto el trabajador como el empresario, en distintos porcentajes.

##### **Contingencias Profesionales**

Cubren los riesgos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales producidas a consecuencia del trabajo por cuenta ajena. Corren a cargo exclusivo del empresario. Se dividen en:

Cuotas por incapacidad temporal (IT)

Cuotas por incapacidad permanente, muerte y supervivencia (IMS)

Horas extraordinarias

Cotizan tanto el empresario como el trabajador. El porcentaje de cotización varía en función de que sean horas realizadas por causa de fuerza mayor o no. Las horas extraordinarias por fuerza mayor son las que vienen exigidas por la necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, así como en los casos de riesgo de pérdida de materias primas.

Otras cotizaciones

En este apartado se incluyen unas determinadas cuotas en concepto de desempleo, FOGASA y formación profesional.

Para calcular la deducción en la nómina del trabajador en concepto de aportación a la Seguridad Social es preciso, primeramente, establecer la base de cotización. Los cálculos de la base de cálculo para la aplicación de estas deducciones se realizan en la parte inferior del recibo de salarios.

## Base cotización

Está integrada por la remuneración total percibida por el trabajador en el mes a que se refiere la cotización. Para calcular la base de cotización hay que añadirle a la remuneración total las gratificaciones extraordinarias y aquellos conceptos retributivos de vencimiento periódico superior al mes, prorrateados a lo largo de los 12 meses del año si la retribución es mensual o divididos entre los 365 días que tiene el año y multiplicados por el número de días a cotizar en cada mes.

Base de cotización = remuneración total + prorrata de gratificaciones de vencimiento superior al mes.

A efectos de determinar la remuneración total, no se computarán en ella las percepciones extrasalariales, aun cuando deban constar en la nómina, pues esta constituye el soporte sobre el cual se confecciona la documentación de cotización para su control y constancia.

## Base de cotización mensual para contingencias comunes

Se computan las percepciones salariales devengadas en el mes a que se refiere la cotización.

No se incluyen los importes de las horas extraordinarias.

A la cantidad anterior se adiciona la parte proporcional a un mes de las pagas extraordinarias y de los conceptos retributivos de periodicidad superior a la mensual

Base de cotización mensual para contingencias profesionales y conceptos de recaudación conjunta

Se obtiene de la misma forma que la de contingencias comunes, es decir, se computan las percepciones salariales devengadas en el mes a que se refiere la cotización pero se incluyen los importes de las horas extraordinarias.

A la cantidad anterior se adiciona la parte proporcional a un mes de las pagas extraordinarias y de los conceptos retributivos de periodicidad superior a la mensual.

Base de cotización adicional por horas extraordinarias

La remuneración que obtengan los trabajadores por horas extras, con independencia de su cotización a efectos de contingencias profesionales, estará sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, con arreglo a los tipos que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

De esto se deduce que por horas extraordinarias se cotiza dos veces, una porque su importe se incluye en la base de cotización de contingencias profesionales y otra por lo dispuesto en este apartado. Las horas extraordinarias, a efectos de su cotización, pueden ser de dos tipos:

### Motivadas por fuerza mayor

Las que vengan exigidas por la necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, así como en los casos de riesgo de pérdida de materias primas; son obligatorias para el trabajador aun en defecto de pacto y se califican así a las necesarias en virtud de algún suceso grave e imprevisto (por ejemplo, inundaciones, incendios, robo, etc.).

### Resto de horas extraordinarias

Tienen carácter voluntario. La no realización de estas horas extras no es causa de despido.

Normalmente, se realizan a iniciativa del empresario, aunque también por petición del trabajador al empresario, el cual deberá dar su consentimiento expreso o tácito.

La base de cotización adicional por horas extraordinarias será la remuneración que en el mes correspondiente obtengan los trabajadores por la realización de las mismas. La base de horas extraordinarias sobre la que se aplicarán los tipos que correspondan coincide con el importe bruto de las mismas.

### Bases máximas y mínimas

Anualmente, se establecen los límites a la cotización mediante la fijación de bases máximas y mínimas de cotización para las distintas contingencias:

#### Contingencias comunes

Las bases máximas y mínimas se determinan en función de la categoría profesional de los trabajadores, conforme a los llamados grupos de cotización.

Las bases máximas y mínimas varían, a su vez, en función de la categoría profesional del trabajador. A estos efectos todos los trabajadores deben estar encuadrados en alguno de los siguientes grupos de cotización, con independencia de la clasificación o categoría profesional interna de la empresa a la que pertenezcan.

Si la base de cotización por contingencias comunes, calculada según las reglas anteriormente explicadas, es inferior a la base mínima correspondiente a la categoría del trabajador se cotizará por la base mínima fijada para el grupo correspondiente.

En el supuesto que la base de cotización para contingencias comunes computada de acuerdo a la retribución del trabajador fuese superior a la base máxima establecida para el grupo correspondiente, se cotizará por la citada base máxima, no computándose el exceso en la cotización por estas contingencias.

#### Contingencias profesionales

Existe un tope máximo y otro mínimo para todos los trabajadores con independencia de sus grupos de cotización

### Tipos de cotización

El tipo de cotización es el porcentaje que, aplicado sobre la base de cotización, da como resultado la deducción a aplicar en la nómina del trabajador por cada una de las contingencias y, en el caso de la empresa, el resultado de aplicar el tipo a la base nos da la cuota que el empresario debe abonar a la seguridad por cada contingencia protegida.

Los tipos aplicables para obtener la cuota de la contingencia de desempleo varían en función del tipo de contrato que tenga el trabajador. En general, con esta medida se intenta controlar la realización de contratos de duración determinada y a tiempo parcial a favor de los contratos indefinidos y formativos.

Esto significa que se paga más a la Seguridad Social en concepto de desempleo cuando los contratos son a tiempo parcial o de duración determinada.

Los importes se calcularán sobre la base de cotización correspondiente aplicando los siguientes porcentajes:

Aportación de la empresa por contingencias comunes: 23,6 % sobre la base de contingencias comunes



Aportación de la empresa por contingencias profesionales: cantidad destinada a cubrir las contingencias causadas por la actividad laboral de incapacidad temporal, invalidez, muerte y supervivencia. El porcentaje a aplicar sobre la base de contingencias profesionales, varía en función de la actividad del trabajador para ello consultar Tarifa de Primas.

Aportación por desempleo: varía en función del tipo de contrato:

Por desempleo en contratos fijos (5,5 %).

Por desempleo en contratos temporales a tiempo completo y tiempo parcial (6,7%).

Sobre la base de contingencias profesionales.

Aportación de la empresa por formación profesional: 0,6 % sobre la base de contingencias profesionales

Aportación de la empresa al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA): 0,2 % sobre la base de contingencias profesionales

Cotización adicional Horas extraordinarias:

Fuerza mayor: 12,00 % sobre su cuantía.

Resto: 23,60 % sobre su cuantía.

## Supuestos especiales en el cálculo de la base de cotización

### IT, riesgo durante el embarazo y maternidad

La obligación de cotizar permanece durante las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo y de disfrute de los periodos de descanso por maternidad, aunque estos supongan una causa de suspensión de la relación laboral.

Durante las situaciones de maternidad y de riesgo durante el embarazo, la entidad gestora competente en el momento de hacer efectivo el pago de la prestación procederá a deducir el importe de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones. El empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización de la Seguridad Social.

En el caso de la IT, a existir la obligación de pago delegado de la prestación por parte del empresario, el mismo procederá a deducir las cuotas a la Seguridad Social del trabajador en su nómina para posteriormente realizar su pago a la TGSS.

En las situaciones señaladas en el número anterior, la base de cotización aplicable para las contingencias comunes será la correspondiente al mes anterior al de la fecha de la incapacidad, situación de riesgo durante el embarazo o del inicio del disfrute de los periodos de descanso por maternidad.

La base de cotización será la que corresponda al mes anterior. No obstante, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

En el supuesto de remuneración que se satisfaga con carácter diario o cuando, teniendo dicho carácter, el trabajador no hubiere permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiera la cotización. El cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por el número de días en que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o de disfrute de los periodos de descanso por maternidad para determinar la base de cotización durante dicha situación.

Cuando el trabajador tuviera remuneración mensual y hubiese permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior al de la iniciación de dicha situación, la base de cotización de ese mes se dividirá por 30. Si no hubiera permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiere la cotización. En ambos casos, el cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por 30, de permanecer todo el mes en la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o de disfrute de los periodos de descanso por maternidad, o por la diferencia existente entre dicha cifra y el número de días que realmente haya trabajado en dicho mes.

Cuando el trabajador hubiera ingresado en la empresa en el mismo mes en que haya iniciado la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o de disfrute de los periodos de descanso por maternidad, se aplicará a ese mes lo establecido en las reglas precedentes.

Lo dispuesto anteriormente será de aplicación para calcular la base de cotización, a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad.

No obstante, y a fin de determinar la cotización que por el concepto de horas extraordinarias corresponde efectuar, se tendrá en cuenta el promedio de las efectivamente realizadas y cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha de iniciación de dicha situación.

A tal efecto, el número de horas realizadas se dividirá por 12 o 365, según la remuneración del trabajador se satisfaga con carácter mensual o no.

Salvo en los supuestos en que por disposición legal se establece lo contrario, en ningún caso, la base de cotización por contingencias comunes, en las situaciones a que se refiere el presente artículo, podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento correspondiente a la categoría profesional del trabajador. A tal efecto, el subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o por maternidad se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización.

A efectos de la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mientras el trabajador se encuentre en situación de IT, riesgo durante el embarazo o maternidad, las empresas podrán aplicar los porcentajes correspondientes al epígrafe 126 de la tarifa de primas vigentes, cualquiera que fuese la categoría profesional y la actividad del trabajador.

La base de cotización durante dichas situaciones permanecerá inalterable desde su comienzo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Cuando, en el transcurso de las mismas, la base de cotización inicialmente calculada resulte inferior a la base mínima de cotización correspondiente al grupo de la categoría profesional del trabajador de que se trate. En este caso, la base de cotización aplicable durante tal situación será dicha base mínima.

Si la IT derivase de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base mínima aplicable será el tope mínimo establecido para estas contingencias.

Cuando se produzca una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio de estas situaciones. Dicha elevación determinará, asimismo, una modificación de la base de cotización aplicable, naciendo la obligación de cotizar por las diferencias salariales, lo que dará lugar a un aumento de la base de cotización anterior a la fecha de la baja y a la consiguiente revisión de los subsidios económicos.

A efectos de la cotización por AT y EP, mientras el trabajador se encuentre en situación de IT, riesgo durante el embarazo o maternidad, las empresas podrán aplicar los porcentajes correspondientes al epígrafe 126 de la tarifa de primas vigentes, cualquiera que fuese la categoría profesional y la actividad del trabajador. El no ejercicio de esta opción no dará lugar, en ningún caso, a devolución de cuotas.

Alta sin percibo de remuneración

Cuando el trabajador permanezca en alta en el Régimen General de la Seguridad Social y se mantenga la obligación de cotizar sin que perciba remuneración computable, se tomará como base de cotización la mínima correspondiente al grupo de su categoría profesional. A efectos de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se tendrá en cuenta el tope mínimo de cotización establecido.

### Desempleo

La base de cotización por contingencias comunes de aquellos trabajadores que se encuentren en situación legal de desempleo y por los que exista obligación de cotizar será equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada por dichas contingencias anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

En los casos de suspensión y reducción de jornada, la base de cotización de dichos trabajadores, para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, será el promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada por tales conceptos anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

La reanudación de la prestación por desempleo, en los supuestos de suspensión del derecho, supondrá la reanudación de la obligación de cotizar por la base de cotización correspondiente al momento del nacimiento del derecho.

Cuando se hubiere extinguido el derecho a la prestación por desempleo y, en aplicación del apartado 3 del art. 210 del Texto Refundido de la LGSS, el trabajador opte por reabrir el derecho inicial por el periodo que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, la base de cotización a la Seguridad Social, durante la percepción de dicha prestación, será la correspondiente al derecho inicial por el que opta.

### Tiempo parcial

La cotización a la Seguridad Social, desempleo, FOGASA y formación profesional derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial, se efectuará en razón de la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas en el mes que se considere.

Para determinar la base de cotización mensual correspondiente a las contingencias comunes, se aplicarán las siguientes normas:

Se computará la remuneración devengada por las horas ordinarias y complementarias en el mes al que se refiere la cotización, cualquiera que sea su forma o denominación, con independencia de que haya sido satisfecha diaria, semanal o mensualmente.

A dicha remuneración se sumará la parte proporcional que corresponda en concepto de domingos y festivos, pagas extraordinarias y aquellos otros conceptos que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico del año de referencia.

Si la base de cotización mensual calculada conforme a las normas anteriores fuese inferior a las bases mínimas que se fijan en el cuadro adjunto multiplicadas por el número de horas trabajadas en el mes, o superior a las máximas establecidas con carácter general para los distintos grupos de categorías profesionales, se tomarán estas o aquéllas, respectivamente, como bases de cotización.

Para determinar la base de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para desempleo, FOGASA y formación profesional, se tendrán en cuenta las normas primera, segunda y tercera, sin que en ningún caso la base así obtenida pueda ser superior al tope máximo ni inferior a la cuantía de la base mínima de AT y EP.

La base mínima de cotización será el resultado de multiplicar el número de horas realmente trabajadas por la base horaria. A estos efectos, se computarán como horas efectivamente trabajadas las correspondientes al tiempo de descanso computables como de trabajo que correspondan al descanso semanal y a los festivos.

#### Tiempo parcial y maternidad, IT y descanso durante el embarazo

Durante las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo y maternidad, la base diaria de cotización vendrá constituida por la base reguladora de la correspondiente prestación, y se aplicará exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios, de no hallarse en alguna de dichas situaciones.

Por lo tanto, en las situaciones de IT y riesgo durante el embarazo, la base diaria de cotización será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho



causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho periodo; en la situación de descanso por maternidad será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365 o entre el número de días naturales a que aquéllas correspondan, si la antigüedad en la empresa es inferior al año.

#### **b. RETENCIONES DEL IRPF**

Las retribuciones del trabajo por cuenta ajena se hallan sujetas al IRPF. El empresario está obligado a practicar, con carácter periódico, una retención a cuenta del IRPF sobre las retribuciones de sus trabajadores y realizar dicho ingreso en el Tesoro Público.

Para obtener la cuantía de la retención que debe ser aplicada a cada trabajador hay que seguir las siguientes pautas:

Las retribuciones totales se reducen en el importe de determinadas minoraciones relativas a circunstancias personales del trabajador.

A la base que resta se le aplica la escala del impuesto hallando así la cuota de retención.

En principio, todo rendimiento que derive del trabajo está sujeto a retención, salvo las siguientes excepciones:

Que esos rendimientos tengan la calificación de renta exenta, dieta o gasto de viaje exceptuado.

Que las rentas obtenidas no superen los siguientes límites, considerados mínimos excluidos de retención.

#### Procedimiento de obtención del importe de la retención

Para el cálculo de la retención, se seguirá el siguiente procedimiento:

- Determinar la base sobre la que se calculará el tipo de retención.

- Determinar la cuota de retención.

- Establecer el tipo de retención

- Aplicar el tipo obtenido a la cuantía total de las retribuciones, excluidos los atrasos que corresponda imputar a ejercicios anteriores (a los que se aplica el tipo fijo del 18 %), teniendo en cuenta las regularizaciones que procedan.

#### Base de retención

Base de retención = total de retribuciones – (gastos deducibles + reducciones sobre el rendimiento neto + mínimo personal y familiar + reducciones adicionales).

#### Total de retribuciones

Son rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan carácter de rendimientos de actividades económicas.

#### Regla general

Se consideran tanto las retribuciones dinerarias como las retribuciones en especie que vaya a percibir normalmente el trabajador en el año natural, incluyendo tanto las retribuciones fijas como las variables conocidas o previsibles.

Se consideran retribuciones variables previsibles, como mínimo, las obtenidas por este concepto durante el año anterior, salvo que concurran circunstancias que permitan acreditar objetivamente un importe inferior.

#### Minoración de la cuantía total de las retribuciones

La cuantía total de las retribuciones dinerarias y en especie se minoran en los importes siguientes:

#### Reducciones de rendimientos en función de su plazo de generación

Se aplica un 30 % de reducción en los siguientes casos:

Rendimientos que tengan un periodo de generación superior a 2 años y que no se obtengan de forma periódica.

Rendimientos generados en más de 2 años y que se cobren de forma fraccionada, cuando dividiendo el número de años de generación por el fraccionamiento, el cociente sea superior a 2.

Los rendimientos calificados como de notoriamente irregulares en el tiempo, como:

Cantidades satisfechas a los trabajadores por traslado a otro centro de trabajo que excedan de las cantidades legalmente establecidas.

Prestaciones por fallecimiento y gastos de sepelio o entierro que excedan del límite exento.

Cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por resolución de mutuo acuerdo.

Reducciones en rendimientos derivados de sistemas de previsión social

Prestaciones percibidas de la Seguridad Social. Se aplica una reducción del 30 % cuando las prestaciones se perciban en forma de capital y hayan transcurrido más de 2 años desde la primera aportación, salvo que se trate de pensiones de invalidez o incapacidad no exentas en las que no se establece plazo mínimo.

Prestaciones de planes de pensiones. Se aplica una reducción del 30 % cuando las prestaciones se perciban en forma de capital y hayan transcurrido más de 2 años desde la primera aportación, salvo que se trate de pensiones de invalidez en las que no se establece plazo mínimo.

#### Gastos deducibles

Gastos deducibles de la cuantía total de la retribución para el cálculo de la base de retención los siguientes:

- Cotizaciones a la Seguridad Social
- Detracciones por derechos pasivos
- Cotizaciones a colegios de huérfanos

#### Reducción por percepción de rendimientos netos del trabajo

Los contribuyentes con rendimientos netos del trabajo inferiores a 14.450 Euros, siempre que no obtengan rentas, excluidas las exentas, distintas de las del trabajo superiores a 6.500 Euros, minorarán el rendimiento neto del trabajo en las siguientes cuantías:

- a. Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo iguales o inferiores a 11.250 euros: 3.700 euros anuales.

b. Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo comprendidos entre 11.250 y 14.450 euros:  $3.700 - [1,15625 \times (\text{Rendimiento neto del trabajo} - 11.250)]$

A estos efectos, para el cálculo del rendimiento neto del trabajo no se tendrá en cuenta el gasto deducible general de 2.000 Euros.

El saldo resultante, una vez aplicada la reducción, no podrá ser negativo.

Las reducciones por mínimo personal son las siguientes

El mínimo del contribuyente será, con carácter general, de 5.550 euros anuales.

Cuando el contribuyente tenga una edad superior a 65 años, el mínimo se aumentará en 1.150 euros anuales. Si la edad es superior a 75 años, el mínimo se aumentará adicionalmente en 1.400 euros anuales.

Las reducciones por mínimo familiar son las siguientes

El mínimo por descendientes será, por cada uno de los descendientes menor de 25 años o con discapacidad (en este último caso, cualquiera que sea la edad), siempre que convivan con el contribuyente y no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, de:

- 2.400 euros anuales por el primero.
- 2.700 euros anuales por el segundo.

- 4.000 euros anuales por el tercero.
- 4.500 euros anuales por el cuarto y siguientes.

Cuando el descendiente sea menor de 3 años, el mínimo por descendientes se aumentará en 2.800 euros anuales.

El mínimo por ascendientes será de 1.150 euros anuales por cada uno de los ascendientes mayor de 65 años o con discapacidad, cualquiera que sea su edad, que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros.

Cuando el ascendiente sea mayor de 75 años, el mínimo anterior se aumentará en 1.400 euros anuales.

#### Reducciones por discapacidad

Los mínimos por discapacidad del contribuyente o por discapacidad de ascendientes o descendientes (por cada uno de los descendientes o ascendientes que generen derecho a la aplicación del mínimo, que sean personas con discapacidad, cualquiera que sea su edad) será de 3.000 euros anuales, en general, y de 9.000 euros anuales cuando se acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

Dicho mínimo se aumentará, en concepto de gastos de asistencia, en 3.000 euros anuales, cuando se acredite necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida o un grado de minusvalía igual o superior al 65 %.

## Cuota de retención

Regla general. Para determinar la cuota de retención, aplicaremos a la base para calcular el tipo de retención la tabla que a continuación señalamos, establecida a tal efecto en el Reglamento del IRPF.

Hay que tener en cuenta que:

Para los contribuyentes con retribuciones no superiores a 22.000 € anuales, la cuota de la retención tiene como límite el 43 % de la diferencia entre la cuantía total de las retribuciones y el mínimo excluido de retención que les corresponda.

Cuando se produzcan regularizaciones, la cuota de la retención no puede ser superior al resultado de aplicar el porcentaje del 43 % sobre la cuantía total de las retribuciones que se satisfagan hasta el final de año.

Cuando se satisfagan anualidades por alimentos a los hijos en virtud de resolución judicial, cuyo importe sea inferior a la base de retención, se determinará por separado la parte de cuota de retención que corresponda a dichas anualidades y la correspondiente al resto de la base de cálculo. La suma de ambas será la cuota de retención que sirve para determinar el tipo.

## Tipo de retención



Regla general. Regulado en el art. 80 del Reglamento del IRPF, el tipo de retención será el resultado de multiplicar por 100 el cociente obtenido de dividir la cuota de retención por la cuantía total de retribuciones (sin aplicar las minoraciones). Expresado con dos decimales.

Reglas especiales. No obstante, existen determinados casos a los cuales no se aplicará la anterior regla de cálculo correspondiéndoles, por el contrario, unos determinados tipos fijos o mínimos:

En el caso de que la base para calcular el tipo de la retención (cuantía total de retribuciones menos reducciones) fuese cero o negativa, el tipo de retención se considerará cero.

El tipo no podrá ser inferior al 2 % cuando se trate de contratos o relaciones de duración inferior al año o de retribuciones por peonadas o jornales diarios.

Se aplicará como mínimo el tipo de 15 % cuando los rendimientos del trabajo deriven de relaciones laborales especiales de carácter dependiente. Solo están excluidas de esta norma:

Los rendimientos de trabajo obtenidos por los penados en instituciones penitenciarias.

Los rendimientos derivados de relaciones laborales de carácter especial que afecten a minusválidos.

### El importe de la retención

El importe de la retención será el resultado de aplicar el tipo de retención a la cuantía total de las retribuciones que se satisfagan o abonen, excluidos los atrasos que corresponda imputar a ejercicios anteriores y teniendo en cuenta las regularizaciones que procedan. A los atrasos citados se les aplicará el tipo fijo del 15 %.

### Regularización del tipo de retención

Se procederá a la regularización cuando se produzcan modificaciones en las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de practicar la retención y que modifiquen las retenciones que deban practicarse a partir de dichas modificaciones:

Cuando, al concluir el periodo inicialmente previsto en el contrato laboral, el trabajador siguiese prestando servicios o volviese a hacerlo dentro del año natural.

Si, tras una suspensión del cobro de prestaciones por desempleo, se volviesen a percibir estas dentro del año natural.

Cuando se produzcan, dentro del año variaciones, en la cuantía de las retribuciones en virtud de normas de carácter general o de la normativa sectorial aplicable, o como consecuencia del ascenso, promoción o descenso de categoría del trabajador.

Cuando el pensionista comenzase a percibir nuevas pensiones o haberes pasivos en el curso del año.

Cuando se produjera, dentro del año, una variación en las circunstancias del trabajador que implicara un incremento en el mínimo personal.

Si el trabajador quedase en el transcurso del año obligado por resolución judicial a satisfacer una pensión compensatoria a su cónyuge o anualidades por alimentos en favor de sus hijos, siempre que el importe de las mismas fuera inferior a la base para calcular el tipo de retención.

Si el cónyuge dejase de considerarse, dentro del año natural, a cargo del trabajador, por obtener rentas anuales superiores a 1.500,00 €/mes (incluidas las exentas).

Si el trabajador, dentro del año natural, cambiara su residencia habitual en el País Vasco, Ceuta o Melilla al resto del territorio español o viceversa.

Si, en el curso del año natural, se produjera una variación en el número o las circunstancias de los ascendientes, siempre que dichas variaciones supongan un cambio en el importe del mínimo familiar aplicable.

#### Procedimiento de regularización

Se seguirán los siguientes pasos:

Partiendo de las circunstancias que motivan la regularización, se procederá a calcular una nueva cuota de retención como si fuera al inicio del año.

La nueva cuota de retención calculada se minorará con el importe de las retenciones e ingresos a cuenta practicados hasta ese momento.

Calcularemos un nuevo tipo de retención multiplicando por 100 el cociente obtenido de dividir la cuota de retención minorada resultante del apartado anterior por la cuantía total de las retribuciones que resten hasta final de año.

En el caso de que la nueva base para calcular el tipo de retención fuese cero o negativa, la retención sería 0 y no procedería la devolución automática de las retenciones anteriormente practicadas. No obstante, el trabajador tiene la posibilidad de solicitar posteriormente la devolución de acuerdo a la propia Ley del IRPF.

En los casos de cambios en circunstancias personales o familiares, anualidades por alimentos o pensiones compensatorias, cambio de residencia habitual o variación en el número o circunstancias de los ascendientes, se aplicarán los nuevos tipos de retención a partir de la fecha en que se produzcan dichas variaciones o, en su caso, cuando se comuniquen las mismas.

La comunicación de variación de circunstancias debe realizarse con al menos 5 días de antelación a la confección de las nóminas. No obstante, el pagador tiene la opción de efectuar la regularización de este tipo de variaciones a partir del día 1 de los meses de abril, julio y octubre respecto de las variaciones que se hayan producido en los trimestres inmediatamente anteriores a estas fechas.

Si, a consecuencia de la regularización, la cuota de retención superase el incremento sufrido por la retribución, se toma como límite dicho incremento. Para este cálculo se toma como referencia la primera retribución y cuota de retención prevista para el ejercicio.

Si, a lo largo del año, se procede a varias regularizaciones, la cuantía de las retribuciones y la cuota de retención a tener en cuenta debe ser la de la última regularización efectuada.

#### Comunicación de datos

La comunicación deberá efectuarse con anterioridad al día primero de cada año natural o al inicio de la relación por la cual se perciben los haberes, considerando la situación personal y familiar que previsiblemente vaya a existir en estas dos últimas fechas.

No será preciso reiterar en cada ejercicio la comunicación de datos al pagador, en tanto no varíen las circunstancias personales y familiares del trabajador.

Cuando las variaciones en las circunstancias personales y familiares que se produzcan durante el año supongan un menor tipo de retención, podrán ser comunicadas a efectos de regularización y surtirán efectos a partir de la fecha de la comunicación, siempre que resten al menos 5 días para la confección de las correspondientes nóminas.

Cuando estas variaciones supongan un mayor tipo de retención, deberán ser comunicadas en el plazo de 10 días desde que se produzcan, y se tendrán en cuenta en la

primera nómina a confeccionar con posterioridad a esa comunicación, siempre y cuando resten, al menos, 5 días para la confección de la misma.

El pagador deberá conservar a disposición de la Administración Tributaria la comunicación debidamente firmada y los documentos aportados por el trabajador que la justifiquen.

#### Modificación del porcentaje de retención previsto

Los trabajadores podrán solicitar a sus correspondientes pagadores la aplicación de tipos de retención superiores con arreglo a las siguientes normas:

La solicitud se realizará por escrito ante los pagadores, quienes vendrán obligados a atender las solicitudes que se les formulen, al menos, con 5 días de antelación a la confección de las correspondientes nóminas.

El nuevo tipo de retención solicitado se aplicará, como mínimo, hasta el final del año, y en tanto no renuncie por escrito al citado porcentaje o no solicite un tipo de retención superior durante los ejercicios sucesivos, salvo que se produzca variación de las circunstancias que determine un tipo superior.

**c. DEDUCCIONES DEL IMPORTE DE PRODUCTOS  
RECIBIDOS EN ESPECIE POR EL TRABAJADOR**

En este apartado se analizarán las deducciones por ingresos a cuenta que se aplican sobre las retribuciones en especie como pago a cuenta del IRPF.

La valoración de los productos recibidos en especie se encuentra regulada en el art. 47 de la Ley del IRPF.

Por otro lado, el art. 26 del ETT establece que, en ningún caso, el salario en especie podrá superar el 30 % de las percepciones salariales del trabajador, resultante de la suma del importe del salario en dinero y en especie.

En la nómina aprobada a tal efecto no existe la posibilidad de registrar de forma independiente el ingreso a cuenta.

Por tanto, en el caso de que exista ingreso a cuenta, se sumará este al valor de los productos en especie, siendo en ese apartado donde se deducirán los dos conceptos.

Lo anterior no procederá si el importe del ingreso a cuenta ha sido repercutido al perceptor de la renta por el pagador.

Partidas no sujetas a ingreso a cuenta

No tienen consideración de salario en especie y, por tanto, no van a estar sujetos a ingreso a cuenta:

Los estudios dispuestos por instituciones, empresas o empleadores y financiados directamente por ellos para la actualización, capacitación o reciclaje de su personal, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo, incluso cuando su prestación efectiva se realice por otras personas o entidades especializadas. En estos casos, los gastos de locomoción, manutención y estancia se regirán por lo previsto más adelante en esta materia.

Las entregas de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social. Tendrán la consideración de entrega de productos a precios rebajados que se realicen en comedores de empresa las fórmulas indirectas de prestación de servicio cuya cuantía no supere la cantidad que reglamentariamente se determine. A estos efectos, el Reglamento del IRPF señala que tendrán tal consideración las admitidas por la legislación laboral en las que concurren los siguientes requisitos:

Que la prestación del servicio tenga lugar durante días hábiles para el empleado.

Que no tenga lugar durante los días que el trabajador devengue dietas por manutención exceptuadas de gravamen.

La cuantía de las fórmulas indirectas no podrá superar 7,81 €/día. Si la cuantía diaria fuese superior, existirá retribución en especie por el exceso.



Si para la prestación del servicio se entregasen al trabajador vales de comida o documentos similares, además de los requisitos exigidos en los números anteriores y cualquiera que fuese su emisor, se observará lo siguiente:

1 Deberán estar numerados, expedidos de forma nominativa y deberá figurar en ellos su importe nominal y la empresa emisora.

2 Serán intransmisibles.

3 No podrá obtenerse, ni de la empresa ni de tercero, el reembolso de su importe.

4 La empresa que los entregue deberá llevar y conservar relación de los entregados a cada uno de sus empleados, con expresión del número de documento y día de entrega.

5 La utilización de los bienes destinados a servicios sociales y culturales del personal.

6 La entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal del mercado, de acciones o participaciones en la parte que no exceda para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000,00 €/año. Los excesos sobre las cuantías señaladas tendrán la consideración de salario en especie.

7 Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador.

8 Las primas o cuotas satisfechas por la empresa a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad del trabajador, siempre que la cobertura de enfermedad alcance al trabajador, pudiendo, además, alcanzar a su cónyuge, ascendientes o descendientes, y que no excedan de 500,00 €/año para cada uno de ellos, cuando el seguro comprenda también al cónyuge o descendientes. El exceso sobre dichas cuantías constituirá retribución en especie.

9 Por último, no olvidar que las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones y de mutualidades de previsión social que reduzcan la base imponible no están sujetas a ingreso a cuenta.

#### Importe del ingreso a cuenta

El importe del ingreso a cuenta será el resultado de aplicar al valor de las retribuciones en especie el tipo de retención calculado según lo previsto anteriormente.

#### Imputación temporal

El ingreso a cuenta se imputará a los contribuyentes en el periodo en que se imputen las rentas sometidas a ingreso a cuenta.

#### Obligación de ingresar a cuenta

El empresario está obligado a ingresar a cuenta cuando remunera al trabajador con retribuciones en especie.

## **XXVIII. EL FINIQUITO**

### **1. CONCEPTO**

Mediante el recibo de saldo y finiquito se da por terminada la relación laboral y el trabajador afirma que su empresario le ha liquidado por cuantas obligaciones se derivasen de la relación contractual. Su valor esencial es el de documento probatorio de la extinción de las obligaciones del empleador respecto al trabajador.

### **2. CARACTERÍSTICAS DEL FINIQUITO**

La Ley de Derechos de Información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación faculta a los trabajadores para solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores (miembro del comité de empresa o delegado de personal) en el momento de proceder a la firma. En este caso, en el recibo de saldo y finiquito se hará constar dicha circunstancia tanto si el empleador accede a la presencia del representante legal como si se niega; es decir, si el empresario obstaculizase la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador tendrá derecho a hacerlo constar en el propio recibo a los efectos oportunos.

El finiquito tiene carácter liberatorio de todas las obligaciones contraídas con motivo de la relación laboral. No obstante, el trabajador no puede renunciar a derechos reconocidos legalmente o por convenio colectivo, antes o después de su adquisición. Esto significa que no todas las obligaciones quedan liberadas con la firma del finiquito. Sin embargo, si el derecho nace de la voluntad de las partes contratantes, el consentimiento prestado con la firma de finiquito es suficiente para condonar la deuda contraída.

A pesar de haber manifestado su voluntad en la firma del finiquito, en el caso de que el trabajador pruebe que firmó el finiquito pensando que la deuda ya se había satisfecho o ignorando que tenía derecho a determinada retribución, la firma de dicho documento no liberará al empresario.

Cuando se pretenda eliminar los efectos liberatorios del finiquito por la existencia de vicios de consentimiento, hay que acreditarlos.

Este sería el caso de quien alegue haber firmado el documento sin leerlo, ignorando su contenido, o el firmado mediante coacción o amenaza; dentro de este último caso, estaría el finiquito firmado antes del inicio de la relación laboral, o el trabajador obligado a firmar un finiquito en blanco, haya o no terminado la relación laboral. Ambos supuestos, si son probados, constituyen un delito contra los derechos de los trabajadores.

No tiene eficacia el finiquito en el que se alega causa inapropiada para la extinción del vínculo laboral.

### **3. EL FINIQUITO COMO INSTRUMENTO**

Establece el saldo o liquidación de cuentas entre empresario y trabajador, dejando constancia clara de que nada se deben las partes entre sí.

Acredita el pago resultante de la liquidación anterior, constituyendo por ello el finiquito un auténtico recibo.

El recibo de saldo y finiquito constituye, además, la prueba más importante de la extinción de la relación laboral.

En el finiquito se reflejará

Que el trabajador y el empresario han resuelto de mutuo acuerdo poner fin a la relación laboral que les une.

Que quedan liquidadas cuantas obligaciones estuvieran pendientes.

Que abona la cantidad que se refleja en el propio recibo.

Que el trabajador se compromete a no reclamar por ninguno de los conceptos que aparecen en el recibo.

#### **4. ELABORACIÓN DEL FINIQUITO**

En algunos convenios colectivos se contempla un modelo de finiquito. En estos casos es conveniente ceñirse a dicho modelo si no se quiere tener problemas de impugnación del documento.

En defecto de modelo expreso, el finiquito con carácter general debe reflejar los siguientes conceptos:

Los salarios devengados y no percibidos

Las partes proporcionales de vacaciones

Las partes proporcionales de pagas extraordinarias

La liquidación de anticipos y préstamos

Las indemnizaciones que puedan corresponder tanto por finalización de contrato basado en norma legal como en despido improcedente, etc.

Deducciones por Seguridad Social

Deducciones por IRPF

Es conveniente desglosar todos los conceptos retributivos a que tenga derecho el trabajador.

#### **5. VALOR EXTINTIVO Y LIBERATORIO DEL FINIQUITO POR DESPIDO**

Para que la firma del finiquito por parte del trabajador adquiriera valor extintivo de la relación laboral -manifieste la extinción de la relación laboral, y liberatorio,

liberando al empresario del abono de cualquier otro concepto salarial o extrasalarial derivado de la relación laboral que no se encuentre reflejado entre las cantidades devengadas- han de cumplirse una serie de requisitos establecidos por la jurisprudencia ante el vacío legal de la normativa.

Para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar (Sentencia TSJ Madrid, Sala de lo Social, nº 319/2010, de 22/04/2010, Rec. 5534/2009):

- La voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación;
- Un mutuo acuerdo sobre la extinción, o;
- Una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario.
- Referencia pormenorizada a los conceptos económicos saldados de forma que nada quede pendiente de pago a la extinción de la relación laboral entre las partes (tales como: el salario del mes en el que se cesa, las pagas extraordinarias, la parte proporcional de la paga de beneficios o incentivos, las vacaciones no disfrutadas o las percepciones no salariales pendientes).

Según el Tribunal Supremo, para determinar el alcance y contenido del pacto o acuerdo manifestado en un documento de finiquito se requiere un examen interpretativo sobre la literalidad y concurrencia de todos los elementos de forma individual para cada caso. A pesar de la falta de especificación normativa al respecto, se han definido conceptos sobre los que el valor libratorio del finiquito no actúa, por lo que su firma - o intento de firma-, no supondrá la efectividad del mutuo acuerdo extintivo de las partes:

a) Lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho (apdo. 1, Art. 84, LJS).

- b) Vicios en la voluntad de las partes (en caso de acreditarse).
- c) Pactos contrarios a una norma imperativa, al orden público o en perjuicio de terceros (STS 28/02/2000).
- d) Renuncias genéricas y anticipadas de derechos.
- f) Renuncias a las deudas nacidas con posterioridad a la firma del finiquito.
- g) Transacción o renuncia sobre derechos reconocidos por sentencias firmes favorables al trabajador.
- h) Cantidades que vinieran pagándose fuera de nómina.
- i) Causa ilícita del contrato temporal (Sentencia TS, Sala de lo Social, de 21/07/2009, Rec. 1067/2008)) o liquidación de sucesivos contratos temporales fraudulentos (Sentencia TS, de 18/02/2009, Rec. 3256/2007).
- j) Firma dejando constancia de la disconformidad en el recibí de las cantidades (Sentencia TS, Sala de lo Social, de 12/06/2012, Rec. 3554/2011).
- k) Cuando el documento está redactado en términos que inducen a error sobre la intención de las partes que lo firman (Sentencia TS, Sala de lo Social, de 02/12/2013, Rec. 34/2013).



Compensación de los gastos de viaje ocasionados por los desplazamientos: cuando no responde a desplazamientos por tratarse de una partida salarial más.

Cuando el trabajador perciba todos los meses una cantidad en concepto de desplazamientos, sin que existieran los mismos, los Tribunales consideran que esta cantidad se trata de una “partida salarial más” y cualquier fórmula recogida en el finiquito como: " quedando satisfechas todas las sumas derivadas de este procedimiento" o "se dan por saldadas diferencias económicas mantenidas con la empresa, tras la extinción de la reclamación laboral, sin que tenga nada más que reclamar", no es obstáculo para que prospere la reclamación salarial del trabajador, porque los conceptos reclamados no se encontraban recogidos en el acuerdo. Sentencia nº TSJ Extremadura, de 01/02/2002.

Acuerdo entre empresa y trabajador en acto de conciliación judicial.

El acuerdo alcanzado entre la empresa y el trabajador en el acto de conciliación judicial previo al inicio del proceso judicial, ha de ser tenido como un finiquito plenamente liberatorio en cuanto de sus términos gramaticales se pone de manifiesto la voluntad de ambas partes de dar por extinguida con ese acuerdo la relación laboral, sin que puedan entenderse excluidas del pacto las partidas que el actor reclama en su demanda por el hecho de que no se hubieren desglosado. Ver sentencia TSJ Cataluña, de 07/04/1999

Finiquito en contrato fraudulento

El Finiquito puede tener valor liberatorio, aun siendo fraudulento el contrato, en caso de acuerdo entre las partes, si su contenido refleja la voluntad del trabajador

de extinguir el contrato (Sentencia TS, Sala de lo Social, de 07/12/2004, Rec. 320/2004).

El finiquito supone la expresión de un consentimiento, que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado -por lo tanto sin vicios que lo invaliden- y recaído sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato, según quiere el Art. 1262, Código Civil.

El uso de un finiquito firmado en blanco constituye un delito tipificado hoy en el apdo. 1, Art. 311, Código Penal (STS 17/07/1992)

Las renunciaciones genéricas y anticipadas de derechos efectuadas en los recibos de finiquito contrariarían lo dispuesto en los apdo. 5, Art. 3 ET y Art. 3, LGSS, debiendo por ello considerarse nulas (STS de 28 de abril de 2004, sobre un finiquito en el que se renuncia a una indemnización que pudiera corresponderle a un trabajador por incapacidad permanente aún no reconocida en el momento de firmarse aquel). Sentencia TS, de 28/02/2000, Rec. 4977/1998.

Son ilegales las renunciaciones a las deudas nacidas con posterioridad a la firma del finiquito, tales como las derivadas de una posterior modificación del convenio colectivo con efectos retroactivos (SS. TS de 21 de diciembre de 1973, de 2 de julio de 1976, de 11 de junio de 1987 o de 30 de septiembre de 1992), de indemnizaciones por incapacidad permanente todavía no reconocida (SS. TS de 28 de agosto de 1984, de 31 de mayo de 1985, de 28 de noviembre de 1986 o de 11 de mayo de 1987) o de mejoras complementarias de la Seguridad Social para la incapacidad permanente parcial declarada con posterioridad a la firma del finiquito (SS. TS de 25 de septiembre de 2002 o de 11 de noviembre de 2003).

Se prohíbe la transacción o la renuncia de los derechos reconocidos por sentencias firmes favorables al trabajador, tales como indemnizaciones por despidos declarados judicialmente improcedentes o por resoluciones unilaterales del contrato por voluntad del trabajador (Art. 247, LJS). Sentencia nº TS, de 18/11/2004, Rec. 6438/2003

Los Tribunales estiman que el finiquito sólo tiene valor liberatorio respecto a las cantidades y conceptos que figuran en el mismo, pero no respecto a las restantes como es el caso de las cantidades que vinieran pagándose fuera de nómina. Sentencias nº TS, Sala de lo Social, de 14/09/2009 y TS, Sala de lo Social, de 22/03/2011, Rec. 804/2010

## **XXIX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017** **NÚMERO RECURSO: 3442/2014**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por contra la empresa Fomento de Construcciones y Contratas S.A., debo condenar a la demandada al pago de las siguientes cantidades: D. Isidoro 25.797'35 euros, D. Jacobo 39.174'71, D. Jesús 5553,74 D. Justiniano 39.190'80,

D. Justo 28.023'53, D. Leonardo 22.050'56, D. Lucas 39.743'08, D. Lucio 38.621'63, D. Marcos 21.905'62, D. Mateo 923'06, D. Melchor 18.736'89, D. Narciso 26.862'87, D. Norberto 2.509'58, D. Ovidio 2.308'55, D. Pedro 17.808'46, D. Primitivo 21.843'53».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO. D. Isidoro , D. Jacobo , D. Jesús , D. Justiniano , D. Justo , D. Leonardo , D. Lucas , D. Lucio , D. Marcos , D. Mateo , D. Melchor , D. Narciso , D. Norberto , D. Ovidio , D. Pedro , D. Primitivo , trabajan para la empresa demandada, FCC S.A., con la categoría y antigüedad que figura en sus respectivas demandas que se dan por reproducidas.- SEGUNDO.- El 23/12/2004 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada el convenio colectivo de trabajo de la empresa FCC S.A. y los trabajadores de las plantas de tratamiento y transferencia de R.S.U. de la provincia de Granada (código de convenio 1801742), de vigencia, en lo que a los efectos económicos se refiere, desde el 01/01/2004 y hasta el 31/12/2007. El 27/04/2006 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada el convenio colectivo de trabajo para el sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada, de carácter estatutario y eficacia general, derivado del acuerdo alcanzado entre la Asociación Patronal de Empresas de Limpieza Pública (AESLIP) y los sindicatos más representativos (código de convenio 1802035).- El 22/04/2008 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada el acuerdo alcanzado entre la demandada y el Comité de Empresa de las plantas de transferencia y tratamiento de residuos y por el que se regulaban ciertas condiciones adecuadas al centro de trabajo que se decían no desarrolladas por el convenio provincial y se afirmaba la voluntad de las partes firmantes del acuerdo de aplicar las tablas salariales del referido convenio desde el año 2008. La eficacia del meritado acuerdo venía prevista entre el 01/01/2008 y el 31/12/2011 y no llegó a hacerse efectivo al no acontecer las previsiones de su acuerdo quinto.- El 21/06/2013 se publicó en el Boletín Oficial de la provincia de Granada el Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa FCC S.A. para las plantas de tratamiento y transferencia de la provincia de Granada, de aplicación a todos los trabajadores que presten servicios para la mercantil citada adscritos a los centros de trabajo de las plantas de tratamiento y transferencia de la provincia de Granada. Los efectos económicos del

citado convenio vienen previstos desde el 01/01/2013 y la vigencia del mismo se indica, con carácter general, hasta el 31/12/2015.- TERCERO.-- El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencias de 21/12/2011 (procedimientos 20/11 y 297/11 ), confirmadas por el Tribunal Supremo en sentencias de fechas 15/04/2013 y 10/12/2012 , en las que se afirmaba que, a partir del año 2008, era de aplicación a los trabajadores de la demandada, ya vinieran adscritos al servicio de limpieza viaria y recogida de residuos, o al de tratamiento y transferencia de residuos en Plantas, el convenio de trabajo para el sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada. CUARTO.- La empresa demandada, durante el período al que se contrae la reclamación objeto del presente pleito, venía abonando salarios a la parte actora en atención a las previsiones del convenio de empresa publicado en BOP de 27/04/2006.- Las cuantías satisfechas a la parte trabajadora son las que constan en las nóminas aportadas como prueba documental por ambas partes.- QUINTO.- El convenio colectivo de trabajo de la empresa FCC S.A. y los trabajadores de las plantas de tratamiento y transferencia de R.S.U. de la provincia de Granada (código de convenio 1801742) indicaba en su artículo 10, al respecto del plus transporte, lo siguiente: "Todos los trabajadores afectados por este convenio colectivo, percibirán un plus por este concepto en la cuantía que se especifica en las tablas salariales anexas. Se devengará por día realmente trabajado.".- En aplicación de tal previsión convencional la empresa demandada venía incluyendo en las nóminas de la parte actora abonos por el concepto "plus transporte" durante el tiempo trabajado.- El citado plus no se abonaba en vacaciones ni durante los períodos de incapacidad temporal. La demandada no cotizaba por el concepto "plus transporte" salvo en caso de exceso del 20% del IPREM y no se incluía suma alguna que correspondiera al concepto de "plus transporte" ni en las sumas satisfechas a los trabajadores por vacaciones retribuidas, ni en el complemento para las situaciones de incapacidad temporal.- SEXTO.- Para las categorías de conductor día, conductor noche, peón día, peón noche, y encargado, el salario es el siguiente: En 2008 29.109'30, 30.928'63, 23.651'31, 25.470'64, 33.596'98 euros respectivamente. En 2009 29.604'16, 31.454'42, 24.053'38, 25.903'64, 34.168'13 euros respectivamente. En 2010 30.758'72, 32.681'14, 24.991'46, 26.913'88, 35.500'69 euros respectivamente. SÉPTIMO.- El artículo 22 del convenio de

empresa preveía un complemento del subsidio de IT hasta un 100% de todos los conceptos salariales que perciba el trabajador, en los casos y en los términos que dicho precepto establece. Los trabajadores han percibido por complemento de IT las cantidades reflejadas en sus nóminas que se dan por reproducidas como complemento SOE.- OCTAVO.- Los demandantes reclaman las siguientes cantidades por el periodo de 2008 a 2010: D. Isidoro 25.797'35 euros, D. Jacobo 39.174'71, D. Jesús 555374, D. Justiniano 39.190'80, D. Justo 28.023'53, D. Leonardo 22.050'56, D. Lucas 39.743'08, D. Lucio 38.621'63, D. Marcos 21.905'62, D. Mateo 923'06, D. Melchor 18.736'89, D. Narciso 26.862'87, D. Norberto 2.509'58, D. Ovidio 2.308'55, D. Pedro 17.808'46, D. Primitivo 21.843'53.- NOVENO.- D. Isidoro , D. Jacobo , D. Jesús , D. Justiniano , D. Justo , D. Leonardo , D. Lucas , D. Lucio , D. Marcos , D. Mateo , D. Melchor , D. Narciso , D. Norberto , D. Ovidio , D. Pedro , D. Primitivo promovieron conciliación que se celebró ante el CEMAC con el resultado de "intentado sin efecto" interponiendo posteriormente demanda que fue turnada a este Juzgado».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, la cual dictó sentencia en fecha 3 de septiembre de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra Sentencia dictada el día 20 de Febrero de 2.014 por el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Granada , en autos en reclamación de cantidad seguidos frente a la misma a instancias de D. Isidoro , D. Jacobo , D. Jesús , D. Justiniano , D. Justo , D. Leonardo , D. Lucas , D. Lucio , D. Marcos , D. Mateo , D. Melchor , D. Narciso , D. Norberto , D. Ovidio , D. Pedro y D. Primitivo , debemos revocar y revocamos parcialmente referido pronunciamiento condenándose a dicha recurrente a que abone a cada uno de los actores de litis la cantidad resultante de descontar de la reconocida por la sentencia de instancia, la percibida durante el período reclamado en concepto de plus de transporte y la que en su caso hubieran podido percibir en concepto de plus de festivos, siempre con el límite que para cada uno de ellos reconoce adeudarles en su recurso la demandada y que

concreta en 26.697,72€ para D. Lucio , 0€ para D. Cesareo , 35.460,17€ para D. Lucas , 4.618,94 € para D. Jesús , 7.082,71 € para D. Marcos , 14.912,11 € para D. Leonardo , 34.417,79 € para D. Justiniano , 35.573,38 € para D. Jacobo , 22.124,90 € para D. Justo , 923,06 C. para D. Mateo , 1.371,73 € para D. Dionisio , 20.979,10 € para D. Narciso , 1.097,00 € para D. Ovidio , 9.586,36 € para D. Melchor , 23.726,78 € para D. Isidoro , 11.625,97 € para D. Primitivo y 19.008,12 € para D. Pedro ».

CUARTO.- Por el Letrado D. Félix Ángel Martín García, en la representación que ostenta de D. Isidoro , D. Jacobo , D. Jesús , D. Justiniano , D. Justo , D. Leonardo , D. Lucas , D. Lucio , D. Marcos , D. Mateo , D. Melchor , D. Narciso , D. Norberto , D. Ovidio , D. Pedro , y D. Primitivo se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 (Rec. 1065/2012 ).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, en el que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- En las presentes actuaciones, los accionantes reclaman de la demandada «Fomento de Construcciones y Contratas, SA» diversas cantidades, por diferencias salariales correspondientes al periodo Enero/08 a Mayo/10, a consecuencia de la indebida aplicación del Convenio Colectivo de ámbito estatal y no del Convenio provincial de «FCC SA» para los trabajadores de las «plantas de tratamiento y transferencia de R.S.U» de la provincia de Granada. Reclamación que se hace sobre la base, entre otras consideraciones, de que en la comparación no deben computarse las cantidades ya percibidas por los «pluses» de «transporte», que no reviste cualidad salarial, y de «festivos», que remunera servicios prestados en circunstancias especiales.

2.- En 20/02/14 se dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda por el J/S nº 1 de los de Granada, porque entiende el Magistrado que no son incluibles en el

salario a percibir y a comparar los conceptos referidos -pluses de transporte y festivos-, en tanto que extrasalariales. Criterio rectificado en trámite de Suplicación por la STSJ Andalucía/Granada 03/Septiembre/2014 [rec. 1103/14], que muy contrariamente incluye en la comparación entre convenios los dos cuestionados conceptos, por entender que sí tienen consideración salarial.

3.- Se formula recurso de casación para la unidad de la doctrina por la representación de los trabajadores, con un solo motivo en el que se denuncia la infracción del art. 26 ET y se solicita que se declare «la naturaleza extrasalarial del plus de transporte abonado a los actores en nómina, con los demás pronunciamientos que en derecho procedan»; y al efecto se aporta como contraste la STS 17/01/13 [rcud 1065/12 ], que atribuyó naturaleza extrasalarial al «plus de transporte» previsto en el art. 53 del convenio colectivo de industrias siderometalúrgicas de Guadalajara.

SEGUNDO.- 1.- Continuamente recordamos que el art. 219 LJS exige -para la admisión del recurso para la unidad de la doctrina- que las resoluciones a comparar en este recurso han de resultar contradictorias, en el sentido de que lleguen a soluciones diversas pese a ser esencialmente iguales en los presupuestos de hechos, fundamentos y pretensiones.

En el bien entendido que la exigencia de igualdad se extiende, como es lógico, a la normativa aplicable al caso, de modo que la contradicción no existe si los hechos suceden bajo la vigencia de normas -o Convenios Colectivos- que los regulan de diferente modo ( SSTS 18/12/91 -rcud 622/91 -; ... 28/06/16 -rcud 3984/14 -; 14/07/16 -rcud 3089/14 -; 29/11/16 -rcud 765/15 -; y 02/02/15 -rcud 2012/15 -). Y ello es así en razón a que «... cuando las pretensiones formuladas en los correspondiente procesos se fundan en normas distintas no puede apreciarse la identidad de las controversias, porque se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión. Por ello, la parte recurrente tiene la carga de determinar cuáles son las regulaciones aplicables en cada caso y establecer que, pese a ser formalmente distintas, tienen un contenido idéntico» (SSTS 22/06/11 -rcud 2036/10 -; y 30/10/12 -rcud 3658/11). De esta forma, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena



identidad de las regulaciones, con el alcance precisado (SSTS 25/02/13 -rcud 3309/12 ; 25/10/13 -rcud 198/13 -; 12/12/13 -rcud 167/13 -; 17/06/14 -rcud 2098/13 -; y 02/02/15 -rcud 2012/15).

2.- Pues bien, en el supuesto ahora debatido, el convenio colectivo del que parten los accionantes es el de ámbito estatal para el sector de «limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación del alcantarillado», que no contemple de manera específica el «plus de transporte», limitándose en su art. 29 y bajo el epígrafe de «sistema salarial» a incluir -apartado B- como «percepciones no salariales» a las «indemnizaciones o suplidos por gastos que hubieran de ser realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral». Por el contrario, el art. 53 del Convenio colectivo para las Industrias Siderometalúrgicas de Guadalajara -examinado en nuestra decisión de contraste- dispone que «todos los trabajadores, cualquiera que sea su grupo profesional, percibirán euros mensuales en el año, en concepto de plus de transporte y desgaste de herramientas. Dicha cantidad, que se percibirá durante el período de vacaciones, será proporcional al tiempo de trabajo durante el mes a que corresponde su devengo». De esta forma, y partiendo de la diversidad de los regímenes convencionales de aplicación, la conclusión ha de ser -a primera vista- contraria a la exigible contradicción.

3.- Ahora bien, esa diferencia de tratamiento ofrecida por los respectivos convenios de aplicación, por fuerza habría de ceder frente a una práctica empresarial divergente de las previsiones convencionales que en su caso parificase los supuestos a contrastar. Y en el presente caso nos hallamos: a) con que la sentencia recurrida califica de «salarial» un concepto que se abona a todos los trabajadores, en cuantía determinada por su categoría profesional y con independencia de su necesidad o distancia, y también se incluye en el complemento empresarial por IT; y b) en la de contraste, se abona en los exactos términos previstos en el convenio colectivo, en el que se regula bajo el epígrafe general de «complementos no salariales» y el título «indemnizaciones o suplidos», y aunque se retribuye en vacaciones y se incluye en las pagas extras, para la decisión referencial éstos «no son indicios suficientes "para privarle de la naturaleza jurídica claramente definida en el convenio", máxime tratándose de "un concepto que se abona en proporción a los días trabajados en cada mes" (STS 25-11-2011, citada)».

Y así las cosas, entre los supuestos a comparar no apreciamos la identidad sustancial que atienda a cumplir el requisito de la contradicción como presupuesto de este recurso unificador, y no sólo desde la diversidad normativa que suponen los dos convenios colectivos de aplicación, sino también desde la realidad aplicativa de ambos supuestos. Con lo que no hacemos sino reiterar -como destaca acertadamente el Ministerio Fiscal- el criterio ya mantenido por esta Sala en los autos de 09/06/15 [-rcud 2587/14-] y 16/07/15 [-rcud 3179/14-], que excluyeron la exigible contradicción en reclamación idéntica a la presente, frente a la misma empresa demandada y proponiendo la misma referencial que en los presentes autos.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a desestimar el presente recurso, pues cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (SSTS -recientes- 20/04/17 -rcud 1202/15 -; 25/04/17 -rcud 3190/15 -; y 26/04/17 -rcud 1995/15). Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Isidoro , D. Jacobo , D. Jesús , D. Justiniano , D. Justo , D. Leonardo , D. Lucas , D. Lucio , D. Marcos , D. Mateo , D. Melchor , D. Narciso , D. Norberto , D. Ovidio , D. Pedro y D. Primitivo , frente a la STSJ Andalucía/Granada 03/Septiembre/2014 [rec. 1103/14 ], que estimó parcialmente la demanda interpuesta frente a «FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA». 2º.- No imponer costas a los recurrentes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 1577/2015**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 5 de Granada dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º. -Los actores que a continuación se relacionan viene prestando sus servicios para la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. con CIF A-28037224 y domicilio en Barcelona, con las siguientes circunstancias:

- D. Juan Pablo con D.N.I. núm. NUM000 desde el día 1 de mayo de 1999 con la categoría profesional de Peón de Día y percibiendo su salario según convenio.

- D. Sergio con D.N.I. NUM001 con la categoría profesional de Peón Noche y percibiendo su salario según convenio.

- D. Casiano con D.N.I. núm. NUM002 desde el 2 de marzo de 2009 con la categoría profesional de Oficial 1ª conductor y salario según convenio.

D. Fructuoso con D.N.I. núm. NUM003 desde el día 14 de diciembre de 2009 con la categoría de Oficial 1ª Conductor de día y percibiendo su salario según convenio.

Los actores Juan Pablo y Casiano han prestado sus servicios en la Planta de Trasferencias de Residuos Sólidos Urbanos en el municipio de Vélez de Benaudalla (Granada) y Sergio en Almuñécar (Granada).

2º.- Los actores reclaman diferencias salariales correspondientes a los años 2008 a 2010 por aplicación del Convenio Colectivo Provincial en las siguientes cuantías una vez que en el acto de la vista existió consenso entre las partes en orden a la aplicación del IPC real y del pago de 14 pagas anuales:

D. Juan Pablo. AÑO 2008: 8.839,45 C. Año 2009: 7.884,83 €, Año 2010: 4.974,43 C. Total: 21.698,71 €.

D. Sergio. AÑO 2008: 9.416,33 €, Año 2009: 8.514,87 €, Año 2010: 4.919,91 €.  
C. Total: 22.851,11 €.

D. Casiano. Año 2009: 8.628,03 €, Año 2010: 6.373,56 €. C. Total: 14.901,59 €.

D. Fructuoso: junio a diciembre de 2012: Total 11.156,95 euros.

La empresa reconoce adeudar a los actores las siguientes cantidades:

D. Juan Pablo: Si estima prescripción año 2009: 848,83 €, año 2010: 2.731,78 €. Si no estima prescripción año 2008: 7.168,24 €, año 2009: 7.641,75 euros y año 2010: 2.731,78 euros.

D. Sergio: Si estima prescripción año 2009: 980,65 €, año 2010: 2.184,58 €. Si no estima prescripción año 2008: 7.378,86 €, año 2009: 7.069,88 euros y año 2010: 2.184,58 euros.

D. Casiano: Si estima prescripción año 2009: 2.269,11 euros, año 2010: 3.546,93 €. Si no estima prescripción año 2009: 17.284,41 €, año y año 2010: 3.546,93 euros.

D. Fructuoso: 10.738,20 euros.

3º.- La empresa demandada en el periodo objeto de reclamación en la presente litis ha venido abonando a los trabajadores sus salarios con arreglo a las previsiones del Convenio Colectivo de empresa publicado en el BOP de fecha 27 de abril de 2006, esto es el Convenio Colectivo de trabajo para el sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada de carácter estatutario y eficacia general, derivado del acuerdo alcanzado entre la Asociación Patronal de Empresas de Limpieza Pública (AESLIP) y los sindicatos más representativos. Los actores venían percibiendo sus salarios conforme a las cuantías que reflejan las nóminas aportadas por la empresa si bien el salario anual (14 Pagas más IPC real) conforme al Convenio Colectivo Provincial asciende a las siguientes cantidades:

Peón día: AÑO 2008: 23.651,31 Euros. AÑO 2009: 24.053,38 Euros. AÑO 2010: 24.991,46 Euros.

Peón Noche: AÑO 2008: 25.470,64 Euros. AÑO 2009: 25.903,64 Euros. AÑO 2010: 26.913,88 Euros.

Conductor día: AÑO 2009: 24.670,13 Euros. AÑO 2010: 30.758,72 Euros. AÑO 2012: 32.981,16 Euros.

4º.- En el año 2004, concretamente en fecha de 23 de diciembre de 2004 se publica en el BOP de Granada Convenio Colectivo de trabajo de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y los trabajadores de las plantas de tratamiento y transferencia R.S.U. de la provincia de Granada. Dicho Convenio Colectivo era el que se venía aplicando a los trabajadores de la demandada y el mismo recogía una estructura salarial dividida por conceptos y en su artículo 10 regulaba el Plus de Transporte estableciendo que "Todos los trabajadores afectados por este Convenio Colectivo percibirán un plus por este concepto en la cuantía que se especifica en la tablas salariales anexas. Se devengará por día realmente trabajado". En aplicación de esta norma convencional la empresa venía abonando a los actores en sus nóminas el denominado plus de transporte por los días efectivos de trabajo no siendo idéntico el importe cada mes ni para todos los trabajadores de la misma categoría fijándose una cuantía fija que se abona por unidades. La demandada no cotizaba por ese concepto pero si tributaba por el mismo en el exceso del 20 % de IPREM. No consta su abono en los periodos de vacaciones ni tampoco en los periodos en los que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal, periodos en los que el mismo cobraba un complemento de hasta el 100 % de su salario denominado complemento SOA.

5º.- El Tribunal Supremo en fecha de 21 de diciembre de 2009 en la que casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha 26 de noviembre de 2008. En dicha sentencia el Tribunal Supremo declara que para el año 2008 resulta de aplicación la Tabla Salarial aplicable a los trabajadores sujetos al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial de Granada para el sector de limpieza y conservación de alcantarillado publicado en el

BOP de 27 de abril de 2006, debe ser el Acuerdo Tercero del mismo más los incrementos anuales porcentuales que deben hacerse a la misma desde enero de 2004, incrementos que se concretan en el 4,1 % para el año 2004 y en los años siguientes en el incremento anual del IPC más el 0,9 % lo que supone una subida del 4,6 % para el año 2005, del 3,6 % para el año 2006, del 5,1 % para el año 2007 y del 3,4% revisable con el incremento del IPC para el año 2008. A raíz de esta sentencia la empresa demandada plantea un conflicto Colectivo que es resuelto por sentencia de 21 de diciembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada , posteriormente confirmadas por el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 10 de febrero de 2012 y 15 de abril de 2013 en las que se establece que a partir del año 2008 el Convenio Colectivo aplicable es el Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento, eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada. El citado Convenio Provincial en su Acuerdo III establece que es voluntad de las partes que el 1 enero de 2008 entre en vigor la siguiente tabla salarial: Conductor de día: 24.000 euros/año. Conductor de noche: 25.500 euros/año. Peón de día: 19.500 euros/año. Peón de noche: 21.000 euros/año. Encargado capataz: 27.700 euros/año. Con el incremento anual del IPC más el 0,9 % hasta el 31 de diciembre de 2010 desde 1 de enero de 2004. Si antes del año 2010 se produce el vencimiento o prórroga de una contrata, las retribuciones anuales brutas para cada una de las categorías aceptadas será la de la tabla de referencia con los incrementos de IPC más 0,9 % que le corresponden en ese momento.

6º.- Los actores Juan Pablo, Sergio y Casiano interponen papeleta de conciliación ante el CEMAC en fecha de 20 de diciembre de 2010. Se celebra el acto de conciliación en fecha de 19 de enero de 2011 con el resultado de Intentado sin Efecto, y demanda en fecha de 10 de febrero de 2011. El actor Fructuoso presenta papeleta de conciliación ante el CEM AC en fecha de 28 de enero de 2013. Se celebra el acto de conciliación ante el CEMAC en fecha de 19 de febrero de 2013 con el resultado de sin Avenencia. Se interpone demanda en fecha 14 de marzo de 2013.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que previa estimación de la excepción de falta de competencia territorial planteada por la parte demandada respecto de las demandas en su día interpuestas por D. Sergio , Juan Pablo

Y Casiano , declaro la incompetencia de este Juzgado, dejando a salvo el derecho de los citados actores a plantear su demanda ante el Juzgado de lo Social de Motril y estimando la demanda promovida por D. Fructuoso contra la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. debo condenar y condeno a la citada empresa a que abone al actor la cantidad de 11.156,95 euros.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Fructuoso , D. Sergio , D. Casiano y D. Juan Pablo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, la cual dictó sentencia en fecha 11 de febrero de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando como estimamos parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por D. Fructuoso y la demandada FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. y desestimando totalmente interpuesto por los otros tres actores D. Sergio , D. Juan Pablo , D. Casiano contra Sentencia dictada el día 22 de Julio de 2.014 por el Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Granada , debemos revocar y revocamos referido pronunciamiento, en lo relativo a la cantidad cuyo abono le es de reconocer a dicho recurrente y que se fija en 10.231,75€ que devengará igualmente el correspondiente interés por mora y confirmándose en lo restante. Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir, y de la cantidad consignada, la diferencia entre la condena fijada en la instancia y la que ahora se decide.».

TERCERO.- Por la representación de Fomento de Construcciones y Contratas SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 14 de abril de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de abril de 2013 (rcud 2554/2012) y el 10 de junio de 2009 (rc 103/2008).

Con fecha 16 de febrero de 2016 se acordó la suspensión del trámite del presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Con fecha 1 de diciembre de 2016 se alzó la suspensión acordada.

CUARTO.- Con fecha 23 de febrero de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación

procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, se presentó por la empresa recurrente escrito designando para su defensa y representación al letrado D. Pablo Domínguez Barrera. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Contra la sentencia que la condena a pagar 10.231'75 euros en concepto de diferencias salariales hasta el 31 de diciembre de 2012, correspondientes a esa anualidad, más el interés por mora del artículo 29-3 del Estatuto de los Trabajadores , se interpone el presente recurso que plantea dos motivos: uno sobre la imposibilidad de actualizar los salarios a partir del 31 de diciembre de 2010, al estar el convenio colectivo en fase de ultraactividad y el otro por entender que no se deben intereses por mora.

SEGUNDO.- 1. Por razones sistemáticas, conviene analizar y fijar primero el tema de la cantidad adeudada y luego resolver sobre el pago de intereses. Por ello, procede examinar en primer lugar el segundo motivo del recurso que alega la infracción de los artículos 86-3 y 3-1 del ET y 1.281 y siguientes del Código Civil en relación con el Acuerdo Tercero del Convenio Colectivo de Limpieza Viaria de la Provincia de Granada que dispone: "Las cantidades anteriormente reseñadas se incrementarán con el IPC anual más el 0'9 % desde el día 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010". Sostiene la recurrente, pues, que, como el convenio se encuentra en fase de ultraactividad, a partir del 31 de diciembre de 2010 no procede actualizar las retribuciones conforme a lo previsto en él.

2. Con carácter previo al análisis de la contradicción debemos realizar una relevante consideración.



Se da la circunstancia de que la misma cuestión jurídica que es objeto del proceso individual ha quedado definitivamente resuelta en la sentencia de esta Sala IV de 8 de noviembre de 2016, rec.102/2016, recaída en el procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por la empresa para que se declarase que los términos de lo pactado en el Convenio Colectivo Provincial de Limpieza Pública de Granada no permiten actualizar e incrementar sus tablas salariales más allá de 31-12-2010.

La demanda fue desestimada en instancia por sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía. Granada de 17 de diciembre de 2015, al entender el Tribunal - igual que así lo hace en el caso de autos-, que lo dispuesto en dicho convenio colectivo obligaba a actualizar sus tablas salariales con posterioridad a 31-12-2010.

La empresa interpuso recurso de casación que fue íntegramente acogido por esta Sala IV en nuestra precitada sentencia, en la que concluimos que los salarios que debe abonar en el ámbito del susodicho convenio colectivo son los establecidos en la correspondiente tabla salarial actualizada hasta 31/12/2010, sin que proceda ninguna otra actualización más allá de tal fecha.

Así las cosas, nos enfrentamos a la necesidad de determinar los efectos que en sede de recurso de casación para la unificación de doctrina haya de tener una sentencia firme de conflicto colectivo, en la que se deciden de manera colectiva y con el mismo objeto, idénticos problemas jurídicos que en la sentencia recurrida que resuelve un pleito individual con ese mismo objeto y sin aplicar el artículo 160.5 LRJS. 3.

3. Ha tenido ya esta Sala ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en SSTs16/06/2015 (rec .608/2014); 16/06/2015 (rec09/2014); 17/06/2015 (rec.601/2014), entre otras.

En ellas hemos sentado doctrina en el sentido de entender que, en esta singular situación jurídica, el estricto análisis de la concurrencia de contradicción debe ceder ante la preferencia que debe concederse al efecto de cosa juzgada que la sentencia de conflicto colectivo despliega sobre los procesos individuales con el mismo objeto.

De forma que la solución a ese problema no viene en este caso determinada por la interpretación de lo que dispone el artículo 219 LRJS en materia de contradicción,

sino que habrá de resolverse desde la especial perspectiva que proporciona el artículo 160.5 de la misma norma , en el que se dice literalmente lo siguiente: "La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria."

Como en dichas sentencias hemos razonado " Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha acercado en numerosas sentencias al contenido del precepto, nacido y redactado de manera más sencilla en el artículo 158.3 del primer texto de la LPL de 1.990 y subsiguientes redacciones idénticas de esa norma, hasta la actual de la LRJS antes transcrita, y ha construido una constante doctrina en la que se establece que la parte dispositiva de la sentencia de conflicto colectivo es "la que determina aquellos efectos de la cosa juzgada sobre las sentencias de conflicto individual tramitadas con el mismo objeto, puesto que tales sentencias por su propia naturaleza tienen un efecto regulador o, como se dijo en nuestra sentencia de 30 de junio de 1994 (R. 1657/1993 ) normativo, en la medida en que la sentencia que se dicta en este tipo de procesos colectivos define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, de forma que el efecto de vinculación de una sentencia de tal naturaleza sobre los procesos individuales supera el que correspondería en sentido estricto a efecto positivo de la cosa juzgada en el marco de litigios individuales o plurales en atención a la generalidad del alcance de dichas sentencias" ( STS de 2 de noviembre de 2.007 - R. 5011/2005 , y las que en ella se citan).

En realidad, lo que se ha de extraer del precepto y de la doctrina jurisprudencial citada, a la que se añadirían las SSTs de 20 de diciembre de 2001 (R. 669/2001 ), 30 de septiembre de 2004 (R. 4345/2003 ) 18 de octubre de 2006 (R. 2149/2005 ), 24 de junio

de 2013 (R. 1031/2012 ) y de 15-7-2014, (R. 2393/2013 ) es que esa norma tiene una sustantividad propia nacida de su finalidad procesal específica que se justifica en su vinculación al efecto positivo de la cosa juzgada y que contiene una directa correlación en su proyección laboral con el número 4 del artículo 222 LEC, en el que se dice que "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal."

El 160.5 LRJS contiene por tanto la regulación de una modalidad singular de la proyección que en el proceso laboral haya de tener la cosa juzgada material establecida, como se ha visto, con carácter general en el artículo 222 LEC, impulsando aquella norma procesal laboral sus especiales efectos vinculantes desde lo colectivo a lo individual como instrumento específico de eficaz solución rápida y sobre todo uniforme de la litigiosidad, tratando de evitar la eventual dispersión de criterios judiciales a través de ese eficaz instrumento procesal, consecuencia por otra parte de la aplicación de elementales principios constitucionales como el de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) y el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En consecuencia, en casos como el presente en el que la sentencia que decide el pleito individual ignora la realidad de que el asunto se resolvió con anterioridad por sentencia colectiva firme, la necesidad de que la Sala de casación establezca la certeza jurídica no viene dada a través del análisis de la contradicción entre las sentencias por el cauce tradicional del art. 219.1 LRJS -aunque materialmente sean opuestas- sino la adecuación de la situación a la legalidad es un efecto necesario derivado de la exigencia de un precepto que específicamente regula para estos concretos supuestos la necesidad de que la sentencia individual no pueda prevalecer sobre la colectiva firme previamente dictada, naturalmente siempre y cuando concurren los requisitos que para ello se establecen en el propio artículo 160.5 LRJS ".

La aplicación de esta misma doctrina al caso de autos, no existiendo duda alguna sobre la absoluta identidad entre el objeto del presente proceso individual y lo resuelto en el de conflicto colectivo, imponen que deba apreciarse la existencia de cosa juzgada,

y esto hace innecesario que concurra la sustancial igualdad entre la sentencia recurrida y la invocada como referencial, en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones, que exige el art. 219.1º LRJS para la viabilidad del recurso de casación unificadora.

Como bien señala el Ministerio Fiscal, ciertamente no concurre el presupuesto de la contradicción respecto a la STS 10/6/2009, rec.103/2008 , que se cita en el recurso como sentencia de contraste, que resuelve sobre un convenio colectivo diferente y conforme a las específicas y singulares previsiones que contiene en materia de actualización de sus tablas salariales durante la situación de ultraactividad, por más que el resultado sea finalmente el mismo que hemos alcanzado posteriormente en nuestra STS 8/11/2016, al resolver el conflicto colectivo del que se deriva el efecto de cosa juzgada.

4. Sentado lo anterior, no queda sino aplicar en el presente proceso individual la misma solución que hemos dado al conflicto colectivo en la precitada sentencia.

Como en ella razonamos, "la interpretación ofrecida por el TSJ de Andalucía/Granada a la cuestión debatida no se ajusta -efectivamente- a las reglas legales de la exégesis en los negocios jurídicos, siendo así que si bien la previsión del Acuerdo Tercero -en tanto que salarial- tiene indudable cualidad normativa, y precisamente por esta naturaleza bien pudiera haberle alcanzado la ultraactividad pactada en el Acuerdo Cuarto, no lo es menos que la literalidad del pacto Tercero expresa una indudable limitación temporal [«...desde el día 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010...»] cuya prolongación a tiempo posterior, sin convención expresa al respecto, no solamente contradice el indubitado sentido de los términos empleados [«desde ... hasta»], sino que es opuesta a la voluntad limitativa que evidencia la minuciosa regulación de los sucesivos incrementos salariales efectuada en el apartado 5º de ese Acuerdo Cuarto [«a) Se abonará de manera inmediata el 4,1% de subida salarial del año 2004. b) Se abonará para el año 2005 el 2,9% desde el día 1 de enero a cuenta de la subida salarial del IPC más el 0,9. c) En el año 2005 se aplicará una subida lineal de acuerdo con los siguientes tramos:...»], mostrando bien a las claras -a nuestro juicio- la injustificada extralimitación que comporta haber extendido los incrementos pactados a periodos de tiempo diversos de los previstos ".

5. Por todo lo razonado y de conformidad con el Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa, para casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de igual clase interpuesto por la empresa, revocar la sentencia de instancia y condenar a la recurrente a pagar únicamente las cantidades reconocidas como adeudadas, de acuerdo con lo que la propia interesada solicitó y admitió expresamente en la instancia y en suplicación, esto es 10.738'20 euros. Sin costas en esta alzada.

TERCERO.- 1. El otro motivo del recurso cuestiona la condena al pago de intereses y alega la indebida aplicación del art. 29-3 del ET.

La sentencia recurrida condena al pago del interés por mora del citado artículo 29-3 del ET por las diferencias salariales producidas y reconocidas por la sentencia de instancia en los periodos que en ella se indican. Entiende que esos intereses se deben en todo caso, sin que proceda exonerar de su pago en supuestos como el que contempla por no ser complicado el cálculo de las diferencias salariales, haberse allanado la empresa al pago de parte de la deuda y no haber consignado cantidad alguna para su pago.

2. Contra el anterior pronunciamiento se ha interpuesto el presente recurso que, como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, según el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se trae la dictada por esta Sala el 29 de abril de 2013 (R. 2554/2012).

Para el análisis de la existencia de contradicción hemos de partir de lo que expresamente se dice en la sentencia recurrida, que aplica a tal efecto la doctrina contenida en la STS 17 de junio de 2014, rcud. 1315/2013, en la que venimos a reiterar el criterio de la objetiva y automática imposición de los intereses moratorios del art. 29. 3º ET, con independencia de que se presente como más o menos comprensible y razonable la oposición de la empresa a la deuda reclamada por el trabajador.

Esa misma sentencia ya pone de manifiesto que la Sala IV tan solo se ha apartado de esa doctrina en algún supuesto excepcional, en el que concurrían singulares circunstancias que dieron lugar a un tortuoso azar procesal, cuya enorme complejidad

llevó a considerar más ajustado a derecho liberar a la empresa del pago de intereses moratorios en razón de tan especiales elementos, como en la misma se dice, "de manera que sus decisiones más que romper con la doctrina general lo que hicieron fue representar una excepción confirmatoria de la propia regla".

La sentencia que se quiere hacer valer como referencial es justamente una de las que ha dictado esta Sala para apartarse de la doctrina general en la materia, y justificar motivadamente la excepción a la regla del vencimiento objetivo con base a las singulares y complejas circunstancias concurrentes en aquel concreto supuesto.

La sentencia recurrida no solo no desconoce esa otra doctrina del Tribunal Supremo que admite la excepcional posibilidad de liberar a la empresa del pago de intereses de mora, sino que expresamente la recoge, para concluir que no resulta aplicable a un supuesto como el presente en el que la empresa ha llegado incluso a allanarse parcialmente a la reclamación del trabajador, lo que impide considerar la presencia de tan singulares circunstancias que pudieren conducir a excepcionar la regla general de la imposición objetiva y automática de intereses moratorios.

Y no hay contradicción porque no es comparable la mayor o menor complejidad de las circunstancias de uno y otro caso, siendo que en el presente ha venido en aceptar la empresa el importe de la deuda finalmente reconocida en la sentencia, allanándose parcialmente a la posición del trabajador, lo que impide considerar que nos encontremos ante doctrinas enfrentadas que sea necesario unificar.

3. Las precedentes consideraciones obligan a desestimar, como ha informado el Ministerio Fiscal, el presente motivo del recurso por falta de contradicción doctrinal entre las sentencias comparadas, requisito de orden público procesal.

**FALLO:**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1. Estimar en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Fomento de Construcciones y Contratas SA contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en

recurso de suplicación nº 2440/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Granada , en autos núm. 102/2011 a 107/2011 y 260/2013 acumulados. 2. Casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de igual clase formulado por la empresa, revocar en parte la sentencia de instancia y condenar a la demandada a pagar únicamente las cantidades reconocidas como adeudadas, en la instancia (10.738'20 euros), dejando subsistente el pronunciamiento sobre el pago de intereses por mora que hace la sentencia recurrida. 3. Sin costas. Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal y en cuanto a las consignaciones constituidas para recurrir se les dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 142/2016**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación de Unión Independiente de Trabajadores de Andalucía (UITA), se interpuso demanda de conflicto colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

«Declare la obligación del organismo demandado al abono de la antigüedad prevista en el convenio colectivo de la Agencia demandada por resultar de aplicación hasta el 20 de junio de 2012, y solo subsidiariamente condene al organismo a que establezca un complemento de personal que comprenda la antigüedad devengada y

consolidada con anterioridad al 20-6-12 y en los términos legales previstos, con cuanto más proceda en Derecho».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 21 de marzo de 2016 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Que con desestimación de la excepción de la incompetencia de jurisdicción y estimando competente este orden jurisdiccional social, para resolver la controversia planteada por demanda de conflicto colectivo formulada por el SINDICATO UNIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE ANDALUCÍA (UITA), contra la AGENCIA DE GESTIÓN AGRARIA Y PESQUERA DE ANDALUCÍA; UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES y COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA, se declara el derecho de que los trabajadores personal laboral, de la indicada Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, se le continúe abonando la antigüedad devengada hasta el 20 de junio de 2012, conforme a lo previsto en el Convenio Colectivo de la indicada Agencia, condenando a estar y pasar a las partes por la presente resolución».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1.- La Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía con capacidad para la gestión de las políticas agrarias y pesqueras de la Comunidad Autónoma de Andalucía, es una entidad instrumental de la administración de la Junta de Andalucía de régimen especial, creada en virtud de Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA núm. 147 de 28 de julio de 2010).



En el artículo 11 de dicho Decreto Ley, se dispuso que: "Artículo 11 Personalidad, adscripción, régimen jurídico, fines y recursos económicos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.

1. Se autoriza la creación de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

La Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía tendrá personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezca por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se registrará por lo dispuesto en este Decreto-Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por los Estatutos de la entidad, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias de régimen especial.

4. Son fines generales de la Agencia la ejecución de las políticas orientadas a alcanzar los objetivos básicos previstos en el artículo 10.3.1.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que le sea asignada por la Consejería a la que quede adscrita, así como la gestión, en el marco de la planificación, dirección y control de ésta, de programas y acciones de fomento; de vigilancia e inspección; de prestación y gestión de servicios públicos, y de asistencia técnica, en materias agraria y pesquera; para lo que quedará habilitada con las competencias, funciones y potestades administrativas para el ejercicio de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, que le confieran sus Estatutos y las demás normas habilitantes que le puedan ser de aplicación.

5. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias de régimen especial."

2.- El Convenio Colectivo de aplicación, fue publicado en el BOJA Nº 158 de fecha 14 de agosto de 2009, titulado V Convenio Colectivo Interprovincial de la "Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero SA" y sus trabajadores/as 2009/2012.

3.- El personal laboral que presta sus servicios en la indicada agencia, conforme al artículo 29.2 del indicado Convenio, venía percibiendo el complemento por antigüedad.

4.- Con motivo de la publicación en el BOJA nº 122 de 22-06-2012 del Decreto Ley 1/2012 de 19 de junio, se suspendió el abono, entre otros, del complemento de antigüedad al mencionado personal, a partir del día siguiente a la fecha de la indicada publicación.

5.- Dicha suspensión se mantuvo por Ley 3/2012 de 21 de septiembre, lo que así ha venido ratificado para el ejercicio 2016, por Ley 1/2015 de 21 de diciembre.

6.- Dicho personal, a partir de la nómina del mes de julio del 2012, el importe del indicado complemento de antigüedad pasó a regirse por el Convenio Colectivo de personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, lo que afectaba tanto al complemento ya reconocido, como a los que se reconocieran a partir de entonces, ajustándose al régimen y valor que le correspondiera en aplicación de las tablas de antigüedad recogidas en el mencionado convenio. Según lo dispuesto por el punto 2 apartado 4 de la Instrucción no 2/2012 de 5 de julio emitida en Sevilla el 5 de julio del 2012 por la Secretaria General de la Administración Pública en aplicación de las medidas contenidas en el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en Materia de Hacienda Pública para el reequilibrio Económico Financiero de la Junta de Andalucía.

7.- Con fecha 6 de noviembre de 2015 se presentó ante el SERCLA escrito que suscribía D. Juan Luis Muñoz Pérez en nombre y representación de la Unión de Trabajadores Independientes (UITA), frente a la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía; Unión General de Trabajadores y frente a FSC CCOO, y cuyo objeto y finalidad era que la empresa se viniese a reconocer el derecho del personal laboral de la agencia a percibir la antigüedad devengada conforme a lo establecido en el convenio

colectivo de aplicación y solo subsidiariamente desde la última prórroga de dicha medida, celebrándose dicho acto el día 24 de noviembre del 2015, sin avenencia respecto a CCOO y UGT, e intentado sin efecto respecto de la indicada Agencia, la que previamente había presentado escrito de fecha 18 de noviembre del 2015 que se estaba exceptuado del requisito de intento de conciliación.

8.- Con fecha registro 4 de diciembre del 2015, se presentó demanda de conflicto colectivo cuyo ámbito de afectación es la Comunidad Autónoma de Andalucía, la que fue turnada a esta Sala Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y cuyo suplico decía que se: "dicte sentencia por la que declare la obligación del organismo demandado al abono de la antigüedad prevista en el convenio colectivo de la Agencia demandada por resultar de aplicación hasta el 20 de junio de 2.012, y solo subsidiariamente condene al organismo a que establezca un complemento de personal que comprenda la antigüedad devengada y consolidada con anterioridad al 20-6-12 y en los términos legales previstos, con cuanto más proceda en Derecho."

9.- En el acto del juicio oral, la demandante, desistió de la petición subsidiaria del indicado suplico, ratificando el resto de lo pedido».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, en el que se alega como único motivo: Al amparo de la letra e) del artículo 207 de la vigente LRJS , se denuncia infracción de los artículos 19 y 5 de sendos Decretos Ley 1/2012 de 19 de junio, de Medidas Fiscales , Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, y Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía. Que fue impugnado por las partes personadas.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon

conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El letrado de la Junta de Andalucía formula recurso de casación frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Granada- de 21 de marzo de 2016, recaída en el procedimiento de conflicto colectivo nº 18/2015 que declara el derecho del personal laboral de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía a que se les continúe abonando la antigüedad devengada hasta el 20 de junio de 2012 conforme a lo previsto en el Convenio Colectivo de la indicada Agencia.

El recurso se fundamenta en un único motivo, formulado al amparo del artículo 207.e) LRJS en el que denuncia infracción de normas jurídicas y ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal que interesó su desestimación.

2.- Las circunstancias relevantes, que se desprenden de los antecedentes de hecho de la presente resolución, en orden a la mejor comprensión y resolución del recurso son las siguientes:

a) En la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía regía un convenio propio de empresa. En concreto, el V Convenio Colectivo Interprovincial de la Empresa Pública Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, 2009-2012. Su artículo 29.2 regula el complemento de antigüedad, conforme al cual se venía retribuyendo tal complemento a los trabajadores.

b) El Decreto Ley 1/2012 de la Junta de Andalucía de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, dispuso en su artículo 19.1 lo siguiente: «El personal laboral de las entidades instrumentales y consorcios incluidos en las letras b ) y c) del artículo 3, que tenga reconocido un complemento de antigüedad u otro de análoga naturaleza, percibirá dicho complemento por un importe y un número que no podrá superar el consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía

, y sin que en ningún caso pueda suponer un incremento del gasto". Y en su artículo 5: "Los acuerdos y pactos firmados con las organizaciones sindicales, respecto del personal funcionario y estatutario, y las cláusulas contractuales o condiciones reguladas en convenios colectivos, respecto del personal laboral, permanecerán vigentes, si bien, atendiendo a la situación de excepcionalidad provocada por la alteración sustancial de las circunstancias económicas, se suspenden aquellas que contradigan lo dispuesto en la presente Ley».

c) La instrucción 2/2012 de 5 de julio de la Secretaría General para la Administración Pública dictada en el ámbito del personal al servicio de las entidades instrumentales y los consorcios, de medidas contenidas en el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el Reequilibrio Económico-Financiero de la Junta de Andalucía, tras señalar en su pequeña exposición de motivos, que se trata de adoptar criterios generales de interpretación que garanticen una aplicación homogénea de dichas medidas literalmente dice: «El complemento por antigüedad y otro de análoga naturaleza se percibirá por un importe y número que no podrá superar el consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo de personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. A estos efectos, se entenderá por grupo profesional de pertenencia aquél que corresponda en función de la titulación exigida para el desempeño del puesto objeto del contrato. Desde la nómina de julio todos los complementos por antigüedad, los reconocidos y los que se reconozcan a partir de entonces, se ajustarán a este régimen y por el valor que le correspondiese en aplicación de las tablas de antigüedad recogidas en el mencionado convenio colectivo. La aplicación de esta medida no podrá suponer un incremento de gasto en ningún caso».

d) A partir de la nómina del mes de julio de 2012, el importe del indicado complemento de antigüedad pasó a abonarse según el Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, afectando tanto al complemento ya reconocido, como a los que se reconocieran a partir de entonces.

3.- La sentencia recurrida considera que la instrucción mencionada no se limita a la interpretación y aplicación de la norma (RDL 1/2012) sino que regula ex novo pues

lo que hace es redirigir el régimen jurídico por el que debe regirse el complemento de antigüedad, y lo hace, a diferencia de la norma que sólo tiene efectos a futuro, con efectos también hacía el pasado. Para dicha sentencia la norma no afecta al complemento de antigüedad que cada trabajador ya había devengado en la fecha de entrada en vigor de la misma, por lo que las cuantías que cada trabajador percibía en dicho momento deberían mantenerse, porque lo que la norma realiza es la suspensión del régimen jurídico del complemento de antigüedad a partir de su entrada en vigor, momento a partir del cual regiría el convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, lo que implicaría que los futuros devengos de antigüedad ya se realizarían según este último convenio.

SEGUNDO.- 1.- Como se avanzó el recurso que formula la Junta de Andalucía se articula en un único motivo con amparo procesal en el apartado e) del artículo 207 LRJS , denunciando infracción de normas del ordenamiento jurídico, en concreto, los artículos 19 y 5 del Decreto Ley 1/2012 de la Junta de Andalucía de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía y los mismos preceptos de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía.

La recurrente considera que la recta interpretación de la norma implica que el complemento de antigüedad previsto en el convenio colectivo de empresa debe quedar limitado en su cuantía a lo previsto en el convenio colectivo del personal laboral de administración de la Junta de Andalucía a partir de la entrada en vigor de la norma y mientras dure la suspensión establecida legalmente. Tal limitación se impone respecto de la cuantía del complemento que corresponda en cada caso con independencia del régimen jurídico aplicable en el momento del nacimiento del derecho al complemento o de cualquiera de sus tramos. Por ello entiende que la instrucción 2/2012 de 5 de julio de la Secretaría General para la Administración Pública se adecúa perfectamente a las previsiones normativas y que, por lo tanto, la demanda debió ser desestimada.

2.- La única discrepancia que constituye el objeto del conflicto colectivo, reside en determinar si la disminución de la cuantía del complemento de antigüedad debe

aplicarse exclusivamente sobre los trienios que se generen a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley 1/2012, el 23 de junio, o debe también afectar a la antigüedad que se viniera percibiendo en razón de los trienios ya devengados con anterioridad a la entrada en vigor de esa norma. Por tanto, de lo que se trata es de decidir si la Instrucción en cuestión respeta lo dispuesto en la norma legal de referencia, o bien se ha extralimitado al deducir de la misma unos efectos jurídicos no previstos por el legislador. Para ello, deberemos analizar el contenido de aquel Decreto-Ley y determinar si del mismo se desprende la limitación de sus efectos a los trienios que se generen tras su entrada en vigor, o resulta por el contrario de aplicación a la totalidad de la cantidad percibida en concepto de complemento por antigüedad, resultando en todo caso indiscutible que la minoración final resultante en la cuantía de ese complemento solo podrá tener eficacia a partir de la fecha de su vigencia, puesto que no contiene ninguna disposición expresa que contemple su aplicación retroactiva con efectos anteriores.

TERCERO.- 1.- La cuestión controvertida ha sido resuelta por la reciente sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2017, recaída en el recurso 242/2016, a cuya doctrina hay que estar. En dicha sentencia dijimos que «Lo que dispone el art. 19 del Decreto-Ley,- que luego reproduce literalmente el art. 19 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre -, es que el personal laboral que tenga reconocido el complemento de antigüedad pasará a percibirlo por un "importe y un número" que no podrá superar el consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

Su dicción literal es clara al tratar el complemento de antigüedad como una globalidad, como un todo en su conjunto, sobre el que debe operar la minoración de su cuantía. No introduce distinción alguna sobre el momento en el que se hubiere generado cada uno de los trienios que lo integran, sino que impone su reducción, en importe y número, a la cuantía aplicable para el mismo grupo profesional prevista en el convenio colectivo del personal de la Junta de Andalucía.

La finalidad de esta previsión legal no es otra que la de suspender la vigencia del régimen jurídico previsto en esta materia en el art. 41.1 del Convenio Colectivo de la Agencia Andaluza de la Energía , que cuantifica el importe de la antigüedad en un 5%

sobre el salario base , por cada tres años de servicios efectivos y con un máximo de cinco trienios, para sustituirlo por el que establece el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, en tanto se mantenga la suspensión que han venido prorrogando las sucesivas leyes de presupuestos en los términos de los que ya hemos dado cuenta.

Suspensión que lo ha sido a todos los efectos que afectan al "importe y número" de tal complemento, sin diferenciar el momento en que pudiere haberse generado cada uno de los trienios que conforman la totalidad de la antigüedad.

Lo que se ha querido con ello es recalcular la cuantía máxima que por tal concepto pueden percibir los trabajadores de la entidad demandada, y ajustarla, - a partir del momento de su entrada en vigor y sin efecto retroactivos-, a la cantidad que por idéntica partida se abona a los que se encuentran sometidos al ámbito del convenio colectivo de la Junta de Andalucía, reduciéndola hasta el nivel que resulte para cada uno de los mismos grupos profesionales durante el tiempo que dure la suspensión de la vigencia en este punto de aquel convenio colectivo propio del que disponen los trabajadores de la institución demandada, sin perjuicio de que vuelva a desplegar todos sus efectos cuando se levante la suspensión que pesa sobre el mismo. ... no hay nada en el Decreto-Ley 1/2012, ni en la Ley 3/2012, que permita interpretar que la voluntad del legislador no era la de otorgar un tratamiento unitario a toda la antigüedad en su conjunto, sino la de limitar el nuevo régimen de cobro del complemento de antigüedad a los trienios ya devengados y excluir los que se generen con posterioridad a su entrada en vigor, o en sentido contrario, aplicarlo exclusivamente a los que vencen a partir de esa fecha, como postulan los recurrentes.

La Instrucción objeto del litigio respeta el contenido de la norma legal para cuya ejecución se dicta y no incurre en extralimitación alguna, cuando precisa que esas medidas han de ser aplicadas a partir de la nómina de julio - tras haber entrado en vigor aquel Decreto-Ley el 23 de junio-, para detallar seguidamente, que la reducción debe operar sobre todo el complemento de antigüedad en su conjunto, incluyendo, tanto los trienios que ya están reconocidos y forman parte del mismo, como los que en el futuro



puedan devengarse a partir de esa fecha, en perfecta concordancia por lo tanto con lo previsto en el Decreto-Ley 1/2012 y Ley 3/2012, conforme hemos razonado».

2.- La aplicación de lo anteriormente razonado debe comportar, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, para desestimar íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones. Sin costas.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, representado y asistido por el letrado de la Junta de Andalucía, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de fecha 21 de marzo de 2016, dictada en autos número 18/2015. 2.- Desestimar íntegramente la demanda formulada por el sindicato Unión de Trabajadores Independientes de Andalucía (UITA), contra la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía; Unión General de Trabajadores; y Comisiones Obreras de Andalucía, sobre Conflicto Colectivo. 3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

#### **4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2018** **NÚMERO RECURSO: 1506/2015**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- Por cuenta y para la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS MEDIO AMBIENTE S.A. C.I.F.- NUM A 28541639, con domicilio en Granada, Alminares del Genil 5 bajo, dedicada a la actividad de la limpieza pública y recogida de residuos, vino prestando sus servicios el siguiente trabajador, domiciliado para notificaciones en Granada, C/ Plaza del Humilladero 1.1º C: DON Patricio , titular del D.N.I. Núm. NUM000 como peón de día (según la demanda) y salario según Convenio.- El actor solo prestó sus servicios para la demandada los días que de cada mes le aparecen retribuidos en las hojas salariales.- La empresa en el acto de juicio afirmo que la Cantidad que correspondería percibir al Sr. Patricio ascendería a 754,10€ de 2008, más 1.169,48 de 2009, más otros 277,54€ de 2010. Obran en autos copias de las hojas salariales del actor del periodo reclamado acreditativas de las sumas efectivamente percibidas por el mismo.

2º.- Entendiendo el actor que por ser de aplicación a sus relaciones laborales las Tablas salariales que figuran en el Acuerdo Tercero del Convenio Colectivo Provincial de Limpieza Publica de Granada, con los incrementos fijados en el mismo, dedujo en 20.10.2011 papeleta de demanda conciliatoria ante el CEMAC, en reclamación de las sumas de 6.521,27€ celebrándose el acto en 03 de noviembre de 2011 como Intentado sin efecto.- Presento demanda jurisdiccional en 17 de noviembre de 2011. El Sr. Patricio señalaba en su demanda le correspondía haber percibido:

Año 2008: 23.905,62 €/año, que distribuido entre 15 pagas equivale a 1.593,71 €/mes

Año 2009: 24.312,02 €/año, que distribuido entre 15 pagas equivale a 1.620,80 €/mes

Año 2010: 24.773,95 €/año, que distribuido entre 15 pagas equivale a 1.651,60 €/mes

Entendiendo que la empresa le adeudaba las cantidades que se desprenden del cuadro explicativo que acompaño con la demanda y que a su juicio ascendían a la suma de 6.521,72 €.

3º.- Aportaron el actor y obran en su ramo probatorio los siguientes documentos:

-La aportada con la demanda que damos por reproducida en el ramo de prueba de esta parte: (cálculo diferencias y hojas salariales).

- Convenio Colectivo aplicable tanto el general como el provincial.

Convenio Colectivo de FCCS.A, para los años 2004 a 2007.

Acuerdo de empresa correspondiente al año 2008.

Tabla de actualizaciones del IPC según Convenio Provincial con distinción de categoría profesional y salario actualizado por años, así como cuadrante de las cuantías objeto de reclamación.

Cuestionando la parte demandada el desglose de las cantidades que figuraban en los cuadros liquidación aportados con la demanda, al entender ajustados a derecho los llevados a cabo en la hoja liquidación que obra al folio m239 de las actuaciones.

4º.- La parte demandada aportó como prueba documental los que obran en su ramo probatorio, a saber:

I. De la relación laboral de los demandantes

1) Cuadro de cálculo de variaciones de IPC y actualización de salarios brutos de todas las categorías profesionales contempladas por el Convenio provincial de limpieza de Granada.

A. De la relación laboral de D. Patricio con FCC Medio Ambiente, S.A.

2) A) Nóminas del actor de los años 2008, 2009 y los meses de enero a mayo de 2010.

B) Cuadro comparativo en el que se desglosan las cantidades abonadas al actor por todos los conceptos en los períodos reclamados y la diferencia que le corresponde percibir.

II. Sentencias dictadas en el año 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en casos análogos.

3) Sentencia de 27 de marzo de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía (Sede de Granada), recurso de suplicación n°. 253/2014.

4) Sentencia de 24 de abril de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Granada, recurso de suplicación n°. 529/2014.

5) Sentencia de 7 de mayo de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía (Sede de Granada), recurso de suplicación n°. 566/2014.

Sentencias dictadas en el año 2013 por los Juzgados de lo Social de Granada.

6) A) Sentencia de 11/09/2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Granada, Autos n°. 645/2012.

B) Diligencia de Ordenación dictada por el Juzgado mediante la que se declara la Firmeza de la Sentencia.

7) Sentencia de 31/10/2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Granada, Autos n° 1028/2012.

8) Sentencia de 31/10/2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Granada, Autos n°. 105/2011.

9) Sentencia de 31/10/2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Granada, Autos n° 106/2011.

### III. Del Convenio Colectivo de aplicación.

- Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 15/04/2013, por la que se resuelve el recurso de casación ordinaria presentado por FCC frente a la Sentencia n°. 2964/2011 del TSJA.

- Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 10/12/2012, por la que se resuelve el recurso de casación ordinaria presentado por FCC frente a la Sentencia n°. 297/2012 del TSJA.

-Convenio Colectivo para la limpieza pública y recogida de basura de los trabajadores de FCC Medioambiente S.A. en las localidades de Santa fe, Peligros, Padul y Chimeneas (BOP de 03/09/2002).

- Convenio Colectivo del sector de limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada (Código de Convenio 1802035).

5º.- Con fecha 21 de diciembre de 2009 la Sala 4ª del T Supremo dictó sentencia en el recurso de casación 11/2009 que casaba parcialmente la dictada por el T.S.J. de Andalucía en Granada de 26.11-2008 interpuesta por CC.OO de Andalucía contra ASELIP (Asociación de empresas de la que forma parte la empresa aquí demandada) sobre conflicto colectivo, sentencia en cuya fundamentación jurídica se lee: "Para resolver el recurso de casación ordinaria que nos ocupa, se hace preciso en primer lugar transcribir los Acuerdos Segundo y Tercero del Convenio colectivo cuya interpretación se interesa, tras señalar que el mismo se suscribió el 4 de abril de 2006, que se fijó sus vigencia durante el periodo de 1 de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2010 y que en el mismo se reproducen los pactos alcanzados en el Acuerdo de 10 de Junio de 2005. Las disposiciones del Convenio citadas establecen: "SEGUNDO.- En cuanto al punto 5" sobre retribuciones se determina que: a) Año 2004: la subida salarial para el año 2004 será del 4,1% que se abonará en el recibo salarial del mes de abril de 2006. b) Año 2005: la subida salarial para el año 2005 será del 2,9% + 09% que se abonará en el recibo salarial del mes de abril de 2006. c) Año 2006: la subida salarial para el año 2006 será del IPC más el 0,9%, revisable al IPC a 31 de diciembre de 2006. Se actualizará en la nómina del mes de abril, d) Año 2007: la subida salarial para el año 2007 será del IPC más el 0,9%, revisable al IPC a 31 de diciembre de 2007. Aquellas empresas que vengán abonando cantidades a cuenta de salarios, deducirán dichas cantidades del resultado de aplicar los porcentajes antes señalados, e) Subida lineal para el año 2005: en el año 2005 se abonará una subida lineal de acuerdo con los siguientes tramos: 1. Perceptores de hasta 900 euros mensuales: 900 euros/año. 2. Perceptores de entre 901 euros hasta 1200 euros: 600 euros/año. 3. Perceptores a partir de 1.200,1 euros mensuales: 300 euros/año. Dicha paga formará parte de la masa salarial y se abonará antes del 31 de mayo de 2006. f) Subida lineal para el año 2006: la subida salarial lineal

para el año 2006 que resulte de lo anteriormente expuesto se abonará en el mes de septiembre de 2006. g) Subida lineal para el año 2007: la subida salarial lineal par el año 2007 que resulte de lo anteriormente expuesto se abonará en el mes de enero 2007. TERCERO- Es voluntad de las partes, que a partir del día 1 de enero de 2008, entre en vigor la siguiente tabla salarial: Conductor de día.....24.000 euros/año, Conductor de noche... 25.500 euros/año, Peón de día... 19.500 euros/año, Peón de noche.... 21.000 euros/año, Encargado/capataz.... 27.700 euros/año. Las cantidades anteriormente reseñadas se incrementarán con el IPC anual más el 0,9% desde el día 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010. Si antes del año 2010 se produce el vencimiento o prórroga de una contrata, las retribuciones anuales brutas para cada una de las categorías aceptadas será la de la tabla de referencia con los incrementos del IPC más 0,9 que le correspondan en ese momento". De ello resulta en 2011 (s.e.u.o.) un salario para el peón de día de 24.991.46€ año y para el peón de noche de 26.913.88€/año.

6º.- El 23/12/2004 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada el Convenio colectivo de trabajo de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y los trabajadores de las plantas de tratamiento y transferencia de R.S.U. de la provincia de Granada (código de convenio 1801742), de vigencia, en lo que a los efectos económicos se refiere, desde el 01/01/2004 y hasta el 31/12/2007. El 27/04/2006 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada el convenio colectivo de trabajo para el sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada, de carácter estatutario y eficacia general, derivado del acuerdo alcanzado entre la Asociación Patronal de Empresas de Limpieza Pública (AESLIP) y los sindicatos más representativos (código de convenio 1802035). El Acuerdo tercero es del tenor siguiente: Es voluntad de las partes, que a partir del día 1 de enero de 2008, entre en vigor la siguiente tabla salarial: Conductor de día: 24.000 euros / año, Conductor de noche: .25.500 euros /año, Peón de día 19.500 euros / año, Peón de noche 21.000 euros / año, Encargado / capataz 27.700 euros / año. Las cantidades anteriormente reseñadas se incrementarán con el IPC anual más el 0,9% desde el día 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010. Si antes del año 2010 se produce el vencimiento o prórroga de una contrata, las retribuciones anuales brutas para cada una

de las categorías aceptadas será la de la tabla de referencia con los incrementos del IPC más 0,9 que le correspondan en ese momento". El 22/04/2008 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada el acuerdo alcanzado entre la demandada y el Comité de Empresa de las plantas de transferencia y tratamiento de residuos y por el que se regulaban ciertas condiciones adecuadas al centro de trabajo que se decían no desarrolladas por el convenio provincial y se afirmaba la voluntad de las partes firmantes del acuerdo de aplicar las tablas salariales del referido convenio desde el año 2008. La eficacia del meritado acuerdo venía prevista entre el 01/01/2008 y el 31/12/2011 y no llegó a hacerse efectivo al no acontecer las previsiones de su acuerdo quinto. El 21/06/2013 se publicó en el Boletín Oficial de la provincia de Granada el Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. para las plantas de tratamiento y transferencia de la provincia de Granada, de aplicación a todos los trabajadores que presten servicios para la mercantil citada adscritos a los centros de trabajo de las plantas de tratamiento y transferencia de la provincia de Granada. Los efectos económicos del citado convenio vienen previstos desde el 01/01/2013 y la vigencia del mismo se indica, con carácter general, hasta el 31/12/2015.

7º.- La empresa demandada, en el periodo a que se contrae la reclamación objeto de los presentes autos, vino abonando al actores sus retribuciones conforme a las previsiones del Convenio colectivo de empresa publicado en el BOP de 27.04.2006.

8º.- El Convenio colectivo de trabajo de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y los trabajadores de las plantas de tratamiento y transferencia de R.S.U. de la provincia de Granada (código de convenio 1801742) indicaba en su artículo 10, al respecto del plus transporte, lo siguiente: "Todos los trabajadores afectados por este convenio colectivo, percibirán un plus por este concepto en la cuantía que se especifica en las tablas salariales anexas. Se devengará por día realmente trabajado." En aplicación de tal previsión convencional la empresa demandada venía incluyendo en las nóminas de la parte actora abonos por el concepto "plus transporte" durante el tiempo trabajado que venía a compensar a los trabajadores por los gastos de desplazamiento desde su domicilio al centro de trabajo. La demandada no cotizaba por el concepto "plus transporte" salvo en caso de exceso del 20% del

IPREM, no computaba a efectos de cuantificación de las pagas extraordinarias, abonándose, aunque en una cuantía fija por cada unidad, en proporción a los días trabajados.

9º.- El IPC anual para el año 2008 quedó fijado en un 1,4€; para 2009 en un 0,8%; para 2010 en un 3.00%, para 2011 en un 2,4% y para 2012 en un 2.9%. Siendo el salario anual para una jornada completa y categoría de peón de día: Año 2008.....23.651,31€

Año 2009.....24.053,38€

Año 2010.....24.991,46€

Año 2011.....24.991.46€».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Previo desestimación de la excepción de prescripción invocada por la parte demandada en el acto de juicio, estimo parcialmente la demanda interpuesta por DON Patricio, frente a la empresa FOMENTO CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS MEDIOAMBIENTE, S.A., condenando a la misma a abonar al actor la cantidad de dos mil doscientos un euros con ocho céntimos (2.201,08€)».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Patricio , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, la cual dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2015 en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Patricio contra Sentencia dictada el día 11 de Julio de 2.014 por el Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Granada , en autos en reclamación de diferencias salariales seguidas a su instancia frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS MEDIOAMBIENTE, S.A., debemos revocar y revocamos referido pronunciamiento, en el sentido de condenar exclusivamente a la empresa demandada, a que abone al actor D. Patricio , además de la cantidad que en dicho pronunciamiento se le reconoce, el interés por mora de la misma, confirmándose en lo restante».



TERCERO.- Por la representación de Fomento de Construcciones y Contratas Medioambiente, S.A., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 1 de abril de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013 (rcud 2554/12). Posteriormente la empresa recurrente designo para su defensa y representación al letrado D. Pablo Domínguez Barrera.

CUARTO.- Por providencia de fecha 13 de mayo de 2016, se acordó la suspensión del trámite del presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Con fecha 7 de febrero de 2017 se levantó la suspensión acordada y se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. En el presente recurso de casación unificadora se cuestiona la procedencia de la condena al abono de intereses por mora cuando se estima una reclamación de cantidad con base en el artículo 29-3 del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia recurrida condena al pago del interés por mora del citado artículo 29-3 del ET por las diferencias salariales producidas y reconocidas por la sentencia de instancia en los periodos que en ella se indican. Entiende que esos intereses se deben en todo caso, sin que proceda exonerar de su pago en supuestos como el que contempla por no ser complicado el cálculo de las diferencias salariales y la calificación del plus de transporte como salarial con arreglo al convenio colectivo.

2. Contra el anterior pronunciamiento se ha interpuesto el presente recurso que, como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal

que viabiliza el recurso, según el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se trae la dictada por esta Sala el 29 de abril de 2013 (R. 2554/2012).

Para el análisis de la existencia de contradicción hemos de partir de lo que expresamente se dice en la sentencia recurrida, que aplica a tal efecto la doctrina contenida en la STS 17 de junio de 2014, rcud. 1315/2013 , en la que venimos a reiterar el criterio de la objetiva y automática imposición de los intereses moratorios del art. 29. 3º ET , con independencia de que se presente como más o menos comprensible y razonable la oposición de la empresa a la deuda reclamada por el trabajador.

Esa misma sentencia ya pone de manifiesto que la Sala IV tan solo se ha apartado de esa doctrina en algún supuesto excepcional, en el que concurrían singulares circunstancias que dieron lugar a un tortuoso azar procesal, cuya enorme complejidad llevó a considerar más ajustado a derecho liberar a la empresa del pago de intereses moratorios en razón de tan especiales elementos, como en la misma se dice, "de manera que sus decisiones más que romper con la doctrina general lo que hicieron fue representar una excepción confirmatoria de la propia regla".

La sentencia que se quiere hacer valer como referencial es justamente una de las que ha dictado esta Sala para apartarse de la doctrina general en la materia, y justificar motivadamente la excepción a la regla del vencimiento objetivo con base a las singulares y complejas circunstancias concurrentes en aquel concreto supuesto.

La sentencia recurrida no solo no desconoce esa otra doctrina del Tribunal Supremo que admite la excepcional posibilidad de liberar a la empresa del pago de intereses de mora, sino que expresamente la recoge, para concluir que no resulta aplicable a un supuesto como el presente en el que la empresa ha llegado incluso a allanarse parcialmente a la reclamación del trabajador, lo que impide considerar la presencia de tan singulares circunstancias que pudieren conducir a excepcionar la regla general de la imposición objetiva y automática de intereses moratorios.

Y no hay contradicción porque no es comparable la mayor o menor complejidad de las circunstancias de uno y otro caso, siendo que en el presente ha venido en aceptar la empresa el importe de la deuda finalmente reconocida en la sentencia, sin siquiera

formular suplicación contra la misma, y allanándose parcialmente a la posición del trabajador, lo que impide considerar que nos encontremos ante doctrinas enfrentadas que sea necesario unificar.

3. Las precedentes consideraciones obligan a desestimar, como ha informado el Ministerio Fiscal, el presente recurso por falta de contradicción doctrinal entre las sentencias comparadas, requisito de orden público procesal cuya no concurrencia habría justificado la inadmisión a trámite del recurso, conforme al art. 219 de la LJS y que en este momento procesal es causa fundada para la desestimación del recurso con imposición a la recurrente de las costas causadas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Fomento de Construcciones y Contratas Medioambiente, S.A., contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en recurso de suplicación nº 2369/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada, en autos núm. 934/2011. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Condenar al recurrente al pago de las costas causadas y decretar la pérdida de los depósitos y en cuanto a las consignaciones constituidas para recurrir se les dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 3634/2015**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 13 de enero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimo la demanda interpuesta por Don Estanislao , frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL anulando y dejó sin efecto la resolución de citado Organismo impugnada de fecha 23.09.2013 por la que se acordó revocar la resolución de 31.01.2012 y declarar la percepción indebida de la misma en la cantidad de 6.816, euros correspondientes al periodo 01/01/2012 al 30/04/2013, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por tales declaraciones.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO.- A Don Estanislao, titular del D.N.I. núm. NUM000 , afiliado a la S. Social con el nº NUM001 , domiciliado para notificaciones en Granada mediante resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 30.01.2012 le fue reconocido un subsidio de desempleo durante el periodo 01/01/2012 al 04/08/2022 sobre una base reguladora de 17,75€ (Folio 140).- SEGUNDO.- Mediante comunicación del SPEE de 20 de junio de 2013 se participaba al actor la propuesta de revocación de prestaciones por entender que sus rentas en el momento del hecho causante superaban en cómputo mensual el 75% del Salario mínimo interprofesional, llevando a cabo las alegaciones que constan en el escrito presentado en 18/07/2013 manifestando haber percibido en diciembre de 2012 de la entidad Revertó e Hijos S.l. la suma de 9.975,58€ por capital mobiliario (alquileres de la entidad indicada), añadiendo que la cantidad imputada en el IRPF del año 2012 y su base imponible en relación al número de miembros de la Unidad familiar (titular y dos hojas) no superaba el SMI de tal anualidad.- TERCERO.- Con fecha 30/07/2013 el SPEE participaba al actor nueva comunicación de propuesta de revocación de prestaciones anulando la emitida en 20-06.2013 al entender superaba rentas desde el 01/01/2012 participándole el inicio de un procedimiento de revisión del acto administrativo de reconocimiento con propuesta de revocación del mismo comunicándole la percepción indebida de la suma de 6.816€ del periodo 01/01/2012 al 30/04/2013 frente a la cual llevó a cabo idénticas alegaciones a las efectuadas en

18/07/2013.- CUARTO.- Mediante resolución de 23.09.2013 se acordó: "Revocar resolución de fecha 31/01/2012, y declarar la percepción indebida de la misma en la cantidad de 6,816,00 euros, correspondientes al periodo del 01/01/2012 al 30/04/2013" y demás pronunciamientos.- Obra en copia al folio 118 dándose por reproducida. QUINTO.- Obra en las actuaciones copia de la declaración individual del IRPF 2012 del aquí demandante del que se infiere la obtención como rendimientos de capital mobiliario de la suma de 10.153,25€ y otros 1.586,90 por capital inmobiliario.- Obra asimismo en autos certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Nívar de 23.12.2013, según el cual el actor figura empadronado en la C/ Eras de citada villa junto con su esposa Doña María Milagros y sus hijas menores de 26 años Enriqueta y Natividad .- SEXTO.- Según se acreditó como diligencia final, la esposa del actor presentó en el año 2012 declaración de la renta individual por un importe de 15.592,20€, sin que sus hijas obtuviesen rendimiento alguno en el ejercicio del 2012. SEPTIMO.- El tope máximo de rentas para el año 2012 para poder tener acceso al subsidio de desempleo ascendía a 481€ mensuales.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el SPEE formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, dictó sentencia en fecha 16 de julio de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. CUATRO DE GRANADA, en fecha 13 de enero de 2015 , en autos nº 1243-13, seguidos a instancia de D. Estanislao , sobre desempleo, contra el referido organismo público, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, la representación letrada del SPEE interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de fecha 31 de marzo de 2000 (rec. suplicación 444/1997).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, no siendo impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 20 de junio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Granada- de 16 de julio de 2015 (rec. 913/2015 ), que confirma la de instancia estimatoria de la demanda interpuesta por D. Estanislao frente al SPEE, anulando la resolución por la que se acordó declarar la percepción indebida de la misma en la cantidad de 6.816 euros correspondientes al periodo de 01-01-2012 al 30-04-2013, constando: 1) que según declaración individual del IRPF 2012, el demandante obtuvo como rendimientos de capital mobiliario 10.153, 25 euros y 1.586, 90 euros por capital mobiliario; 2) que el actor figura empadronado en el mismo domicilio con su esposa y sus dos hijas menores de 26 años; y 3) que la esposa del actor presentó en el año 2012 declaración de renta individual por importe de 15.592, 20 euros, sin que sus hijas obtuvieran rendimiento alguno en el ejercicio 2012, siendo el tope máximo de rentas para 2012, a efectos de acceder al subsidio, de 481,- euros mensuales. Entiende la Sala que la interpretación que hay que hacer del art. 215.2 de la LGSS, es que para computar la unidad económica familiar, hay que tener en cuenta a los parientes y cónyuges incluidos en la misma que no superen el umbral de rentas, y como en el mismo domicilio conviven las dos hijas del solicitante, el solicitante y el cónyuge de éste, las hijas que están a cargo del padre tienen que servir para efectuar el cómputo de la unidad de convivencia.

2.- Contra la referida sentencia, recurre en casación para la unificación de doctrina el SPEE, planteando como cuestión, si el límite legal del subsidio de desempleo para mayores de 52 años puede dividirse entre el número de personas de la familia o si, en cambio, dicho límite legal es indivisible, de manera que, antes de computar la renta de la unidad familiar dividiendo por el número de sus miembros para

comprobar si se sobrepasa el límite legal, se ha de entrar a valorar si las rentas propias del solicitante del subsidio superan ya dicho límite.

Designa el SPEE recurrente como sentencia de contraste, la dictada por el TSJ de Galicia de 31 de marzo de 2000 (rec. 444/1997), en la que consta que el actor solicitó subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que le fue denegado por ser titular de rentas cuya cuantía superaba en cómputo mensual el 75% del SMI, percibiendo el actor rendimientos mobiliarios mensuales por importe global de 62.820 euros. En instancia se desestimó la demanda presentada por el actor en la que interesaba se le reconociera el derecho al subsidio, sentencia confirmada en suplicación, por entender la Sala que la interpretación correcta del art. 215 LGSS, es que debe tenerse en cuenta que el solicitante no supere el límite de rentas con independencia de que existan o no responsabilidades familiares, y como en el caso la imputación por mitad entre el actor y su esposa de los ingresos derivados de rendimientos de capital mobiliario implica que se supera el 75% del SMI, no procede el reconocimiento del subsidio solicitado.

Entre la sentencia recurrida y la designada de contraste, no obstante apreciarse ciertas diferencias, ha de estimarse que concurren los requisitos de contradicción exigidos por el art. 219 LRJS:

1º.- En relación a los hechos probados, en ambos supuestos se trata de quienes estando percibiendo subsidio de desempleo (supuesto de la sentencia recurrida) o solicitándolo (supuesto de la sentencia de contraste), ven cómo se les formula reclamación en concepto de prestaciones indebidamente percibidas por dicho subsidio (supuesto de la sentencia recurrida) o se les deniega el mismo (supuesto de la sentencia de contraste) por superar los ingresos del solicitante/beneficiario el 75% del SMI.

2º.- En relación con las pretensiones, en ambos supuestos se interesa se tenga en cuenta los ingresos de la unidad familiar y se divida por el número de miembros a efectos de determinar si con dicha división se supera el 75% del SMI; aunque es cierto que la sentencia recurrida trae causa de la revocación de la resolución de reconocimiento del subsidio y reclamación de prestaciones indebidas y la sentencia de contraste de la denegación ab initio del subsidio.

Y 3º.- En relación con los fundamentos, en ambos supuestos las Salas interpretan el art. 215.2 LGSS, a efectos de concretar cómo se determina el límite de ingresos para tener derecho al subsidio para mayores de 52 años.

Superado el requisito de la contradicción, procede examinar el motivo de recurso dedicado a la censura jurídica.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 207 e) de la LRJS, por el Abogado del Estado en la representación que ostenta del SPEE, se articula un motivo único de censura jurídica, en el que denuncia la infracción del art. 215.1.1 y 3 de la LGSS, en relación con la jurisprudencia de esta Sala IV/TS.

La cuestión litigiosa ha sido resuelta y reiterada por esta Sala, entre otras muchas, en las SSTs/IV 30-mayo-2000 (rcud 2717/1999), 27-julio-2000 (rcud 1894/99), 28-octubre-2002 (rcud 957/2002), 26-abril-2010 (rcud 2704/2009) y 2-marzo-2015 (rcud 712/2014).

Señalamos en esta última:

"(...) El citado art. 215.2 LGSS ha conservado su redacción actual que fue introducida por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, por lo que sigue siendo plenamente aplicable la doctrina que sobre el referido párrafo y precepto se ha establecido por la jurisprudencia de esta Sala, reflejada especialmente en la STS/IV 30-mayo-2000 (rcud 2717/1999), invocada ahora como de contraste, cuyo doctrina asumimos y reiteramos.

(...) En la referida sentencia se establecía, en lo esencial, que:

<<Para dar solución adecuada a la cuestión planteada ... es preciso partir del texto concreto del art. 215.2 LGSS que, dividido en dos apartados, dice lo siguiente: "2.- A efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo del cónyuge, hijos menores de veintiséis años o menores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias." Y, tras un punto y aparte, añade: "No se considerará a cargo el



cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias".

La redacción de dicho precepto, introducida en su versión actual por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que modificó los arts. 13.1 y 14.4 de la Ley 31/1984, de 2 de Agosto, de Protección por Desempleo , cuya redacción se ha incorporado en su integridad al texto actual del art. 215.2 de la LGSS que comentamos, constituye una reproducción modificada de lo que en parecido sentido se recogía en el art. 18 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril , dictado en desarrollo de la anterior. En esta evolución de tales preceptos siempre quedó muy claro que con la introducción del subsidio a favor de quien acreditara cargas familiares lo que se pretendía no era tanto la protección del desempleado, sino la del desempleado ubicado en una familia en situación de precariedad económica, y así lo constataron diversas sentencias de esta Sala como las de 28-9-1992 (Rec.- 1290/91) o la de 6-5-1994 (Rec.- 3091/93 ); en la primera de ellas se hacía constar que el precepto que interpretaba "al exigir que el promedio de los ingresos familiares no supere el salario mínimo interprofesional (el umbral entonces existente) por cada miembro de la familia pretende impedir que se conceda el subsidio de que tratamos a una persona, que aunque sea desempleada, conviva en una unidad familiar que disfruta de un nivel de ingresos de cierta entidad o cuantía; así pues, esta norma se fija y toma en cuenta únicamente el montante de los haberes que la familia recibe...de aquí que, aunque sean muchos los componentes de la familia que carezcan de ingresos, basta con que uno solo de ellos perciba unas retribuciones altas que permitan la superación del antedicho promedio, para que no pueda ser reconocido el subsidio"; y en la segunda, contemplando un supuesto semejante al presente, y abundando en la misma interpretación entendió que el precepto en cuestión (entonces el art. 18.1 del Reglamento 625/1985, de 2 de abril ), estaba "teniendo en cuenta la economía familiar en su conjunto, y cuando ésta dispone de recursos procedentes de cualquiera de sus miembros que sumados alcanzan el salario mínimo para cada uno de ellos no existe carga porque todos disponen, en la unidad económica familiar, del mínimo, y sólo cuando no se alcanza el mínimo se puede hablar de carga familiar".

El precepto que ahora comentamos se diferencia del anterior en algunos matices, pero no en su finalidad protectora de una familia considerada en su conjunto, pues lo único que pretendió la Ley 22/1993, y así lo hizo constar en su exposición de motivos, es bajar el umbral de rentas que daba lugar al derecho al subsidio. Por lo tanto, la interpretación que, en principio, cabría hacer de la misma, sería la que se deduce de aquellas sentencias anteriormente citadas, acordes con la propia finalidad del precepto; y ello nos conduciría directamente a sumar todos los ingresos de todos los integrantes de la familia para, dividiéndolo por el número de sus miembros, deducir si el cociente era o no superior al umbral de ingresos legalmente establecido. Y esta operación nos llevaría a aceptar que la demandante tenía derecho al subsidio.

El problema con el que tanto la Sala "a quo" como la de contraste se encontraron fue con el segundo apartado de aquel art. 215.2, también introducido por la Ley 22/1993 precitada. En él lo que se dice es que no se considerará a cargo del demandante del subsidio a quien perciba rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, y de su redacción se pueden extraer variadas conclusiones: una de ellas es la que hizo la sentencia recurrida (excluir al que ganaba más, pero no excluir sus rentas, o sea, excluirlo del divisor pero no del dividendo), la otra es excluir a todo el que reciba cantidad superior a todos los efectos (excluirlo de las rentas y del divisor). Una y otra llevan a decisiones contrarias a la finalidad del precepto: la primera porque conduce a la ficción, en estos autos manifestada, de que una familia con rentas individuales inferiores al 75% del salario mínimo quede desprotegida; la otra al absurdo de que siempre quede protegida una familia cuando el desempleado tiene rentas que no alcanzan aquel umbral, cualquiera que sea la renta real de la familia, dado que si se excluyen a los que ganan cantidades superiores siempre quedan dentro del paraguas protector los que las perciben inferiores (en nuestro caso excluiríamos al esposo de la demandante aunque percibiera rentas millonarias).

Ante esta tesitura la interpretación que procede mantener es la que hizo la sentencia de contraste y resulta de la finalidad del precepto en cuestión, expresada en el apartado primero de los dos que lo integran, dándole al apartado segundo un elemento integrador de dicha interpretación, que es probablemente el que le quiso dar el legislador, de conformidad con lo que esta Sala dijo en su STS de 4-5-1993 (Rec.-

2798/92 ) en un supuesto en el que la unidad familiar estaba compuesta sólo por dos miembros, y en la que el esposo de la demandante percibía una cantidad mensual superior a la prevista entonces como mínima; en dicha sentencia se interpretó, anticipándose a la previsión legislativa que contemplamos, que al ser el esposo el único familiar a cargo y percibir rentas superiores a la mínima entonces establecida, no podía ser considerado como carga familiar.

Con dicho apartado 215.2 segundo lo que en realidad se estaría introduciendo es un requisito previo o de admisión, según el cual sólo cuando todos los restantes miembros de la familia superan individualmente aquellos ingresos, habría que entender que el demandante del subsidio no tenía a nadie a su cargo; pero, superada esa barrera, o sea, cuando hubiera alguno con rentas inferiores, habría de entrar en juego el apartado primero, y, por lo tanto la situación familiar con todos sus componentes y todas sus cargas. La inexistencia de ningún familiar a cargo jugaría en tal caso como requisito previo o de pórtillo, que se corresponde con el de la misma naturaleza que recoge el art. 215.1.1) LGSS cuando sólo contempla como posible beneficiario de la prestación a quién carezca de rentas superiores a aquella misma cantidad mínima, y que esta Sala ha aplicado reiteradamente como requisito "sine qua non" del derecho al subsidio cual puede apreciarse en SSTs de 6-11-1992 (Rec.- 946/92 ), 23-3-1994 (Rec.- 1770/93 ), 6-5-1994 (Rec.- 3091/93 ) o 24-5-94 (Rec.- 3646/93 ).

En definitiva, y de acuerdo con esta tesis, que es la que consideramos la adecuada, el apartado segundo del art. 215.2 LGSS , hay que interpretarlo como excluyente tan solo cuando se contempla al demandante del subsidio en su individualidad, y para poder apreciar si realmente tiene o no familiares a cargo, pero si se llega a la conclusión de que los tiene, habrá que entrar en la aplicación del apartado primero del mismo precepto y dar solución al problema planteado desde la perspectiva familiar, tomando entonces en consideración todos los ingresos y todas las personas integrantes de la misma para poder llegar a determinar si la familia en su conjunto se halla en la situación de necesidad protegida contemplada por el precepto>>.

(...) La anterior doctrina se reitera, entre otras, en la posteriores SSTs/IV 27-julio-2000 (rcud 1894/99 ), 28-octubre-2002 (rcud 957/2002 ) y 26-abril-2010 (rcud

2704/2009 ), que la sintetizan en los siguientes términos: <<"Interpretando unas el art. 13.1 de la Ley 31/1984 de Protección por Desempleo y otras el actualmente vigente art. 215 de la LGSS , del que el primeramente citado constituye su precedente legislativo, mantienen el criterio de que el tope cuantitativo de ingresos (la totalidad del salario mínimo interprofesional en la legalidad anterior, y el 75 por ciento del mismo en la actualmente vigente) legalmente previsto como requisito para lucrar el subsidio que nos ocupa está referido en exclusiva al beneficiario que pretende el subsidio por desempleo, sin que el cómputo del indicado tope quede condicionado al número de miembros que integran la unidad familiar, de tal suerte que para tener derecho al repetido subsidio hay un primer requisito, consistente en que el solicitante carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen la aludida cuantía, y sólo cuando este requisito "sine qua non" ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares">>.

(...) En el supuesto ahora enjuiciado se parte de los siguientes antecedentes: a) El actor convive con su esposa y una hija de seis años, siéndole concedido, con efectos 13-11- 2009, el subsidio por responsabilidades familiares tras agotar la prestación contributiva por desempleo, no superando la rentas de trabajo de su esposa el 75% del SMI; b) con posterioridad se solicita la prórroga del subsidio y nace una nueva hija en octubre de 2010 reconociéndose la prórroga durante el periodo 09-10-2010 al 08-04-2011; c) a partir de enero del año 2.010 varían, unas veces aumentan y otras disminuyen, las rentas de trabajo de la esposa y el SPEE le extingue el subsidio declarando como percepción indebida las cantidades abonadas en concepto de subsidio en el periodo 01-01-2010 al 30-01-2011 por haber dejado de reunir los requisitos en dicho periodo; d) la sentencia de instancia desestima la demanda y la sentencia de suplicación la parte de que de la unidad familiar debe excluirse el cónyuge cuyas rentas superan el 75% del SMI, fallando que "con revocación de la expresada sentencia debemos declarar sin efecto la resolución de dicho Servicio sancionando al actor con la pérdida del subsidio de desempleo de que estas actuaciones dimanen debiendo entenderse suspendido el derecho durante los meses indicados en el apartado 9 del fundamento jurídico tercero de esta sentencia (enero, marzo, abril, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010 y enero de 2011) y reintegrar el actor el subsidio percibido durante dichos meses".

(...) La doctrina de esta Sala establece, como se ha expuesto y reiteramos, que el tope cuantitativo de ingresos (75 % SMI) previsto como requisito legal en el art. 215.2 LGSS para lucrar subsidio está referido en exclusiva al beneficiario solicitante, sin que el cómputo del tope quede condicionado al número miembros integran unidad familiar, por lo que para tener derecho hay un primer requisito, consistente en que solicitante carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen aludida cuantía, y sólo cuando este requisito ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares".

2.- Aplicada la doctrina transcrita al supuesto enjuiciado, partiendo de los hechos acreditados antes referidos, determina que, conforme con el informe del Ministerio Fiscal, e indiscutidas las cantidades reclamadas, haya de estimarse el recurso formulado por el SPEE, si bien sin necesidad de acudir a la determinación de los integrantes de la unidad familiar, pues no concurre en el actor el requisito de no superar sus rentas el 75% del SMI, en cuanto como queda dicho, para tener derecho al repetido subsidio hay un primer requisito, consistente en que el solicitante individualmente considerado, carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen la aludida cuantía, y sólo cuando este requisito "sine qua non" ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares. En el caso, las rentas del actor superan el 75% del SMI, por lo que no cumple con el requisito primero e ineludible antes referido.

TERCERO.- Doctrina la expuesta que es la que ha de estimarse correcta, y de la que la recurrida se ha apartado, quebrándola. En consecuencia, tal como dispone el art. 228.2 de la LRJS , siendo indiscutida la cantidad reclamada, procede casar la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza, y desestimar la demanda formulada por D. Estanislao frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL. Sin costas, por no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el art. 235.1 de la LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) contra la sentencia dictada en fecha 16 de julio de 2015 (rec. 913/2015) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede en Granada -, en el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Granada, de fecha 13 de enero de 2015 (autos 1243/13), en autos seguidos a instancia de D. Estanislao contra el SPEE. 2º.- Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar íntegramente el recurso de tal clase formulado por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) y, en consecuencia, desestimar igualmente la demanda origen de las presentes actuaciones. 3º.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## **6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º) La demandante, Doña Noelia, con DNI nº NUM000, mayor de edad, prestó servicios para VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL, desde el 18 de agosto de 1987 hasta el 15 de mayo de 2013, fecha de efectos del despido por causas objetivas del que fue objeto tras la realización de un expediente de regulación de empleo practicado por la empresa. En la comunicación extintiva se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 12.847,70 euros de la empresa en concepto de 12 días de salario por año de

servicio y la de 7.313,14 euros del Fondo de Garantía Salarial, correspondiente a los 8 días restantes.

2º) La actora percibió prestaciones de desempleo desde el 16 de mayo hasta el 17 de junio de 2013.

3º) El 20 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón, en autos 93/2013 y, al amparo de lo establecido en el artículo 176 bis 4 de la Ley Concursal, dicta auto en el que se declara en concurso a VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL, y, la conclusión del mismo.

4º) El 18 de junio de 2013 la actora fue contratada por la mercantil ASVAJUAR SL, que explota un negocio de venta de ropa y artículos infantiles en el mismo local que lo hiciera VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL en la Plaza del Seis de Agosto de Gijón. Dicho local era subarrendado por PRENATAL SA a VARELA CADRECHA Y COMPAÑÍA SL.

5º) La actora presentó papeleta de conciliación en reclamación de la cantidad relativa a los 12 días de indemnización, celebrándose el acto con el resultado de "sin avenencia" el 30 de mayo de 2013. Presentada demanda el 17 de julio de 2013, recayó sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, que estimaba la demanda presentada por la actora y otras seis trabajadoras y condenaba a la empresa a abonar a aquella la cantidad de 20.160,84 euros, sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, dentro de los límites establecidos en la Ley.

6º) Solicitada por la actora la ejecución de la sentencia por escrito presentado el 9 de julio de 2014, se inadmitió la misma en atención al estado de liquidación de la mercantil demandada, por auto de 10 de julio de 2014.

7º) El 8 de octubre de 2014 se presenta escrito ante el Fondo de Garantía Salarial en reclamación de la indemnización por despido objetivo.

8º) El 27 de enero de 2015 recae resolución del Fondo de Garantía Salarial que deniega la prestación por (1) no constar auto de insolvencia judicial; (2) haber transcurrido más de un año; (3) haberse solicitado con anterioridad la responsabilidad

directa al amparo del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores y (4) existencia de una subrogación empresarial entre la empleadora y ASVAJUAR SL».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Doña Noelia contra el Fondo de Garantía Salarial, condenando al organismo a que abone a la trabajadora la cantidad de 12.847,07 euros».

SEGUNDO .- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Abogado del Estado ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de Custodia contra el Organismo recurrente, sobre Reclamación de Cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

TERCERO.- Por el Abogado del Estado se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de marzo de 2016. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 27 de junio de 2014 (RSU 1308/2014). El recurso se fundamenta en un único motivo: la infracción del ordenamiento jurídico y, en particular, de los artículos 43.1 de la LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo , en relación con el artículo 33.2 del ET , y la jurisprudencia.

CUARTO.- Con fecha 28 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de julio 2017, fecha en que tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión objeto del recurso de casación unificadora consiste en determinar si puede entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud presentada por la trabajadora demandante ante al FOGASA, aun cuando lo reclamado supere los límites legales de la responsabilidad que le corresponde asumir a dicho organismo.

La representación letrada del Fondo de Garantía Salarial ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de marzo de 2016, rec. 150/2016, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por esa entidad contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, que acoge la demanda de la trabajadora y condena al Fondo de Garantía Salarial al pago de la indemnización por despido no abonada en su momento por la empresa para la que prestaba servicios.

2.- Denuncia el recurso infracción de los arts. 43.1 LRJPAC y 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el art. 33.2 ET, e invoca como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 27 de junio de 2014, rec.1308/2014, para sostener que los efectos que se derivan de la estimación por silencio positivo de la solicitud de la actora no pueden extenderse más allá de los límites legales en la responsabilidad del FOGASA que establece el art. 33.2 ET.

El Ministerio Fiscal en su informe no cuestiona la existencia de contradicción, y solicita la desestimación del recurso por considerar ajustada a derecho la doctrina de la sentencia recurrida.

3. - Los elementos relevantes de la sentencia recurrida en orden al análisis de la contradicción, son como siguen: 1º) la relación laboral de la actora se extingue con efectos de 15 de mayo de 2013, mediante la comunicación escrita remitida por la empresa en la que se le notifica su despido por causas objetivas, a la vez que se le reconoce el derecho a percibir la indemnización de 12.847,70 euros a cargo de la empresa, y la de 7.313,14 euros del FOGASA, al tratarse de una empresa de menos de

25 trabajadores; 2º) en reclamación del pago de la parte de la indemnización correspondiente a la empresa, presentó la trabajadora demanda de reclamación de cantidad contra la misma, que fue estimada en sentencia de 3 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social 2 de Gijón; 3º) instada la ejecución de la sentencia, es desestimada por auto de 10 de julio de 2014, en atención al estado de liquidación de la empresa que había sido previamente declarada en situación de concurso; 4º) La demandante presentó solicitud al Fondo de Garantía Salarial el 8 de octubre de 2014, reclamando el pago de la totalidad del importe de la indemnización por despido a cargo de la empresa; 5º) El FOGASA desestimó la anterior solicitud en fecha 27 de enero de 2015, alegando que: no consta el auto de insolvencia judicial; haber transcurrido más de un año; que se había solicitado con anterioridad la responsabilidad directa al amparo del 33.8 ET; y la existencia de una subrogación empresarial entre la empleadora y una tercera empresa.

Con estos hechos, la sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación del FOGASA, al entender que el silencio positivo equivale a un acto administrativo eficaz que supone estimar lo reclamado en la solicitud, y respecto del cual no es posible una ulterior resolución expresa administrativa que revoque lo ya obtenido por los efectos del indicado silencio.

4. - En el caso de la sentencia invocada de contraste: 1º) la empresa, de menos de 25 trabajadores, había procedido al despido por causas objetivas de varios de sus trabajadores a los que hizo pago de la totalidad de la correspondiente indemnización; 2º) en fecha 26 de abril de 2013, presentó solicitud ante el FOGASA en reclamación del 40% de las indemnizaciones abonadas, sin que este organismo hubiere llegado a resolver dicha solicitud; 3º) ante esa falta de respuesta presentó la empresa demanda frente al FOGASA, que fue estimada en sentencia del Juzgado de lo Social que condenó a este organismo al pago de la suma reclamada por la empresa en su solicitud; 4º) el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA es estimado en la sentencia referencial, que rebaja la condena impuesta a ese organismo hasta los límites legales de su responsabilidad conforme a lo establecido en el art. 33.8 ET , al entender que los efectos jurídicos que despliega el silencio positivo no pueden ir más allá de la responsabilidad legal que le corresponde asumir al FOGASA, lo que obliga a considerar que la solicitud no respondida en plazo debe considerarse estimada en toda la extensión,

y no más, que el citado organismo puede autorizar en el caso de haber estimado la petición.

SEGUNDO.1. - A la vista de las sentencias comparadas hemos de concluir que concurre el requisito de contradicción, puesto que en ambos casos los hechos relevantes se contraen a determinar las consecuencias jurídicas que debe otorgarse al silencio administrativo positivo, en aquellos supuestos en los que se ha presentado una reclamación de cantidades al FOGASA por encima de los límites legales de las cuantías de las que debe responder conforme a lo establecido en el art. 33 ET , a la que no da respuesta dentro del plazo legalmente previsto a tal efecto.

Ambas sentencias razonan sobre si debe entenderse estimada por silencio administrativo positivo la solicitud en toda su extensión o con los límites legales por los que debe responder dicho organismo, y los fallos son totalmente contradictorios.

La sentencia recurrida considera que la figura del silencio positivo impone al FOGASA la obligación de responder por la totalidad de la cantidad reclamada, aun cuando supere los límites legales de su responsabilidad; mientras que la de contraste concluye que sus efectos no pueden ser otros que los de entender acogida la solicitud en la máxima cuantía de la que debe responder el FOGASA conforme a los límites del art. 33 ET.

Nos encontramos de esta forma ante doctrinas contradictorias que es necesario unificar.

2. - Para lo que hemos de estar al criterio que ya ha sentado esta Sala en las dos recientes sentencias de Pleno de 20/4/2017 (Rec. 701/2016 y 669/2016), a cuyos razonamientos nos vamos a remitir, reproduciendo los de la citada en primer lugar.

Como en las mismas se dice, la cuestión aquí controvertida ya había sido resuelta por esta Sala en la STS de 16 de marzo de 2015, rcud. 802/2014, en el sentido en el que se ha pronunciado la sentencia recurrida y a tal doctrina hemos de estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y porque no existen razones que justifiquen un cambio de doctrina, sino todo lo contrario, hemos de mantener la ya expresada.

3. - Tras lo que la STS 20/4/2017 (Rec.701/2016 ), razona lo siguiente: "... la normativa legal y reglamentaria que regula los procedimientos administrativos para las reclamaciones al Fondo de Garantía Salarial no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo, razón por la que ha de acudir a la Ley 30/92 -que resulta de indudable aplicación al FOGASA- y cuyo artículo 43.1 -vigente por razones temporales al supuesto de autos- establecía que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista...,«el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado... para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley.... o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario», excepción que no se da en el caso de autos, donde sí se dictó, en cambio, resolución expresa extemporánea. El nº 2 de este artículo establecía, a su vez, que «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Y el nº 3 del mismo precepto condicionaba el sentido de la resolución expresa, al disponer que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

"Tan claro panorama legislativo nos llevó a reseñar que «No podemos aceptar la argumentación del Abogado del Estado de que no resulta posible obtener por silencio administrativo licencias o autorizaciones contra legem o en contra del ordenamiento jurídico, ya que tal argumentación se refiere a supuestos distintos y, como hemos visto, lo único que puede impedir el juego del silencio positivo por el transcurso del plazo máximo en resolver, en los procedimientos iniciados de instancia o de parte, es que exista norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario que prevea para el caso el efecto negativo del silencio, lo cual no ocurre en el caso de autos.

Como señala con acierto el Ministerio Fiscal, la exposición de motivos de la ley 30/92 anuncia que el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una

Administración en la que de primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Así, la sentencia de la Sala Tercera de 2-2-2012 precisa que el silencio administrativo pueda tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico."

2.- También en nuestra anterior sentencia recordamos que esa doctrina comportaba el seguimiento de la genuina interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera de este Tribunal de la que la STS -3ª- de 25 de septiembre de 2012 (Rec. 4332/2011) resultaba ejemplo paradigmático al establecer: «una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad».

3.- No puede ser otra la interpretación de los preceptos administrativos denunciados en el recurso a la vista de la expuesta jurisprudencia de la Sala 3ª de este Tribunal y de la propia exposición de motivos de la Ley 30/1992 (LRJPAC) que, sobre el silencio positivo, señala «El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado». En esos idénticos términos se pronuncia la STC 52/2014, de 10 de abril, confirmando que en la norma legal que se aplica el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de

la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin.

CUARTO.- 1.- Esa misma regulación se contiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24 Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado y en el que se señala que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario; añadiendo que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

Añade el precepto que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver.

2.- Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en el normativa vigente en cada momento. Antes al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET. Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo -resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa- y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".

Con ello no queremos decir que el derecho así reconocido no pueda, posteriormente, ser dejado sin efecto; pero, para ello, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas legales. El FOGASA, con fundamento en el entonces vigente artículo 62.1.f) LRJPAC (en la actualidad : artículo 47.1 f) LPAC ): «serán nulos de pleno derecho: los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del artículo 146 LRJS en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto".

CUARTO.- La aplicación de la doctrina anterior al supuesto aquí examinado conduce, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, a la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto por el FOGASA y a la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Con imposición de costas al organismo recurrente.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 150/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, de fecha 4 de noviembre de 2015 , recaída en autos núm. 242/2015, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup> Noelia frente al FOGASA, sobre reclamación de cantidad; confirmar en sus términos la resolución recurrida e imponer las costas al recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 2210/2016**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda deducida por D. Eloy, asistido del Letrado D. Manuel Morales Lupión contra el Servicio Público de Empleo Estatal representado por la letrada Doña Estrella Espejo Guerrero debo confirmar y confirmo la resolución administrativa impugnada.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- El actor, Eloy, mayor de edad, con DNI nº NUM000, con número de afiliación a la Seguridad social nº NUM001, trabajaba por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Telefónica de España S.A.U. desde el 30 de diciembre de 1983.



SEGUNDO. Causó baja en la empresa el 29 de septiembre de 2012, tras la tramitación de expediente de regulación de empleo con nº NUM002.

TERCERO.- Tras solicitar alta en la prestación por desempleo, se dictó resolución por el Servicio Público de Empleo Estatal en fecha 9 de noviembre de 2012 estimatoria de la prestación, en la que se reconoce prestación durante 720 días sobre una base reguladora diaria de 106,94 €, y efectos desde 30 de septiembre de 2012 a 29 de septiembre de 2014.

CUARTO.- Para el cálculo de la base de cotización se ha tomado el promedio de las bases de cotización de los últimos 180 días, resultando una base de 106,94 €, reguladora diaria:

Del uno de marzo al veintinueve de septiembre cotizó: 19.248,75 €.

El demandante cotizaba por mensualidades de treinta días, independientemente de los días que tuviera el mes, y según el certificado de empresa desglosado sería:

QUINTO.- Presentada reclamación previa el día 9 de noviembre de 2012, entendiéndose que debió computarse los seis últimos meses completos cotizados, se dicta resolución expresa el 22 de enero de 2012 denegatoria y confirmatoria de la prestación que tiene solicitada.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Eloy formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Eloy contra la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social número Uno de Cádiz, recaída en autos sobre prestaciones por desempleo, promovidos por el recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, estimando su lugar la demanda interpuesta por el actor, declarando que la base reguladora de la prestación por desempleo reconocida asciende a 108,75 € diarios, condenando a la Entidad Gestora demandada a estar y pasar por esta declaración.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el Sr. Abogado del Estado en nombre del SPEE interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de fecha 18 de marzo de 2015 (STS 781/15) para el primer motivo del recurso; y con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de fecha 28 de junio de 2013 (rec. 941/13) para el segundo motivo.

QUINTO.- Por providencia de fecha 9 de marzo, se admitió a trámite el recurso, y se acordó dar traslado a las partes ante la posible incompetencia funcional de la Sala, presentando escritos de alegaciones e impugnación respectivamente. Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de que «procede la nulidad de lo actuado por falta de competencia funcional de la Sala de suplicación». Se señaló para la votación y fallo el día 5 de julio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía - sede Sevilla- de 11 de diciembre de 2015 (rec. 442/2015 ), que confirma la de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cádiz de 9 de diciembre de 2014 ( Autos 175/2012 ), que estima la demanda formulada en solicitud de reconocimiento de una base reguladora para la prestación de desempleo de 108,75 € en lugar de los 106, 94 € fijados en la resolución administrativa.

Consta acreditado que al actor se le reconoció el derecho a percibir prestación de desempleo por 720 días con fecha 9 de noviembre de 2012 y efectos de 30 de septiembre de 2012 a 29 de septiembre de 2014. Para el cálculo de la base reguladora se tomó el promedio de las bases de cotización de los últimos 180 días, resultando una base de 106, 94 €. El demandante cotizaba por mensualidades de treinta días, independientemente de los días que tuviera el mes.

2.- La sentencia recurrida, antes de entrar a conocer del recurso de suplicación formulado por el SPEE, se plantea de oficio su propia competencia funcional y la posibilidad de inadmitir dicho recurso con base en las SSTS/IV de 30 de enero de 2012 y 5 de octubre de 2012, pero declara que en la actualidad has entrado numerosos recursos sobre la materia de los que cita cuatro de la propia Sala así como de otros Tribunales Superiores de Justicia tales como Madrid o Castilla-La Mancha. En consecuencia, la sentencia considera que la afectación general es notoria y desestima el recurso de la entidad gestora interpretando el art. 211.1 LGSS en el sentido de que cuando la norma habla de bases de cotización estas son de carácter mensual y los 180 días son el equivalente a 6 meses de 30 días.

3.- Recurre el SPEE en casación para la unificación de doctrina, presentando como primer motivo de contradicción la cuestión relativa a la admisión del recurso de suplicación, e invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede en Sevilla-, de 18 de marzo de 2015 (rec. 781/2015 ).

La sentencia alegada para el segundo motivo de contradicción es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Granada- de 28 de junio de 2013 (rec. 941/2013 ), que ante el mismo problema planteado estima el recurso del SPEE y declara conforme a derecho la base reguladora de la prestación de desempleo calculada por el promedio de lo cotizado durante los últimos 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, cuando se cobra el salario y se cotiza por meses de 30 días con independencia del número real de días que tenga cada mes.

SEGUNDO.- 1.- La existencia de contradicción entre las sentencias comparadas deviene irrelevante, teniendo en cuenta que lo que se plantea en el presente recurso es una cuestión de competencia funcional, que, conforme a reiterada doctrina de esta Sala IV/TS puede ser examinada de oficio por la Sala, aunque no concurra contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que la Sala quede vinculada por la decisión que se haya adoptado en suplicación y "con cierta independencia de lo que las partes hayan podido alegar". Y ello es así porque tal cuestión no afecta sólo a este recurso, sino que se proyecta sobre la competencia de la

propia Sala IV/TS, pues el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación unificadora se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación. En este sentido, entre otras muchas, SSTS/IV de 11-diciembre-2013, rcud. 492/2013; 11-febrero-2014, rcud. 2984/2012; 14-julio- 2014, rcud. 2397/2013 y 23-junio-2015, rcud. 1911/2014, y las que en ella se citan.

2.- Por lo que respecta a la afectación general apreciada por la sentencia recurrida, siendo indiscutible en el caso la falta de cuantía para recurrir en suplicación y la doctrina de esta Sala IV/TS rechazando la existencia de afectación general reiterando la doctrina unificada, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, al tratarse de una cuestión de orden público procesal que determina la propia competencia funcional de esta Sala IV para conocer del recurso de casación en unificación de doctrina, debemos examinar y pronunciarnos de oficio sobre este particular y resolver previamente si la sentencia de instancia era recurrible en suplicación por razón de la cuantía.

Así lo viene reiterando esta Sala IV/ TS en multitud de sentencias, señalando la más reciente de 7-junio-2017 (rcud. 3039/2015 ), que a su vez reseña la de 4-abril-2017 (rcud. 378/2016 ), que aunque referida al FOGASA reproduce en lo que decimos: "la cuestión relativa al acceso de las resoluciones al recurso de suplicación, «puede ser examinada de oficio por esta Sala, aunque no concurra la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional», sin que la Sala quede vinculada por la decisión que se haya adoptado en suplicación y «con cierta independencia de lo que las partes hayan podido alegar». Y que ello es así porque este recurso unificador únicamente procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación ( SSTS de 9 de marzo de 1992, -rec. 1462/90 - ; de 23 de marzo de 2015, -rcud 1146/14 -; y de 2 de marzo de 2015, -rcud 296/14 -)"

(...) Atendida la cantidad objeto del litigio, ninguna duda cabe que en el presente caso no era recurrible en suplicación la sentencia de instancia, en razón de que la cuestión litigiosa consiste en una reclamación de cantidad que no excede de 3.000 euros, computada conforme a las reglas de los preceptos legales que ya hemos mencionado en el anterior fundamento de derecho.

Y sin que sea óbice para llegar a esta conclusión el hecho de que la cuestión en litigio venga referida a la interpretación y aplicación de una norma legal que potencialmente pueda estar en juego en otros pleitos de similar naturaleza en los que pudiere verse involucrado el FOGASA en virtud de lo dispuesto en el art. 33 ET , puesto que esta circunstancia no constituye por sí misma un supuesto de afectación masiva que pudiere dar acceso por esta vía al recurso en aplicación de la excepción que contempla a tal efecto el art. 191.3º letra b) LRJS .

Así ha tenido ocasión de reiterarlo esta Sala en la STS de 31/1/ 2017, rcud.2147/2015, en materia relativa a reclamaciones ante ese mismo organismo, señalando que "Como recuerda la STS 15-7-2010 (rec. 2711/09 ), tras las SSTs 03/10/03 [-rec. 1011/03 -; y - rec. 1422/03 -], dictadas ambas por el Pleno de la Sala, el criterio reiteradamente mantenido en orden a tal categoría jurídica es el de que la misma puede apreciarse en tres supuestos alternativos: a) que esa afectación general «fuera notoria»; b) que la misma haya sido objeto de la correspondiente alegación y prueba; y c) que el «contenido de generalidad» de la controversia no haya sido puesto en duda por ninguna de las partes.

La apreciación de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las «características intrínsecas» de la cuestión objeto de debate, lo que supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa, siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen «a todos o a un gran número» de sus trabajadores, lo que en el presente no concurre puesto que los trabajadores afectados son tres estrictamente, como manifiesta la sentencia recurrida.

Desarrollo literal de esa doctrina, reiterada en multitud de ocasiones como en las SSTs 26 mayo 2015 (rec. 2915/2014) y 1 julio 2015 (rec. 2547/2014) es el siguiente:

a).- "La noción de afectación general o múltiple implica, en primer lugar, una relación cuantitativa, en la que el término final de comparación tiene que ser el número de trabajadores o beneficiarios potencialmente comprendidos en el ámbito de un posible conflicto, por estar también incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, y en la que el término real de referencia es el número de aquéllos que efectivamente se encuentran en una situación litigiosa susceptible de merecer una solución unitaria. Esto determina que, en principio, la afectación de este tipo se produzca en los pleitos en los que el litigio afecta a la interpretación de la norma -supuesto de hecho y consecuencia jurídica, como primera premisa del razonamiento jurídico- y no en los litigios que se limitan a un debate sobre hechos individualizados del caso en el plano de la subsunción. La doctrina de la Sala ha precisado también que no puede confundirse la afectación general con el campo de aplicación de la norma aplicada. En este sentido se ha señalado que "en principio, toda cuestión que versa sobre la interpretación de la ley es susceptible de afectación general, no siendo ello más que una consecuencia de la que toda norma jurídica tiene una multiplicidad indefinida de supuestos de hecho", pero "el que esté abierta a la afectación general y, por ello, pueda decirse que lo es potencialmente, no implica que lo sea de hecho, para esto se requiere que realmente todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios estén de hecho afectados por la cuestión debatida en el litigio" ( sentencias de 13 de abril de 1994 y 4 de noviembre de 1996 ). Se exige, por tanto, la existencia de una situación real de litigio sobre la cuestión debatida por parte de todos o un gran número de los trabajadores o beneficiarios comprendidos en el campo de aplicación de la norma, es decir, que es necesario que la interpretación se perciba como controvertida por un grupo significativo de personas y de ahí que la afectación general no puede confundirse con la circunstancia de que la norma sea susceptible de una aplicación en masa, pues en ese caso todos los conflictos de Seguridad Social o, en general, los relativos a prestaciones públicas, como lo es la que aquí se debate, tendrían, sin más, abierto el recurso extraordinario siempre que se cuestionara la interpretación de una norma."

b).- "Se trata, por tanto, de un hecho -el nivel de litigiosidad real existente sobre la cuestión discutida en el proceso- que como tal debe estar acreditado. Así lo exige el segundo inciso del artículo 189.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral cuando,

después de calificarlo expresivamente como "circunstancia de afectación general", establece que ésta ha de ser alegada y probada en juicio, "salvo que sea notoria o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes". Este precepto se corresponde con el artículo 85.4 de la misma Ley que, con más precisión, prevé que en el acto de juicio en la instancia "las partes podrán alegar cuanto estimen conveniente a efectos de lo dispuesto en el artículo 189.1.b) de esta Ley, ofreciendo, para el momento procesal oportuno, los elementos de juicio necesarios para fundamentar sus alegaciones". La norma añade que "no será preciso aportar prueba sobre esta concreta cuestión cuando el hecho de que el proceso afecta a muchos trabajadores o beneficiarios sea notorio por su propia naturaleza". En estos artículos late un claro paralelismo con la configuración general de los hechos en el proceso, que pueden ser hechos controvertidos simples, hechos notorios o hechos conformes: los primeros necesitan alegación y prueba; los segundos están exentos de prueba, pero no de alegación, y los terceros tienen que haber sido reconocidos por las partes y en consecuencia, han de haberse manifestado en el proceso para que pueda apreciarse ese reconocimiento."

c).- "La prueba de la afectación general puede realizarse a través de cualquiera de los medios admitidos en Derecho. La mayor dificultad proviene de la afectación como hecho notorio. Con respecto a este punto, parece claro que el último párrafo del apartado 4 del artículo 85 de la Ley de Procedimiento Laboral exime a la parte de probar la afectación general, pero no de alegarla, como se requiere en general para los hechos notorios, según conclusión pacífica en la doctrina científica. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1986 advierte sobre los inconvenientes que se derivan de que el juez "pueda aportar ex officio" o tener en cuenta un hecho de conocimiento notorio en cuanto ello puede afectar a los principios de imparcialidad y de contradicción procesal sustituyendo la actividad de parte y "constituyéndose indebidamente en su asesor jurídico". Por ello, en la medida en que la notoriedad de la afectación general es relevante en orden a la recurribilidad de la sentencia de instancia, debe ser alegada por la parte y así lo exige el artículo 85.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, como garantía de la seriedad de las posiciones de la partes en orden al recurso (sentencia del Tribunal Constitucional 164/1992), evitando de esta forma las conductas

estratégicas que en ocasiones se producen variando la posición sobre la recurribilidad en función del resultado de las correspondientes decisiones judiciales. Por otra parte, no puede confundirse la notoriedad, que es siempre conocimiento general por la experiencia común, con el conocimiento privado u oficial que el órgano judicial pueda tener de la tramitación de litigios sobre una determinada cuestión. Este sería además un dato fundado en un conocimiento extraprocesal no sometido a contradicción y, desde luego, no bastaría para apreciar la afectación general la constancia de la existencia de varios procesos sobre la misma materia, sino que sería necesario que se tratase de un número significativo en orden al ámbito de referencia, aparte de que tampoco cabría aquí aplicar lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1986 denomina "prueba retroactiva", pues la notoriedad ha de darse en el marco del conocimiento general existente en el momento en que se dictó la sentencia de instancia, cuya recurribilidad se discute, y no en un momento posterior."

d).- "En resumen, el recurso de suplicación en el caso particular arbitrado en el artículo 189.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, por su finalidad, evitar la dispersión en la interpretación y aplicación de la ley, es un recurso que desde este punto de vista debe ser considerado como excepcional y en este caso similar al recurso de casación para la unificación de doctrina, pues como éste se sirve del interés de las partes para lograr un objetivo que trasciende dicho interés. Y así los litigantes tienen la carga de acreditar que el litigio entraña la necesidad del recurso; necesidad que se constituye en presupuesto de recurribilidad que la ley concreta en que "la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social". Esta afectación general es efectiva y real no meramente posible o hipotética, es decir, es un hecho y como tal corresponde a la parte alegarlo, y, en principio, como hecho para que tenga fuerza jurídica ha de ser probado, ser notorio o estar las partes conformes en él. Pero como el recurso es materia de orden público, no basta que las partes estén conformes, sino que es necesario que en el propio litigio y por lo que consta en los autos la afectación general sea evidente por sí misma, lo que debe controlar el órgano judicial competente. La alegación y prueba del presupuesto de recurribilidad, es decir de la afectación general, ha de realizarse en la instancia y sólo cabe volver sobre ella por los



Tribunales Superiores en los términos y con las competencias que sobre los hechos con transcendencia jurídica tienen la casación y suplicación."

(...) Tras lo que esa misma sentencia concluye que en la aplicación de estos criterios a las entidades gestoras, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

A) Puesto que el Fondo de Garantía Salarial (al igual que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social) posee órganos centrales de decisión, es tan lógico como deseable que asuma una misma tesis ante los problemas interpretativos que se van suscitando. De ese modo, bien podría pensarse que siempre que uno de tales criterios hermenéuticos fuese decisivo para la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ésta sería recurrible en suplicación.

B) Sin embargo, esta Sala tiene dicho que "La potencial afectación múltiple no es una realidad actual sino la vocación de generalidad común a todas las normas jurídicas, que no evidencia la existencia de un conflicto generalizado". En estos términos puede verse, entre muchísimas, la STS 3/1/2012, Rec 1855/11) dictada a propósito de la forma de cálculo de base reguladora de prestación de desempleo; concluye que "en el presente supuesto no tiene la Sala constancia de la existencia de una litigiosidad abundante acerca del problema discutido".

C) En este sentido nuestra doctrina, recopilada en la reciente STS 8/2017 de 10 enero 2017 (rec. 3747/2015) viene sosteniendo lo siguiente:

- Este supuesto excepcional de interposición del recurso de suplicación «responde a un interés abstracto: la defensa del 'ius constitutionis' y la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley» (SSTC 79/1985, de 3 de julio y 108/1992, de 14 de septiembre). Y entre las de este Tribunal, sirvan de ejemplo las SSTS de 6 de octubre de 2003, -rcud 4254/02 -; de 28 de enero de 2009, -rcud 2747/07 -; y de 3 de febrero de 2010, -rcud 136/09).

- No puede confundirse con la posible proyección general de un litigio sobre la interpretación de una norma, sino que requiere que «esa proyección se traduzca en un nivel de litigiosidad relevante y actual sobre el problema que se debate» (por citar

algunas, SSTS de 7 de octubre de 2011 -rcud 3388/09 -; de 2 de abril de 2012, -rcud 1750/11 -; y de 9 de junio de 2014, -rcud 2866/12).

- «No cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de la afectación general» (así, SSTS de 1 de febrero de 2010, -rcud 587/09 -; y de 11 de marzo de 2013, -rcud 3771/11).

- La conclusión expuesta en el párrafo inmediato anterior no supone, en modo alguno, que se equipare la afectación general a todo supuesto de interpretación de una norma de carácter general; decir que la afectación general exige una situación de conflicto generalizado no significa que la misma se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas. No se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de averiguar "si la concreta cuestión debatida afecta a todos o a un gran número de trabajadores" (como explicó la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1992, de 14 de Septiembre ); es decir si el conflicto de que se trate, surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de un derecho o derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

- En la interpretación que hasta la fecha hemos efectuado del concepto de que se trata -afectación general- por fuerza ha de incidir -haciendo más estricta aquélla- la novedosa legitimación que al Ministerio Fiscal le atribuye el art. 219 LRJS, para interponer este recurso «en función de la defensa de la legalidad», de oficio o a instancia de entidades diversas, cuando -entre otros supuestos- no exista doctrina unificada en determinada materia y haya diversidad de pronunciamientos en los Tribunales Superiores, o cuando conste la dificultad de que la cuestión pueda acceder a la unificación de doctrina (éste sería el caso de autos) ".

TERCERO.- Doctrina que aplicada asimismo al supuesto enjuiciado, conduce necesariamente a entender que la sentencia de instancia no era recurrible en suplicación, ni cabe en consecuencia el posterior recurso de casación unificadora, toda vez que no hay constancia de que la cuestión controvertida pudiese afectar a una gran número de beneficiarios de las prestaciones de desempleo, no obstante señalar la sentencia de

instancia que existe afectación general, y la sentencia recurrida que es notoria la afectación general, pues si bien los hechos notorios están exentos de prueba, no lo están de alegación, y en el caso, no consta invocada esa posibilidad.

Por todo ello, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, las precedentes consideraciones nos llevan a excluir la admisibilidad del presente recurso, que en el actual trámite procesal determina la desestimación del mismo por cuanto, a los efectos que aquí tratamos, la litigiosidad acreditada no ofrece la cualificación de "masiva" que conferiría el acceso al recurso de suplicación y, por ello, al de casación para la unidad de la doctrina. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y anular la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla-, en el recurso de suplicación núm. 442/2015 , para declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cádiz de fecha 9 de diciembre de 2014 , autos 175/2013, seguidos a instancia de D. Eloy contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 7/2016**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha de 16 de septiembre de 2016 la representación de D. Franco presenta demanda sobre Error Judicial ante esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Considera que la sentencia incurre en error grave, dado que a pesar de haber hecho referencia en el recurso de suplicación interpuesto por el mismo a la relevancia de hechos de nueva noticia del artículo 286 de la LEC (documento de concesión del subsidio de prestaciones por desempleo del Programa de renta activa de inserción del RD 1369/2006 de 24 de noviembre, que fue solicitado por segunda vez) la sentencia deniega la solicitud de la misma renta solicitada dos años antes, sin hacer una sola referencia a dicho documento.

El interesado presentó ante la Sala del TSJ incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado por Auto de 20/7/2016.

Ahora, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estima aplicables interesa que dictemos una sentencia declarando el error judicial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con los efectos inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Por Providencia de 29 de septiembre de 2016 se admitió a trámite la demanda y, previo cumplimiento de los trámites legales, se emplazó a las demás partes del litigio, confiriéndoles plazo para la contestación.

En la representación que ostenta, el Abogado del Estado presenta escrito de contestación a la demanda, fechado el 2 de febrero de 2017. Interesa la desestimación de la demanda, con imposición de costas.

Posteriormente se ha dado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emite informe con fecha 28 de marzo de 2017. Concluye que "no concurriendo en el presente supuesto, las exigencias legales para la admisión del recurso nos lleva a concluir que la demanda ha de ser desestimada sin entrar al fondo de la cuestión planteada."

TERCERO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 5 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate sobre existencia de error judicial.

Sin perjuicio de cuanto queda expuesto en los antecedentes, y con base en cuanto de lo mismo deriva, interesa ahora resumir y centrar los términos del litigio que se nos plantea a través de este excepcional cauce que es la demanda por error judicial.

##### 1. Hechos relevantes.

A) El actor presentó en fecha 23 de agosto de 2013, solicitud de alta en el Programa de Renta Activa de Inserción.

B) La Resolución del Servicio. Público de Empleo Estatal (SPEE) de 26 de agosto de 2013 desestima lo interesado porque "En el momento de la solicitud de incorporación al Programa de Renta Activa de Inserción era Vd. titular de rentas que en cómputo mensual superaban en el 75 % del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias".

C) Aplicando los criterios del artículo 215.3.2 LGSS las rentas anuales del actor ascendieron en 2012 a 10.920,38 € y en 2013 a 10.909.59 €.

##### 2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Con fecha 24 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social número 24 de Madrid (autos 1408/2013) desestima la demanda presentada por el solicitante frente al SPEE.

El Juzgado declara probada la percepción de los ingresos ya reseñada y, precisamente por ello, considera ajustada a Derecho la resolución impugnada.

##### 3. Sentencia del TSJ de Madrid.

A) Disconforme con el fallo de instancia, el demandante presenta recurso de suplicación.

Asimismo, mediante escrito de 15 de marzo de 2016 solicita al TSJ la incorporación de dos documentos.

La Providencia de 29 de marzo de 2016 acuerda incorporar a los autos el primer documento; se trata de la copia de la resolución del SPEE de 27/10/15 reconociendo al Sr. Franco renta activa de inserción entre 20/10/15 y 19/9/16, con fecha inicial de pago desde el 10/11/15. Sin embargo se inadmite el segundo: dos escritos que el Tribunal devuelve al recurrente; éste, a su vez, presenta escrito de alegaciones a la providencia manifestando que el primero de los escritos devueltos se había presentado con carácter meramente informativo y el segundo consiste en una sentencia de la jurisdicción social referida a la muerte del recurrente por causa de negligencia sanitaria.

B) La STSJ Madrid 453/2016, de 27 de mayo, desestima el recurso de suplicación interpuesto. Su resumen es el siguiente:

Rechaza la revisión fáctica postulada por el demandante. Éste pretendía que constase que no tenía ingreso económico alguno.

Asimismo rechaza las argumentaciones tendentes a obviar los ingresos computables a partir de la valoración de los inmuebles ("como si el ladrillo fuera comestible").

Recuerda asimismo que el RD 1369/2016 regula el programa de renta activa de inserción, cuyo artículo 1º considera rentas las recogidas en el art. 215 LGSS. De este modo el rendimiento de los bienes inmuebles del solicitante de desempleo o de renta activa de inserción se compute como ingreso, calculando su valor a estos efectos como equivalente al tipo de interés legal del dinero vigente.

Además de otros argumentos sobre una eventual vulneración del principio de igualdad, el Fundamento Quinto expone la razón básica por la que, en función de los hechos probados y del Derecho aplicable, ha de desestimarse el recurso de suplicación:

"Habiendo declarado a estos efectos el Sr. Franco en el año 2012 unos inmuebles cuyo valor catastral era de 272.620,90 euros, cantidad ésta sobre la que se ha aplicado el interés legal del dinero en ese ejercicio económico (4%), traduciéndose en

unos ingresos a efectos, fiscales de 10.904,83 euros en 2012 y, conforme al mismo criterio, en el año 2013 esos ingresos fueron de 10.909,59 euros, en ambos casos superiores al salario mínimo interprofesional".

El Fundamento Octavo indica que "contra la presente sentencia cabe recurso de casación en Unificación de doctrina en los términos previstos en el artículo 218 LRJS".

#### 4. Solicitud de nulidad de actuaciones.

Ante la sentencia de suplicación reseñada, el demandante presenta una solicitud de nulidad de actuaciones. Argumenta que ha demostrado la insuficiencia de recursos que le permitían acceder a la renta mínima de inserción "toda vez que el SPEE ha rectificado a su favor su primera decisión". Y concluye: "La inadmisión de dicho documento entendemos que es una flagrante violación del principio de tutela judicial efectiva".

Mediante Auto de 20 de julio de 2016, la Sala del TSJ desestima la pretendida nulidad de actuaciones. Expone que el documento sí fue admitido, pero que ello no conduce al resultado estimatorio de la pretensión.

El Auto expone que se ha debatido sobre el derecho a una prestación solicitada en el año 2013. Por el contrario, la resolución aportada posteriormente fue dictada el 20/10/15 y concede una prestación por un periodo comprendido entre 20/10/15 y 19/6/16 con efectos económicos de 10/11/15. Por tanto, no se trata de un documento relevante para la decisión de este proceso.

#### 5. Demanda de error judicial.

Con fecha 16 de septiembre de 2016 accede al Registro de este Tribunal la demanda de error judicial presentada por el Letrado D. José Manuel López Iglesias en nombre y representación de D. Franco.

Considera que la sentencia 453/2016, de 27 de mayo de 2016, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid incurre en error grave por omitir cualquier referencia a un dato que fue advertido por el recurso de suplicación como hecho de nueva noticia del art. 286 LEC.

Expone que no se ha intentado la interposición de recurso de casación unificadora porque la jurisprudencia de esta Sala Cuarta excepciona la necesidad de hacerlo cuando se debate sobre una circunstancia fáctica.

#### 6. Informes y alegaciones.

A) Con fecha 17 de octubre de 2016 la Magistrada Ponente de la Sentencia 453/2016 emite el informe a que se refiere el art. 293.1.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

B) En la representación que ostenta, el Abogado del Estado presenta escrito de contestación a la demanda, fechado el 2 de febrero de 2017. Interesa la desestimación de la demanda, con imposición de costas.

C) El Ministerio Fiscal emite informe con fecha 28 de marzo de 2017. Concluye que "no concurriendo en el presente supuesto, las exigencias legales para la admisión del recurso nos lleva a concluir que la demanda ha de ser desestimada sin entrar al fondo de la cuestión planteada."

#### SEGUNDO.- Requisitos para apreciar el error judicial.

Nuestra STS 9 julio 2015 (rec. 12/2014) ha recopilado la doctrina acerca del significado del error judicial, recogiendo lo dicho en SSTs/4ª de 18 octubre 2010, 22 enero 2014 y 26 mayo 2015 -rec. 5/3/2010, 5/2/2013 y 5/18/2014:

a) El error judicial no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en el establecimiento de los hechos y de la interpretación del Derecho. Por consiguiente, no toda posible equivocación en el establecimiento de los hechos o en la aplicación del Derecho es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados.

b) Es necesario establecer la frontera entre una interpretación posible, pero errónea, de la ley y un error judicial. Por ello, las meras interpretaciones erróneas son susceptibles de corregirse exclusivamente mediante los recursos ordinarios y extraordinarios.



c) El concepto de error judicial, contemplado en el art. 121 de la Constitución y desarrollado en los arts. 292 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ ) ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales.

d) En todo caso, es preciso que tales errores hayan sido relevantes para la solución final dada a la contienda.

e) Este proceso especial no es una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad.

f) El error judicial sólo cabe en el supuesto de que se advierta una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance.

Asimismo la STS 27 marzo 2015 (rec. 3/2014) subraya que el concepto de error judicial contemplado en el art. 121 de la Constitución y desarrollado en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales"; y que "de este modo sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, no siendo este proceso especial una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad, pues esta figura no se establece como un claudicante recurso de casación en el que vuelvan a cuestionarse la valoración de la prueba y la interpretación realizada por el juzgador de una norma jurídica, siempre que ésta, acertada o equivocada, obedezca a un proceso lógico". Criterio restrictivo expresivo de que el error judicial sólo se configura en el supuesto de que "se advierte una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance".

Tanto esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo cuanto la del artículo 61 LOPJ tiene declarado en múltiples ocasiones (por todas, sentencia de 31 de mayo de 2013) lo que sigue:

Para que un error judicial sea el error judicial a que se refiere el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, en consecuencia, deba ser declarado (expresamente reconocido, según la dicción del siguiente artículo 293), es preciso que reúna determinadas características.

En los mencionados artículos, el legislador ha dispuesto un recurso excepcional -excepcional porque se dirige contra una resolución con autoridad de cosa juzgada- para hacer posible la reparación de los daños causados por esa resolución siempre que de forma incuestionable sea errónea, es decir, haya sido dictada con base en un error inexcusable.

Una decisión y sus razones pueden ser discutibles. Las partes pueden discrepar oponiendo las suyas. Pero no por ello se está en presencia de un error. En lo que aquí interesa, no por ello una decisión judicial es errónea. Cabe discrepar -la discrepancia es natural en el ámbito de la aplicación del derecho-, pero las opiniones que se enfrentan (la que se convierte en decisión judicial y la que mantiene la parte) pueden ser razonables. La discrepancia con una decisión judicial no permite afirmar que esta sea errónea. Para que lo sea es necesario que la decisión resulte indefendible, que se base en un error que no admite justificación (en palabras de la sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2012, en "un error indisculpable y exento de toda lógica"). Ha de tratarse, como señala esta Sala en su sentencia de 19 de noviembre de 1998, que recoge las de 22 de febrero y 1 de marzo de 1996, de "una decisión judicial fuera del margen normal de divergencia en el juicio por implicar una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible".

De otro lado, es también imprescindible que ese error fundamente la decisión. El error descrito y la decisión judicial han de estar unidos causalmente: ese error ha de ser determinante, ha de ser el fundamento de la decisión. Sin esta relación causal, nada importa a los efectos de los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la existencia del error.

Establecidos, pues, el error y su relación causal con la decisión judicial, el error judicial debe ser expresamente reconocido, esto es, debe ser declarado por el órgano jurisdiccional competente, sin que ello esté condicionado por la forma en que el error haya sido descubierto. No importa si está desvelado o si es desvelado. No importa si se aprecia de modo inmediato por estar visible, o se descubre después de un análisis, siempre que este sea cuidadoso al máximo a fin de que el órgano judicial que lo realiza (el órgano jurisdiccional competente para conocer las demandas por error) no concluya que existe error cuando se está ante una opinión razonable».

TERCERO.- La posible inadmisión a trámite de la demanda de error judicial.

#### 1. Regulación.

Hay dos presupuestos procesales cuya ausencia o quiebra impide el reconocimiento del error judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 293.1 LOPJ: 1º) La acción judicial para el reconocimiento del error ha de instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse (apartado a del precepto). 2º) Han de haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento (apartado f del precepto). De este modo, por así decirlo, las puertas a una demanda de error judicial solo se abren cuando resultan agotados todos los remedios posibles en el propio orden jurisdiccional y se cierran cuando transcurren los tres meses contemplados como plazo inexcusable de caducidad; ello, por descontado, al margen de la consideración que respecto del tema de fondo merezca la solicitud de que se declare la existencia de un concreto error judicial.

Por otro lado, el procedimiento de error judicial no constituye una nueva instancia en la que el demandante pueda reiterar, ante otro tribunal, las argumentaciones que ya fueron desestimadas. Ha de considerarse por completo inadecuada una demanda por error cuando se limite a desarrollar meras discrepancias con la interpretación del ordenamiento jurídico acogida en la resolución denunciada. Dicho de otro modo: deberá inadmitirse aquella demanda cuyo objeto se circunscriba a reproducir las pretensiones articuladas en el procedimiento de que dimana la resolución a la que se imputa el error.

#### 2. Consideraciones particulares.

A) En este caso la demanda de error judicial se interpone frente a la sentencia del TSJ de Madrid, a la que se reprocha que omite la toma en cuenta del documento aportado.

En contra de lo manifestado en diversos pasajes de la demanda, es evidente que documento en cuestión fue admitido e incorporado a los autos. No solo lo atestigua su presencia en ellos, sino que la reseñada providencia del TSJ de Madrid de 29 de marzo de 2016 especifica los términos en que se admite, de manera parcial, la aportación excepcional de documentos permitida por el art. 236 LRJS.

Igualmente indiscutible es que la sentencia de suplicación podía haberse recurrido en casación para la unificación de doctrina, como su propia fundamentación indica y el art. 218 LRJS prescribe. Ese recurso, sin embargo, no se ha interpuesto.

Alega el demandante que no ha interpuesto casación unificadora porque se trata de una cuestión fáctica. Esta Sala no comporte la valoración realizada por el demandante acerca del problema que denuncia. Una cosa es que se discuta sobre la realidad de lo acaecido (si tenía rentas computables) y otra bien distinta que se reproche a la sentencia la falta de reflexión sobre el contenido de determinado documento.

B) En el presente caso la demanda de revisión reitera las pretensiones articuladas ante la Sala del TSJ de Madrid en escritos anteriores y que fueron desatendidas tanto por la sentencia (de manera indirecta, pero fundamentada y razonada) cuanto por el Auto resolviendo la solicitud de nulidad de actuaciones (de manera frontal).

Ahora, la demanda de error judicial reproduce las argumentaciones ya vertidas anteriormente y reprocha a la STSJ que ha incurrido en error grave. Se trata de un modo muy endeble de cumplir el presupuesto procesal de referencia.

### 3. Admisión a trámite.

Pese a las anteriores y serias objeciones que debemos realizar a la demanda de revisión formulada, esta Sala, extremando el celo para dispensar la tutela judicial al

demandante, optó por admitirla a trámite y ordenar que siguiera el curso de las actuaciones prescrito legalmente.

#### CUARTO.- Resolución.

##### 1. Consideraciones particulares.

A) Como señala el art. 293.1 f) LOPJ, no procede la declaración de error judicial mientras no se hayan agotado previamente los recursos previstos en el Ordenamiento.

En esta ocasión no se ha intentado acudir al recurso de casación unificadora para denunciar a su través el déficit de tutela judicial que el demandante reprocha. Se trata de un motivo adicional para inadmitir o (en esta fase) desestimar la demanda. En este sentido lo hemos expuesto, acogiendo criterios de la Sala especial del artículo 61 LOPJ, en nuestra STS 20 mayo 2015 (rec. 7/2014).

En este caso la demanda presentada es manifiestamente extemporánea por defecto, al no haberse interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia del TSJ, pese a que dicho recurso, por más que extraordinario, era pertinente, ya que no se debatía ninguna cuestión fáctica, como erradamente sostiene el actor, sino la cuestión jurídico de fondo acerca de los requisitos de la solicitud de subsidio de desempleo.

B) La demanda también incurre en una petición de principio que vicia buena parte de sus razonamientos. Reprocha a la sentencia que haya rechazado la incorporación del documento aportado (la resolución del SPEE reconociendo su derecho), pero ello choca con la realidad procesal ya expuesta: el documento fue incorporado a los autos mediante Providencia de 29 de marzo de 2016. La Sala del TSJ incorpora el documento en cuestión pero no le concede efectos decisorios para el caso porque se refería a una petición distinta, que se había formulado respecto de un período asimismo distinto.

El Auto de 20 de julio de 2016 expone muy detalladamente las razones por las que esa resolución administrativa no era hábil para alterar los términos del debate. Por tanto, no existe la preterición procesal que el demandante pretende ahora. Simplemente,

lo que sucede es que ha creído aportar un documento decisivo y el Tribunal no lo ha considerado así.

C) La expuesta doctrina acerca del alcance del error judicial exige que descartemos su concurrencia en el presente caso. No hay equivocación flagrante alguna, sino decisión razonada y certera por parte de la sentencia cuestionada.

Puesto que la resolución administrativa aportada alude a un periodo distinto al litigioso, es claro que la realidad bien pudiera haber variado y que, por tanto, aquélla no puede condicionar la suerte de lo que se debate respecto de un tiempo anterior.

D) Además, en pura lógica: el demandante opera con un automatismo comprensible, pero ajeno a las exigencias del error judicial. Presupone el error en una resolución judicial que deniega lo pedido porque existe una resolución administrativa posterior y referida a de periodo diverso que se le concede. El argumento acogido por la demanda es del todo reversible: ¿por qué el error está en la sentencia y no en la resolución administrativa? Es decir: si la denegación está justificada y bien fundamentada, no se sigue que la posterior concesión de una ulterior petición comporte que hubo grave equivocación inicial.

E) Asimismo, sorprende que la demanda omita la toma en consideración del contenido del Auto de 20 de julio de 2016. Sus argumentos responden frontalmente a las mismas quejas que ahora se han encauzado a través de este otro remedio excepcional. A la vista de ello debemos concluir que la Sala a quien se pretende convertir en causante de error no cometió equivocación alguna ni en sentido procesal ni en sentido sustantivo cuando dictó la Sentencia en contra de las pretensiones de la hoy parte actora, de forma tal que los motivos que se aducen para justificar ese supuesto error carecen de la menor fuerza suasoria.

F) Ni siquiera prescindiendo de los obstáculos procesales expuestos (no interpone recurso de casación unificadora. Incurre en petición de principio, ignora el contenido del Auto de 20 de julio de 2016) puede prosperar la demanda. La sentencia cuestionada resolvió el litigio en los términos planteados, se atuvo a las pretensiones y

alegaciones de las partes y, en fin, su respuesta no fue arbitraria sino que, por el contrario, se encuentra suficientemente motivada.

## 2. Desestimación.

Todo lo anterior implica que la demanda debiera haberse inadmitido, como apunta el Informe del Ministerio Fiscal e interesa la Abogacía del Estado.

Puesto que hemos deliberado y resuelto sobre ella, lo que procede que nuestra sentencia realice es desestimar la demanda.

## FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar la demanda sobre reconocimiento de error judicial, interpuesta por D. Franco , representado y defendido por el Letrado Sr. López Iglesias, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid de 27 de mayo de 2016, en el recurso de suplicación nº 153/2016, interpuesto por dicho demandante frente a la sentencia de 24 de marzo de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid , en los autos nº 1408/2013, seguidos a instancia del demandante frente al Servicio Público de Empleo Estatal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## **9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017** **NÚMERO RECURSO: 2152/2015**

## ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 24 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- D. Salvador, D.N.I. NUM000, nacido el NUM001 -86, está afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 en su condición de trabajador por cuenta ajena de la empresa TALAS, DESBROCES Y CORTAFUEGOS S.L. con un salario diario de 27,676 euros a los efectos de este procedimiento.

SEGUNDO.- Suscribió un contrato de trabajo para obra o servicio determinado en fecha 14-5-13. El trabajo del actor estaba incluido en el sistema especial agrario y la empresa aseguró el riesgo de I.T. con la MUTUA FREMAP por el sistema de jornadas reales, esto es, cotizando sólo las jornadas trabajadas.

TERCERO.- El 11-8-13 sufre un accidente no laboral e inicia un periodo de baja médica. Ese día no figuraba como cotizado por jornada real de trabajo. Desde el inicio de la relación laboral se cotizaron 46 jornadas reales de trabajo.

CUARTO.- Reclama el pago de prestaciones a la Mutua quien lo deniega. Interpone demanda para ante este Juzgado el 4-12-13.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Estimo la demanda interpuesta por D. Salvador contra la empresa TALAS, DESBROCES Y CORTAFUEGOS S.L. a quien condeno a que le abone las prestaciones de Incapacidad Temporal derivada de accidente no laboral como consecuencia de la baja médica ocurrida el 11-8-13 con arreglo a una base reguladora diaria de 27,676 euros. Absuelvo a MUTUA FREMAP, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Talas, Desbroces y Cortafuegos, S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), la cual dictó sentencia en fecha 25 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por TALAS, DESBROCES Y CORTAFUEGOS, S.L., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos, en autos número 1361/2013, seguidos a instancia de DON Salvador, contra la recurrente, el INSTITUTO



NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, en reclamación sobre Invalidez y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Con imposición de costas a la parte impugnante que se fijan en 600 euros.».

TERCERO.- Por la representación de Talas, Desbroces y Cortafuegos, S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencias de contraste para cada uno de los motivos expuestos, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2009 (rcud. 84/2008), así como la dictada por la misma Sala de 8 de mayo de 1997 (rcud. 3824/1996).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina de la empresa se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Burgos estimatoria de la demanda del trabajador.

2. El actor suplicaba el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal derivado de la baja por accidente no laboral de 11 de agosto de 2013, que le había sido denegado por no figurar ese día en situación de trabajo real cotizado.

El trabajador prestaba servicios para la empresa en virtud de un contrato temporal para obra o servicio con jornada pactada de 39 horas semanales, estando afiliado al sistema especial agrario del Régimen General. La empresa cotizaba exclusivamente por jornadas reales, razón por la cual la Mutua deniega el subsidio al acontecer el accidente en una fecha no coincidente con aquellas características.

Tanto para la sentencia de instancia, como para la Sala de suplicación el sistema de cotización no guarda relación con las características del contrato de trabajo celebrado entre las partes, por lo que se imputa a la empresa la responsabilidad en el pago de la prestación.

3. El recurso que ahora se nos plantea se desglosa en dos motivos separados, el primero de ellos denuncia la infracción de los arts. 2 a 6 de la Ley 28/2011, del art. 21 del Decreto 2123/1971 y la OEES 56/2013. Se plantea así la cuestión del derecho a prestación de incapacidad temporal cuando el accidente se produce en un día de inactividad laboral.

4. A fin de apoyar dicho motivo, se aporta, como sentencia contradictoria, la STS/4ª de 13 abril 2009 (rcud. 84/2008).

Se trataba allí del reconocimiento de la incapacidad temporal de quien prestaba servicios en el Régimen Especial Agrario, cuenta ajena, contrato de duración determinada, y causa baja médica en una fecha en que no realizaba actividad. La sentencia entiende que el requisito de estar en situación de prestación efectiva de servicios en la fecha de la contingencia incapacidad es decisivo, porque cumple, en el Régimen Especial Agrario, la misma función que el requisito del alta en el Régimen general.

5. No es posible apreciar la contradicción entre las sentencias comparadas. Si bien en ambos casos se trata de la incapacidad temporal de trabajadores agrarios por cuenta ajena, derivada de una baja médica que se produce en un momento en que no se

estaban prestando efectivamente servicios por parte de los trabajadores respectivamente afectados, lo cierto es que las diferencias normativas provocan un distinto debate.

En el caso presente nos hallamos ante una baja médica acontecida con posterioridad a la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General.

De ahí que en la sentencia de contraste no se analice la Ley 28/2011 de 22 de septiembre -en vigor desde el 1 de enero de 2012-. En dicha normativa se debe acomodar el marco legal de cotización, de suerte que empresario se le concede la posibilidad de cotizar por bases diarias -en función de las jornadas reales realizadas- o por bases mensuales.

Es ésta precisamente la cuestión que constituye el objeto de la controversia en el presente pleito en la medida en que, siendo el trabajador contratado mediante un contrato temporal, la empresa había llevado a cabo la cotización de acuerdo con la primera de dichas modalidades, lo que, para la sentencia recurrida, resultaba inadecuado.

Nada de ello se suscita en el caso de la sentencia de contraste que, al referirse a un supuesto anterior a la integración en el Régimen general, no aborda este aspecto.

6. En suma, el motivo no puede ser admitido por falta de la contradicción exigida en el art. 219.1 LRJS.

SEGUNDO.- 1. En el segundo de los motivos del recurso de la empresa se destina a denunciar la infracción del art. 126 LGSS, para combatir la imputación de responsabilidad del pago de la prestación que se hace en la sentencia recurrida.

2. Se invoca, como referencial, la STS/4ª/Pleno de 8 mayo 1997 (rcud. 3824/1996), con la que tampoco es posible apreciar la concurrencia de las identidades que el citado art. 219.1 LRJS exige para apreciar la imprescindible contradicción.

3. Mientras que en el presente caso, la condena de la empresa trae causa de una insuficiente cotización, al no haber efectuado la misma en la relación al momento en que se incurre en baja médica; la sentencia de contraste se refiere a una prestación de

maternidad en un caso en que la empresa se hallaba en descubierto por no estar al corriente en el pago de las cuotas, siendo así que, dado que la trabajadora reunía los requisitos necesarios para causar la prestación, el debate se ciñe a determinar el nivel de gravedad del incumplimiento a fin de determinar si debe la Entidad Gestora asumir el pago de la prestación.

4. Dado que ninguno de los dos motivos del recurso de casación para unificación de doctrina superaba el test de la contradicción, el mismo debió de ser inadmitido y debe ser ahora desestimado, como también propone el Ministerio Fiscal en su informe.

TERCERO.- 1. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, debemos condenar a la parte recurrente al pago de las costas del recurso.

2. Debe asimismo dicha parte ser condenada a la pérdida del depósito dado para recurrir, debiendo darse a la consignación, que en su caso se hubiere efectuado, el destino legal (art. 228 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Talas, Desbroces y Cortafuegos, S.L. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de fecha 25 de marzo de 2015 (rollo 108/2015 ) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos de fecha 24 de junio de 2014 en los autos 1361/2013 seguidos a instancias de D. Salvador contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Fremap Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y la ahora recurrente. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas del recurso y a la pérdida del depósito dado para recurrir, debiendo darse a la consignación, que en su caso se hubiere efectuado, el destino legalmente fijado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 242/2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En fecha de 16 de mayo de 2016 se presentó demanda registrada bajo el núm. 8/2016, en materia de conflicto colectivo, por el sindicato UITA, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia «por la que se declare la obligación del organismo demandado a abonar a los trabajadores a los que les resulta de aplicación el citado convenio la antigüedad que tenían consolidada a fecha 20-6-12, e igualmente condene al abono de la dejada de percibir en los doce meses antes a deducir la papeleta de conciliación, esto es desde el mes de abril de 2015 por el concepto señalado, y ello, en los términos legalmente previstos».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Con fecha 29 de julio de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Málaga -, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos la demanda formulada por UNIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE ANDALUCÍA (UITA), sobre CONFLICTO COLECTIVO, frente a AGENCIA ANDALUZA DE LA ENERGÍA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES y COMISIONES OBRERAS, absolviendo dichos demandados de las pretensiones deducidas en su contra en esa demanda».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º. - La Agencia Andaluza de la Energía se creó mediante Ley 4/2003, de 23 de septiembre, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 1 de octubre de 2003, tiene la consideración de Agencia Pública Empresarial de las previstas en el artículo 68.1 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía , estando adscrita, conforme al artículo 1.1 b) del Decreto 217/2011, de 28 de junio, a la Consejería de Empleo , Empresa y Comercio.

2º. - El Convenio Colectivo para el personal laboral de la Agencia Andaluza de la Energía, con vigencia desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la provincia de Sevilla el 22 de octubre de 2011.

3º. - El 2 de julio de 2012 el Director General de la Agencia Andaluza de la Energía dictó Resolución 3/2012, sobre armonización de retribuciones por aplicación del Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, mediante la acordaba <aplicar las medidas relativas a las retribuciones del personal de la misma a partir de la nómina del mes de julio (incluida), sin perjuicio de la negociación colectiva para la distribución definitiva de la reducción del 5% de la masa salarial a que se refiere el artículo 24 del Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio >.

4º. -Desde la nómina del mes de julio de 2012, el personal laboral de la Agencia Andaluza de a Energía viene percibiendo el complemento de antigüedad, regulado en el artículo 41.1 del citado convenio colectivo, en la forma establecida en el artículo 2.4 de la Instrucción 2/2012, de 5 de julio, de la Secretaría General para la Administración Pública, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, para la aplicación, en el ámbito del personal al servicio de las entidades instrumentales y los consorcios, de medidas contenidas en el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio , de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de hacienda pública para el reequilibrio económico- financiero de la Junta de Andalucía en quedando topado en la cantidad prevista en el VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía.

5º.- El apartado 2.4 de dicha Instrucción 2/2012, de 5 de julio, cuyo epígrafe es "Antigüedad del personal al servicio de las entidades instrumentales y los consorcios" establece lo siguiente: <El complemento por antigüedad u otro de análoga naturaleza se

percibirá por un importe y número que no podrá superar al consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo de personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. A estos efectos, se entenderá por grupo profesional de pertenencia aquél que corresponda en función de la titulación exigida para el desempeño del puesto objeto del contrato. Desde la nómina de julio todos los complementos por antigüedad, los reconocidos y los que se reconozcan a partir de entonces, se ajustarán a este régimen y por el valor que les correspondiese en aplicación de las tablas de antigüedad recogidas en el mencionado convenio colectivo. La aplicación de esta medida no podrá suponer un incremento de gasto en ningún caso>.

6º. - El 18 de abril de 2016 se presentó ante el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (Sercla) escrito frente a Agencia Andaluza de la Energía señalando como interesados a Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras, mediante el que solicitaba <tenga por deducida papeleta en materia de conflicto colectivo, señalando día y hora para la celebración del acto de conciliación para que los demandados se avengan a reconocer el derecho del personal laboral de la Agencia a percibir la antigüedad devengada con anterioridad a la entrada hasta el 20 de junio de 2012 conforme a lo establecido en el convenio colectivo y ello con efectos de abril de 2015, entregando certificación de dicho acta expresando el resultado del mismo>.

7º.- Las partes fueron convocadas para el 6 de mayo de 2016. El 28 de abril de 2016 tuvo entrada en el Sercla escrito remitido por la Agencia Andaluza de la Energía, en el que hacía constar que tenía la consideración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, conforme establece el Decreto 217/2011, de 28 de junio, y está adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, estando exceptuada del intento de conciliación, por lo que no comparecería al acto de conciliación a celebrar el 6 de mayo de 2016, sin perjuicio de proceder a dictar resolución en respuesta a la reclamación formulada por Unión de Trabajadores Independientes de Andalucía.. El 6 de mayo de 2016 comparecieron el sindicato demandante y Unión General de Trabajadores, no compareciendo Agencia Andaluza de la Energía ni Comisiones

Obreras. En dicho acto el sindicato demandante solicitó que la Agencia Andaluza de la Energía <se avenga a reconocer el derecho del personal laboral a percibir la antigüedad devengada con anterioridad a la entrada en vigor de la norma de fecha 20/06/2012, conforme a lo establecido en el convenio colectivo y ello con efectos de abril de 2015>.

8º. - El 28 de mayo de 2016 la Directora Gerente de la Agencia Andaluza de la Energía dictó resolución mediante la que desestimaba la reclamación presentada por Unión de Trabajadores Independientes de Andalucía.

9º.- En la demanda, que ha sido íntegramente ratificada en el acto del juicio, se solicita se dicte sentencia por la que <declare la obligación del organismo demandado a abonar a los trabajadores a los que resulta de aplicación el citado convenio la antigüedad que tenían consolidada a fecha de 20-6-12, e igualmente condene al abono de la dejada de percibir en los doce meses antes a deducir la papeleta de conciliación, esto es desde el mes de abril de 2015 por el concepto señalado, y ello en los términos legalmente previstos>.

10º.- El presente conflicto colectivo afecta a la totalidad del personal laboral de la Agencia Andaluza de la Energía».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación de UITA se consignan los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS sobre la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Se denuncia la infracción de los artículos 2.3 del Código Civil, 9.3 de la CE, EL Art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio y el artículo 3.2 del Estatutos de los Trabajadores por inaplicación o aplicación indebida, así como de la jurisprudencia que se alega en relación a dichas normas.

El recurso fue impugnado por el Letrado de la Junta de Andalucía.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y admitido el recurso de casación, se dio traslado por



diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. - La sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía. Málaga de 29 de julio de 2016 , autos 8/2016, desestima íntegramente la demanda de conflicto colectivo formulada por el sindicato Unión de Trabajadores Independientes de Andalucía (UITA), contra la Agencia Andaluza de la Energía y los sindicatos CCOO y UGT, en la que solicitan que se declare la obligación del organismo público demandado de abonar a sus trabajadores la antigüedad que tenían reconocida a fecha 20-6-2012, conforme a la cuantía resultante del convenio colectivo de aplicación en dicha entidad, así como el pago de las diferencias dejadas de percibir en los doce meses anteriores a la presentación de la papeleta de conciliación en el mes de abril de 2015. Frente a dicha sentencia interponen los demandantes el presente recurso de casación ordinaria, que se articula en un único motivo al amparo de la letra e) del art. 207 LRJS, en el que se denuncia infracción de los arts. 2.3 del Código Civil; art. 9.3 CE; art. 6 LOPJ y art. 3.2 ET.

La entidad demandada en su escrito de impugnación y el Ministerio Fiscal en el preceptivo informe, interesan la desestimación del recurso.

2. - Su resolución exige que destaquemos a continuación las circunstancias de hecho y de derecho relevantes a tal efecto, y que reproduzcamos el tenor literal de las normas legales sobre cuya aplicación versa la cuestión litigiosa, conforme al siguiente esquema:

A) Los hechos indiscutidos, son como siguen: 1º) la Agencia Andaluza de la Energía es un organismo público integrado en la Administración de la Junta de Andalucía, con naturaleza jurídica de Agencia Pública Empresarial, estando adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio; 2º) las relaciones de trabajo con su personal laboral se rigen por el Convenio Colectivo propio de la Agencia Andaluza de

la Energía, con vigencia de 1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2013; 3º) regula este convenio en su art. 41. 1º el complemento de antigüedad y dispone que consistirá en un 5% del salario base y se devengará a partir de la fecha en que el trabajador cumpla cada trienio.

B) En tales circunstancias, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 22/6/2012, el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, y cuya aplicación a los trabajadores de la entidad demandada es indiscutida.

Su art. 3, incluido en el capítulo III, que lleva por título "Medidas en materia de personal en el sector público andaluz", dispone que las medidas contempladas en dicho capítulo serán de aplicación al personal del sector público andaluz que señala a continuación, entre los que incluye en sus letras b) y c), las agencias de régimen especial y las agencias públicas empresariales, sociedades mercantiles del sector público andaluz.

El art. 4, establece: "Las medidas en materia de personal contenidas en este Capítulo tienen carácter excepcional y temporal, siendo de aplicación hasta la finalización del ejercicio 2013, siempre que los ingresos de la Comunidad Autónoma recobren una senda de normalidad y que la reducción del déficit público estructural y la minoración de la deuda pública posibiliten la garantía de estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de la Comunidad. Se exceptúan de lo establecido en el párrafo anterior las medidas previstas en los siguientes arts.: 18, 19, 22, 25 y 32".

El art. 5: " Los acuerdos y pactos firmados con las Organizaciones Sindicales respecto del personal funcionario y estatutario y las cláusulas contractuales o condiciones reguladas en convenios colectivos respecto del personal laboral, permanecerán vigentes, si bien, atendiendo a la situación de excepcionalidad provocada por la alteración sustancial de las circunstancias económicas, se suspenden aquellas que contradigan lo dispuesto en el presente Decreto-ley".

Y el art. 19. 1º: " El personal laboral de las entidades instrumentales y consorcios incluidos en los apartados b) y c) del art. 3, que tenga reconocido un complemento de antigüedad u otro de análoga naturaleza, percibirá dicho complemento por un importe y un número que no podrá superar el consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, y sin que en ningún caso pueda suponer un incremento del gasto".

La Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública, para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 1 de octubre de 2012, y cuyo ámbito de aplicación temporal se extiende hasta el 31 de diciembre de 2013, viene a reproducir en su integridad el contenido de los anteriores preceptos legales, siendo prorrogados expresamente sus efectos en las sucesivas Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los años 2014, 2015 y 2016.

C) El 2 de julio de 2012 el Director General de la Agencia Andaluza de la Energía dictó Resolución 3/2012, sobre armonización de retribuciones por aplicación del Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, mediante la que acordaba aplicar las medidas relativas a las retribuciones del personal de la misma a partir de la nómina del mes de julio (incluida), sin perjuicio de la negociación colectiva para la distribución definitiva de la reducción del 5% de la masa salarial a que se refiere el artículo 24 del Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio.

El apartado 2.4 de dicha Instrucción establece lo siguiente: "Antigüedad del personal al servicio de las entidades instrumentales y los consorcios": El complemento por antigüedad u otro de análoga naturaleza se percibirá por un importe y número que no podrá superar al consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo de personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. A estos efectos, se entenderá por grupo profesional de pertenencia aquél que corresponda en función de la titulación exigida para el desempeño del puesto objeto del contrato. Desde la nómina de julio todos los complementos por antigüedad, los

reconocidos y los que se reconozcan a partir de entonces, se ajustarán a este régimen y por el valor que les correspondiese en aplicación de las tablas de antigüedad recogidas en el mencionado convenio colectivo. La aplicación de esta medida no podrá suponer un incremento de gasto en ningún caso".

Desde la nómina del mes de julio de 2012, el personal laboral de la Agencia Andaluza de la Energía viene percibiendo el complemento de antigüedad, regulado en el artículo 41.1 del citado convenio colectivo en la cuantía que se deriva de la aplicación de dicha Instrucción.

SEGUNDO.1.- Para una mejor comprensión del asunto que permita identificar la verdadera cuestión que constituye el objeto del recurso, se hace necesario destacar en este momento cuatro cuestiones sobre las que no se suscita controversia alguna y son pacíficamente aceptadas por los demandantes: 1º) la entidad demandada forma parte del sector público y por este motivo resulta aplicable a sus trabajadores lo establecido en el citado Decreto- Ley 1/2012, así como en la posterior Ley 3/2012, y ulteriores Leyes de Presupuestos que hemos citado; 2º) los efectos jurídicos derivados de la aplicación de esta normativa conllevan la suspensión de lo previsto en el Convenio Colectivo de dicha entidad en materia de complemento de antigüedad; 3º) esto supone la consecuente minoración de la cuantía del complemento de antigüedad - mientras no se levante aquella suspensión de la eficacia del convenio en este punto-, hasta el límite máximo que corresponda al grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía; 4º) ningún trabajador del organismo demandado percibe en concepto de antigüedad una cantidad inferior a la que cobra personal laboral de la Junta de Andalucía integrado en su mismo grupo profesional.

2.- La única discrepancia que constituye el objeto del conflicto colectivo, reside en determinar si la disminución de la cuantía del complemento de antigüedad debe aplicarse exclusivamente sobre los trienios que se generen a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley 1/2012, el 23 de junio, o debe también afectar a la antigüedad que se viniera percibiendo en razón de los trienios ya devengados con anterioridad a la entrada en vigor de esa norma.

Con esa base, el sindicato demandante sostiene que la precitada Instrucción 2/2012 contraviene lo dispuesto en el art. 19 del Decreto-Ley e incurre en una extralimitación contraria a derecho, cuando dispone que la minoración de la cuantía del complemento de antigüedad se aplicará a "los reconocidos y los que se reconozcan" a partir de la nómina del mes de julio de 2012, y se excede con ello de la previsión contemplada en aquel Decreto-Ley que, a juicio del sindicato, solo permitiría disminuir la cuantía de la parte del complemento de antigüedad correspondiente a los trienios que se generen a partir de su entrada en vigor, sin que pueda extenderse a los trienios ya devengados con anterioridad que deberían seguir abonándose en la cuantía prevista en el convenio colectivo de la Agencia Andaluza de la Energía.

TERCERO. 1. - Como ya hemos avanzado, la tacha de ilegalidad no se hace al contenido del art. 19 del Decreto-Ley 1/2012 y posterior Ley 3/2012, toda vez que no se cuestiona en la demanda que esta norma pueda modificar lo previsto en el convenio colectivos y disminuir la cuantía del complemento de antigüedad, sino a la Instrucción impartida por el Director General de la agencia, que según los recurrentes lo habría vulnerado.

Resulta por ello irrelevante que nos extendamos en reiterar la doctrina de esta Sala que recuerda la primacía de la Ley sobre el convenio colectivo, que ha venido en admitir la posibilidad de que una norma posterior con rango de Ley pueda dejar sin efecto lo pactado en un convenio colectivo en el ámbito del sector público. Baste mencionar a tal efecto como más reciente la STS 26/4/2017, rec. 173/2016, y todas las que en ella se citan a las que in extenso nos remitimos.

De lo que se trata es de decidir si la Instrucción en cuestión respeta lo dispuesto en la norma legal de referencia, o bien se ha extralimitado al deducir de la misma unos efectos jurídicos no previstos por el legislador.

Para lo que deberemos analizar el contenido de aquel Decreto-Ley y determinar si del mismo se desprende la limitación de sus efectos a los trienios que se generen tras su entrada en vigor, o resulta por el contrario de aplicación a la totalidad de la cantidad percibida en concepto de complemento por antigüedad, resultando en todo caso indiscutible que la minoración final resultante en la cuantía de ese complemento solo

podrá tener eficacia a partir de la fecha de su vigencia, puesto que no contiene ninguna disposición expresa que contemple su aplicación retroactiva con efectos anteriores.

2.- Lo que dispone el art. 19 del Decreto-Ley,- que luego reproduce literalmente el art. 19 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre -, es que el personal laboral que tenga reconocido el complemento de antigüedad pasará a percibirlo por un "importe y un número" que no podrá superar el consignado para el grupo profesional de pertenencia del vigente Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

Su dicción literal es clara al tratar el complemento de antigüedad como una globalidad, como un todo en su conjunto, sobre el que debe operar la minoración de su cuantía. No introduce distinción alguna sobre el momento en el que se hubiere generado cada uno de los trienios que lo integran, sino que impone su reducción, en importe y número, a la cuantía aplicable para el mismo grupo profesional prevista en el convenio colectivo del personal de la Junta de Andalucía.

La finalidad de esta previsión legal no es otra que la de suspender la vigencia del régimen jurídico previsto en esta materia en el art. 41.1 del Convenio Colectivo de la Agencia Andaluza de la Energía , que cuantifica el importe de la antigüedad en un 5% sobre el salario base , por cada tres años de servicios efectivos y con un máximo de cinco trienios, para sustituirlo por el que establece el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, en tanto se mantenga la suspensión que han venido prorrogando las sucesivas leyes de presupuestos en los términos de los que ya hemos dado cuenta.

Suspensión que lo ha sido a todos los efectos referidos al "importe y número" de tal complemento, sin diferenciar el momento en que pudiere haberse generado cada uno de los trienios que conforman la totalidad de la antigüedad.

Lo que se ha querido con ello es recalcular la cuantía máxima que por tal concepto pueden percibir los trabajadores de la entidad demandada, y ajustarla, - a partir del momento de su entrada en vigor y sin efectos retroactivos-, a la cantidad que por idéntica partida se abona a los que se encuentran sometidos al ámbito del convenio

colectivo de la Junta de Andalucía, reduciéndola hasta el nivel que resulte para cada uno de los mismos grupos profesionales durante el tiempo que dure la suspensión de la vigencia en este punto de aquel convenio colectivo propio del que disponen los trabajadores de la institución demandada, sin perjuicio de que vuelva a desplegar todos sus efectos cuando se levante la suspensión que pesa sobre el mismo.

Como bien razona la sentencia recurrida, no hay nada en el Decreto-Ley 1/2012, ni en la Ley 3/2012, que permita interpretar que la voluntad del legislador no era la de otorgar un tratamiento unitario a toda la antigüedad en su conjunto, sino la de limitar el nuevo régimen de cobro del complemento de antigüedad a los trienios ya devengados y excluir los que se generen con posterioridad a su entrada en vigor, o en sentido contrario, aplicarlo exclusivamente a los que vencen a partir de esa fecha, como postulan los recurrentes.

3.- En consecuencia, la Instrucción objeto del litigio respeta el contenido de la norma legal para cuya ejecución se dicta y no incurre en extralimitación alguna, cuando precisa que esas medidas han de ser aplicadas a partir de la nómina de julio - tras haber entrado en vigor aquel Decreto-Ley el 23 de junio-, para detallar seguidamente, que la reducción debe operar sobre todo el complemento de antigüedad en su conjunto, incluyendo, tanto los trienios que ya están reconocidos y forman parte del mismo, como los que en el futuro puedan devengarse a partir de esa fecha, en perfecta concordancia por lo tanto con lo previsto en el Decreto-Ley 1/2012 y Ley 3/2012, conforme hemos razonado.

CUARTO.- Por todo lo antedicho, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, el recurso ha de ser íntegramente desestimado para confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por el sindicato Unión Independiente de Trabajadores de Andalucía (UITA), contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en procedimiento de demanda sobre conflicto colectivo núm. 8/2016, seguido a instancia del ahora recurrente frente a la Agencia Andaluza de la Energía, el sindicato Comisiones Obreras de Andalucía y la Unión General de Trabajadores, y confirmar dicha resolución. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 2846/2015**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 16 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 37 de los de Madrid dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « ESTIMO la demanda interpuesta por D. Eloy , frente a la empresa MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., y en consecuencia, DECLARO que el trabajador ha sido objeto de un despido improcedente con fecha de efectos 24.09.13, y realizada por la empresa la opción por la indemnización, CONDENO a la demandada a indemnizar al trabajador en la cantidad de 57.206,80 €»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero.- "D. Eloy, mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, en el sector de la hostelería, con antigüedad 02.10.1995, categoría profesional de recepcionista y un salario 2.171,77 e/mes brutos con p.p. extras, con centro de trabajo en el Hotel Tryp Ambassador, sito en la Cuesta de Santo Domingo, 5, de Madrid.

Segundo. - En fecha 24.09.13 el trabajador fue despedido.



Tercero.- El trabajador no ostenta ni lo ha hecho en el año anterior la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

Cuarto.- Con fecha 25.10.13 se celebró acto de conciliación ante el SMAC en virtud de papeleta presentada el 25.10.13, con el resultado de "sin avenencia", habiendo reconocido en ese acto la empresa la improcedencia del despido.»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL SA, frente a la sentencia de 16 de junio de 2014 del Juzgado de lo Social nº 37 de los de Madrid , dictada en los autos 1256/2013, seguidos a instancia de don Eloy contra la recurrente y en su consecuencia revocamos en parte la citada resolución y fijamos en 53.478, 11 euros el importe de la indemnización que la empresa debe abonar al trabajador.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Don Eloy, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 29 de abril de 2014, recurso nº 3065/2013.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 31 de marzo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 28 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión controvertida en el presente recurso de casación unificadora estriba en determinar el modo de cálculo de la indemnización correspondiente a un despido declarado improcedente. Más en concreto, la discrepancia surge porque, en el caso, entra en juego la regulación transitoria establecida a partir del RD-Ley 3/2012, incorporada ya (disposición transitoria undécima) al nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, respecto a prestaciones de servicio anteriores y posteriores a su vigencia.

2. La sentencia recurrida (TSJ Madrid 22-5-2015, R. 31/15), revocando la resolución de instancia, reconoce a favor del trabajador una indemnización de 53.478,11 euros, razonando al respecto que el salario diario a efectos de ese cálculo ascenderá a 71,39 euros (se multiplica el salario mensual por los 12 meses del año [26.422,35 €] y se divide por los 365 días del año (72,39 €), tal y como sostiene la STS 24-1-2011 . La antigüedad del actor es de 2-10-1995 y fue despedido el 24-9-2013, por lo que, hasta el 11-2-2012, habría prestado servicios para la empresa demandada durante 16 años, 4 meses y 9 días, y desde entonces hasta la fecha del despido 1 año y 8 meses, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, como, según dice, recoge entre otras la STS 31-10-2007. Por todo ello, la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que con los servicios prestados entre el 2-10-1995 y el 11-2-2012, ya superaría el tope de 720 días de indemnización que fija la DT 5ª del RD-Ley 3/2012 , no tiene en cuenta el resto de servicios prestados por el demandante, estableciendo la indemnización a pagar por la empleadora en la suma resultante que, según sus cálculos, se eleva a 53.478,11 € (72,39 €/día x 737,75 días), estimando así parcialmente el recurso empresarial.

3. Contra dicha sentencia recurre en casación unificadora el trabajador demandante por entender, en síntesis, que habría de sumarse la indemnización correspondiente al segundo tramo de su prestación de servicios, a razón de 33 día por año trabajado, tal como entiende se desprende de la DT 5ª del RD-Ley 3/2012, invocando como sentencia referencial la dictada por esta Sala IV del TS el 29-9-2014 (R. 3065/13). En ella consta que las trabajadoras demandantes fueron objeto de despido colectivo con efectos de 18-10-2012, en virtud de un ERE incoado el 19-9-2011 y concluido sin acuerdo, teniendo reconocidas sus respectivas indemnizaciones en

cuantías calculadas por la sentencia allí recurrida con el límite de 720 días. Se denunciaba ante esta Sala la infracción de la DT 5ª.2 RD-L 3/2012 al haberse aplicado el límite de 720 días sin diferenciar la extensión de los período trabajados antes y después de esa reforma. La sentencia de contraste, acogiendo favorablemente el recurso de las demandantes, consideró que para fijar la indemnización por despido improcedente a raíz del citado RD-Ley, en vigor desde el 12-2-2012, y para determinar si la indemnización puede alcanzar el límite de 42 mensualidades, deberá alcanzarse al menos una antigüedad de 720 días antes de la entrada en vigor de dicha norma y, una vez establecida esa premisa, se sumará la antigüedad posterior, pudiendo la suma de ambas llegar al límite de 42 mensualidades. Se cuestiona, pues, tal como antes adelantamos, la interpretación de la DT 5ª del RD 3/2012, idéntico al texto de la Ley 3/2012 e incorporada ya (disposición transitoria undécima) al nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

4. Hemos de admitir la contradicción, tal como igualmente lo hace el Ministerio Fiscal, porque, en efecto, la sentencia de contraste, al revés que la recurrida, como vimos, admite la posibilidad de sumar ambos tramos de antigüedad, la anterior y la posterior al 12-2-2102, hasta alcanzar la indemnización resultante el límite de 42 mensualidades.

SEGUNDO.- 1. Como también pone de relieve el informe del Ministerio Fiscal, esta misma Sala ha clarificado la sentencia referencial, concordándola con la dictada el 2-2-2106 (R. 1624/14 ), en la sentencia de 18-2-2016 (R. 3257/14), seguida ya al menos por la de 16-9-2016 (R 38/15 ), dejando sentada la siguiente doctrina (FJ 3º.2.C, STS4ª 18-2-2016 ):

"a) La Disposición Transitoria solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12 de febrero de 2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos...de unidad esencial del vínculo es claro que se retrotrae hasta el inicio del periodo computable.

b) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 "el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario".

c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.

d) En sentido contrario, la norma implica que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.

e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.

f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.

g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, "prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año" en los dos supuestos" (FJ 3º.2.C, STS 18-2-2016."

2. De conformidad, pues, con nuestra más reciente doctrina jurisprudencial, el recurso debe ser desestimado y confirmada la sentencia impugnada, ya que, teniendo en cuenta que con los servicios prestados por el actor hasta el 12 de febrero de 2012 se alcanza el tope indemnizatorio de 720 días, ya no operan a tales efectos los servicios prestados con posterioridad.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Óscar Rodríguez Conde, en nombre y representación de D. Eloy , contra la sentencia dictada en fecha 22 de mayo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 31/2015 , interpuesto

contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de los de Madrid , en autos nº 1256/2013, seguidos a instancias de DON Eloy contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., sobre reclamación por despido. Se confirma la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JUNIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 2402/2015**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 17 de abril de 2013, el Juzgado de lo Social número 3 de Madrid, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El demandante Sr. Julio con DNI NUM000 prestó servicios para la empresa codemandada Poliseda S.L. desde el 1-8-1966 hasta el 18-1- 2008; con la categoría profesional de maestro y percibiendo un salario mensual de 2.253,38 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extras.- SEGUNDO.- El demandante prestó servicios desde el día 1 de agosto de 1966 hasta 18 de enero de 2008 con la categoría profesional de maestro y un salario mensual con prorrata de pagas extras de 2.253,38 euros brutos, según nómina de diciembre de 2007.- TERCERO.- El demandante quedó incluido dentro del sistema "Plan de Prejubilaciones", pactándose la protección de los afectados a través de un "seguro colectivo de Renta", y para garantizar las cantidades que se pacten, la empresa deberá suscribir una póliza de rentas con la compañía aseguradora, siendo dicha compañía la que hará efectivos los pagos mensuales a trabajador.- La empresa demandada Poliseda ,S.L. en cumplimiento de los acuerdos del ERE, suscribió con la Compañía APRA LEVEN NV las correspondientes pólizas, mediante las cuales los trabajadores percibían unos complementos a las prestaciones públicas más las cantidades relativas a la suscripción del convenio especial

con la Seguridad Social hasta la edad en la que cada trabajador accedía a la jubilación.-

CUARTO.- Y como también se acuerda que la empresa cuenta con una compañía consultora especializada, con fecha 5 de febrero de 2008, a instancias de la empresa Poliseda, S.L., el demandante suscribió con el resto de sus compañeros afectados por el ERE, contrato de gestión de VITALIA, S.A., expresándose en dicho contrato que el objeto social de la entidad es la tramitación de prestaciones y subsidios ante entidades públicas o privadas por medio de los titulados correspondientes.- Como consecuencia de la documentación realizan el plan individual de secuencias de cobros conforme a las directrices emanadas de la empresa y con el acuerdo alcanzado entre empresa y trabajador (pacto tercero del contrato suscrito). El plan individual de secuencia de cobro y cotizaciones se incorpora al contrato.- QUINTO.- Con fecha 29 de enero de 2008 se le hace al trabajador certificado individual de seguro colectivo de Rentas de Supervivencia al efecto de percibir por meses vencidos uno complementos a las prestaciones públicas más la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social.- Consta expresamente en la póliza: Compañía aseguradora APRA LEVEN NV.- Número del contrato NUM001 .- Número de certificado NUM002 .- Domicilio.- DIRECCION000 , NUM003 Amberes ( Antwerpen) (Bélgica).- Compañía autorizada bajo el número 980 para el ejercicio del seguro de vida.- Datos del tomador.- Razón social POLISEDA, S.L. C.I.F. B81603086.- Domicilio CTR.A M 300 KM 30-300 -- Código Postal 28802 Población ALCALA DE HENARES.- Provincia MADRID País ESPAÑA.- Actividad-- -- Teléfono.- Asimismo en la póliza se deja constancia de la secuencia de cobros de la renta temporal (mensual) en concepto de complemento y la renta temporal en concepto de complemento de convenio especial en las siguientes cuantías: Rentas.- RENTA TEMPORAL EN CONCEPTO DE COMPLEMENTO.- Plazos de la renta importe mensual de la renta.- desde - Hasta - (en Euros).- 01-01-2008 31-01-2008 220,06.- 01-02-2008 31-12-2008 550,13.- 01-01-2009 31-12-2009 58,53.- 01-01-2010 31-01-2010 999,47.- 01-02-2010 31-12-2010 1.581,37.- 01-01-2011 31-12-2011 1.612,99.- 01-01-2012 31-12-2012 1.645,25.- 01-01-2013 30-06-2013 1.678,16.- 01-07-2013 31-07-2013 950,96.- RENTA TEMPORAL EN CONCEPTO DE CONVENIO ESPECIAL.- Plazos de la renta Importe mensual de la renta.- Desde - Hasta - (en euros).- 01-01-2010 31-01-2010 244,46.- 01-02-2010 31-12-2010 611,15.- 01-01-2011 31-12-2011 623,38.- 01-01-2012 31-12-2012 635,84.- 01-01-2013 31-06-2013 648,56.- 01-07-2013 31-07-2012

367,52.- SEXTO.- Con fecha 10 de marzo de 2011 reciben los trabajadores afectados por el ERE una carta de la Comisión Bancaria Financiero y de Seguros Belga (CBFA) por la que se les notifica la disolución de pleno derecho de la entidad APRA LEVEN NV y su consiguiente liquidación. Esta decisión han conllevado que hayan dejado de percibir desde el 1 de enero de 2011, no solo los complementos salariales, sino además las cantidades destinadas al convenio especial con la Seguridad Social.- SÉPTIMO.- Para hacer frente a dichas pólizas la empresa Poliseda abonó a la aseguradora las primas por dicho seguro.- OCTAVO.- En diciembre de 2008 Poliseda como tomadora de la póliza y los asegurados solicitaron a Vitalia Vida SA el rescate total de las pólizas que se transfieren a APRA LEVEN NV, de lo que tuvo conocimiento el Consorcio de Compensación de Seguros.- NOVENO.- La Sociedad demandada APRA Leven N.V es una compañía aseguradora belga: actualmente dicha empresa se encuentra bajo el control de la Comisión Bancaria Financiera y de Seguros Belga (CBFA); en marzo de 2011 dicha Comisión tomó la decisión de suprimir a inclusión de dicha sociedad dentro de la categoría de Sociedades de Seguros, lo que supuso la disolución de pleno derecho de Apra leven N.V y el inicio de su liquidación, siendo nombrados liquidadores el Sr. Pablo y Tania .- DÉCIMO.- El 5-5-2011 se publicó en el BOE Resolución de la Dirección General de Seguros 19-4-2011, por la que se pone en conocimiento que el correspondiente Organo de Control de Bélgica ha comunicado la revocación de la autorización administrativa para operar como aseguradora a Apran Leven NV y que se ha procedido a nombrar liquidadores.- UNDÉCIMO.- Por resolución del Ministerio de Trabajo de 6-9-2011, ante la quiebra de Apra leven NV y el impago de rentas a los afectados por el ERE de Poliseda, se acordó la concesión de ayudas para hacer frente a la cotizaciones del convenio especial suscrito por ellos con la Seguridad Social.- DUODÉCIMO.- Un ERE anterior al ahora cuestionado, y que dio lugar al expediente NUM004 en la empresa Poliseda se enmarcaba en una operación de construcción por parte de Poliseda de una nueva fábrica y la compraventa a la empresa codemandada Henares de Desarrollos Urbanos SL; tras la correspondiente recalificación como suelo residencial de los terrenos que ocupaba hasta entonces la empresa, ello determinó que el 14-2-2004 se suscribiera un acuerdo entre la empresa codemandada Poliseda SL y la empresa Henares de Desarrollos Urbanos S.L. y el Comité de Empresa en el que se acordaba la realización del ERE NUM004 indicándose que dichos acuerdos se

garantizaban subsidiariamente por la empresa codemandada Henares de Desarrollos Urbanos S.L.- DÉCIMOTERCERO.- El 4-1-2008 la autoridad laboral autorizó un nuevo ERE en el que está incluido el actor que autorizó a la extinción de 127 contratos de trabajo. Y por comunicación remitida el 5-6-2008 por la empresa Henares de Desarrollos Urbanos S.L. a Comité de empresa de Poliseda S.L., dicha mercantil asumía la obligación de garantiza solidariamente la prima para la suscripción de una póliza de seguro colectivo en el ERE que asumía Poliseda S.L.- DECIMOCUARTO.- La Compañía Aseguradora Apra leven NV en noviembre de 2011 abono al actor la cantidad de 9.115,70 euros en concepto de renta temporal y 3.485,52 euros en concepto de renta temporal de complemento convenio especial.- DÉCIMOQUINTO.- El actor en el acto del juicio cuantifica la cantidad total que reclama en la suma total de 43.444,84 euros por los conceptos de renta temporal y renta temporal de complemento convenio especial devengadas por el período comprendido de enero 2011 a marzo inclusive de 2013, una vez descontado lo abonado por la Compañía Aseguradora Apra leven NV en noviembre de 2011 según se recoge en el ordinal anterior.- DÉCIMOSEXTO.- Con fecha 20-12-2011 el demandante presentó papeleta de conciliación ante EL SMAC, celebrándose dicho acto el 4-1-2012 con el resultado de intentado y sin efecto".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Procede desestimar las excepciones procesales planteadas por las demandadas y estimar parcialmente la demanda planteada por D. Julio contra POLISEDA S.L, APRA LEVEN NV, APRA LEVEN SA., y condenar a la Aseguradora Apra Leven NV a que en el marco del proceso de liquidación de esta entidad abierto en Bélgica sean abonadas al actor la cantidad reclamada de 43.444,84 euros por los conceptos de rentas no percibidas en el período comprendido de enero 2011 a marzo de 2013. Con absolución de las empresas codemandadas Poliseda S.L., Henares de Desarrollos Urbanos S.L., Apra Leven S.A, Vitalia Vida SA; Consorcio de Compensación de Sgueros y Ministerio de Trabajo e inmigración que lo hace como parte interesada. Con absolución también de las personas físicas codemandadas y del FGS".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 11 de noviembre de 2014 , en la que como parte dispositiva consta la



siguiente: "Estimamos en parte el recurso interpuesto por don Julio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid, en autos 41/2012, seguidos a instancia del recurrente contra POLISEDA SL, APRA LEVEN NV, MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, APRA LEVEN SA, CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL, HENARES DESARROLLOS INTEGRALES y VITALIA VIDA SA y en su consecuencia revocamos en parte la sentencia en el sentido de condenar también al pago de la cuantía de 43.444, 84 € reclamados a POLISEDA SL y subsidiariamente a ésta a HENARES DE DESARROLLO URBANO SL suprimiendo en el fallo de la sentencia de instancia la expresión "en el marco del proceso de liquidación de esta entidad abierto en Bélgica". Se mantienen los demás pronunciamientos".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizaron, por la representación procesal de las empresas Poliseda, S.L. y Henares Desarrollos Integrales, S.L. recursos de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 junio 2013 (Rec. nº 967/2013 ) y del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 6 mayo de 2013 (Rec. nº 45/2013 )

CUARTO.- Admitidos a trámite los presentes recurso y evacuado el trámite de impugnación por D. Julio y por el Abogado del Estado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró los recursos procedentes, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 20 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1. La sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2014, estima parcialmente el recurso de suplicación del trabajador demandante y revoca parcialmente la sentencia de instancia "en el sentido de condenar también al pago de la cuantía de 43.444, 84 € reclamados a POLISEDA SL y subsidiariamente a ésta a HENARES DE

DESARROLLO URBANO SL suprimiendo en el fallo de la sentencia de instancia la expresión "en el marco del proceso de liquidación de esta entidad abierto en Bélgica". Se mantienen los demás pronunciamientos".

2. Recurren ahora en casación unificadora las dos mencionadas empresas codemandadas. Se nos plantea así un supuesto análogo al resuelto en la sentencia del Pleno de esta Sala de 12 de diciembre de 2016 (rcud. 1514/2015) y en las deliberadas en la misma fecha (rcuds. 3674/2014, 616/2105, 815/2015 y 965/2015), así como en la sentencia 03/01/2017 (rcud. 1849/2015), recaídas todas ellas en litigios seguidos a instancia de otros trabajadores de la misma empresa.

SEGUNDO.-1. La empresa Poliseda, S.L. entiende que la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 8.6 y la Disp. Ad. 1ª del RD Leg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en relación con el art. 51 del Estatuto de los trabajadores (ET).

2. Presenta como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 junio 2013 (rollo 967/2013). Se trataba allí de la reclamación de trabajador acogido a un Plan de Prejubilaciones pactado en un ERE, por el que se sustituía «hasta donde alcance la indemnización por despido improcedente» y se disponía que se concertaría con una empresa aseguradora la correspondiente póliza, de suerte que, con el abono de la prima, se consideraría, «a todos los efectos, que la Compañía ha cumplido con las obligaciones establecidas en los anteriores párrafos, siendo a partir de entonces la aseguradora la ... responsable de satisfacer dichas obligaciones de acuerdo con el Plan objeto de prima...». Constaba en aquel caso que la empresa había satisfecho la póliza y que la aseguradora había quedado incurso en insolvencia e incumplido las prestaciones pactadas. La sentencia de contraste exonera de responsabilidad a la empresa por considerar que, conforme al art. 1156 del Código Civil (CC ), se había producido una válida sustitución en la persona del deudor y que la posterior insolvencia del sustituto no hacía renacer las responsabilidad del deudor primitivo; añadiendo que a la misma conclusión había de llegarse por la vía de las previsiones contenidas en el art. 8.6 y en la Disp. Ad. 1ª del RD Leg. 1/2002.

3. La empresa Henares de Desarrollos Integrales, SL formula dos motivos, siendo el primero de ellos coincidente con el de Poliseda, ya que, mediante él, combate la responsabilidad de ésta última y acusa también la infracción del art. 8.6 y de la DA Primera del RD Legislativo 1/2000.

Presenta, no obstante, distinta sentencia de contraste: la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 6 mayo 2013 (rollo 45/2013), que, si bien con referencia a una empresa distinta, resuelve un supuesto idéntico al de la sentencia de la Sala de Cataluña, llegando también al mismo pronunciamiento absolutorio para la empresa. Precisamente la sentencia de Cataluña se apoya en la indicada sentencia de La Rioja señalando de modo expreso que está dando respuesta a un caso análogo y que coincide con el criterio de ésta.

4. Como ya señalábamos en la citada sentencia de 03/01/2017 (rcud. 1849/2015), con cita de las sentencias del Pleno de esta Sala de 12 de diciembre de 2016 (rcud. 1514/2015 ) y en las deliberadas en la misma fecha (rcuds. 3674/2014, 616/2105, 815/2015 y 965/2015), todas ellas dictadas con respecto a las mismas empresas, trabajadores en igual situación e idénticas sentencias de contraste, "La contradicción entre la sentencia recurrida y las que, respectivamente, aportan las dos recurrentes resulta innegable, dándose la particularidad, además, de que en todas ellas se trata de la misma compañía aseguradora y también, por consiguiente, se suscita idéntico problema surgido de la situación de insolvencia de ésta".

TERCERO.- 1. Concurriendo el requisito de la contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS , procede conforme a lo dispuesto en el artículo 228.2 de la propia LRJS , dictar sentencia con pronunciamiento ajustado a la unidad de doctrina, que, por imperativos de seguridad jurídica, no puede ser otra que la resultante de las ya señaladas sentencias del Pleno de esta Sala de 12 de diciembre de 2016 (rcud. 1514/2015 ) y en las deliberadas en la misma fecha (rcuds. 3674/2014 , 616/2105 , 815/2015 y 965/2015 ), y de 03/01/2017 (rcud. 1849/2015). En esta última sentencia, se resume así la doctrina aplicable al caso:

"TERCERO.- Con arreglo al invocado art. 8.6 del RD Leg. 1/2002 : «Los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación

laboral con aquéllas y pasen a situación legal de desempleo en los casos contemplados en el párrafo tercero de la letra a) anterior, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación, podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la disposición adicional primera de esta Ley , en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de ésta».

Por su parte, la Disp. Ad. 1ª de aquel texto legal, establece en esencia que, una vez instrumentados los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, la obligación y responsabilidad de éstas «se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones».

2. Pues bien, las disposiciones cuya infracción se denuncia no serían en principio aplicables al caso, pues no nos hallamos en presencia de acuerdo alguno dirigido a garantizar las prestaciones propias de un Plan o Fondo de Pensiones -que se refiere a la jubilación, supervivencia, incapacidad permanente o dependencia-, sino de una obligación inicial a cargo de la empresa, consistente en el abono de una indemnización derivada de la extinción de los contratos de trabajo; la cual, por acuerdo de las partes, se modifica para sustituirla por el compromiso de abonar ciertas cantidades mensuales complementarias de la prestación y del subsidio por desempleo, contingencia ésta no contemplada ni en citado art. 8.6 RD Leg. 1/2002, ni en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensión (RD 1588/1999, de 15 de octubre).

3. Recordemos que la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, procedió a incorporar lo que establece el art. 8 de la Directiva 80/987, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, a cuyo tenor: «Los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios

de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social». A tal fin se dio nueva redacción a la Disp. Ad. 1ª de la indicada ley introduciendo la expresión «compromisos por pensiones».

Se suscita así la duda de si la misma alcanza también a los acuerdos adoptados en los procedimientos de despido colectivo, y relativos a complementos de rentas hasta la jubilación. Mas el art. 32.6 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y del Orden Social, introdujo un nuevo apartado -un último inciso- en el art. 8.6 de la LPFP, expresivo de que «Los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con la misma y pasen a situación legal de desempleo a consecuencia de un expediente de regulación de empleo, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación (desempleo, obviamente), podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la disposición adicional primera de esta Ley , en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de la misma». Con tal redacción ampliaba el inicial objeto de aseguramiento colectivo a las "prestaciones" de prejubilación; y en todo caso se aclaraba que el aseguramiento de estos últimos compromisos ofrece una nota de voluntariedad que pone fin a la cuestión de si entraban o no de lleno en la obligación de exteriorización, propias de las "pensiones".

4. Por ello, hemos sostenido en las sentencias citadas que, con independencia que «se pacte o no expresamente en el acuerdo, la suscripción del seguro colectivo convenido y la satisfacción de las primas debidas por el mismo desplazan -por la expresa disposición legal indicada, que no exclusivamente por su expresa previsión en el pacto- la responsabilidad por las prestaciones convenidas [rentas complementarias de prestaciones públicas hasta la edad de jubilación], de forma que a partir de tal evento -abono de primas- la obligación tiene por sujeto pasivo a la entidad aseguradora y la empresa queda liberada -en principio- de toda responsabilidad, al haberse producido una novación subjetiva de la persona del deudor, por mandato legal».

Entendemos que el art. 8.6 y la Disp. Ad. 1ª RD Leg. 1/2002 contienen prescripciones claras y rotundas que se reiteran en el art. 3.1 del Reglamento, a cuyo

tenor, una vez instrumentados los compromisos por pensiones, «...la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán, exclusivamente, a los asumidos en dichos contratos de seguro y planes de pensiones».

5. Tal consecuencia se impone aún a pesar de que podamos entender que, en el fondo, pudiéramos estar en presencia de una indemnización por extinción del contrato que sustituye y mejora a la indemnización prevista en el ET, y cuya satisfacción no se lleva a cabo por una cantidad a tanto alzado e importe único, sino de manera fraccionada y como añadido a la renta que se perciba por la prestación pública de desempleo. Por ello, hemos precisado que, «si no hubiese previsión legal o convencional alguna respecto del desplazamiento de la responsabilidad, no se nos plantearía duda alguna respecto de que la insolvencia de la aseguradora haría resurgir la obligación de pago por parte de la empresa, porque en buena técnica y sin disposición legal en contrario, el aseguramiento sería un mero instrumento de garantía y no un medio de extinción de la deuda».

Pero la Sala debe atenerse a la previsión singular y específica que hace la Ley, de que una vez instrumentados los compromisos por pensiones asumidos por la empleadora, la obligación y responsabilidad de las empresas se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones. Por tanto, la norma legal está imponiendo de modo rotundo la novación subjetiva en la obligación. Se produce así un desplazamiento de responsabilidad, en forma tan inequívoca que no admite interpretación alguna, sino su estricta y literal aplicación: la exoneración de toda responsabilidad empresarial, tras la suscripción del aseguramiento y abono de las primas, exactamente igual que si de un compromiso externalizado de pensiones se tratase.

6. Consecuentemente, la sentencia recurrida yerra al imponer la responsabilidad a las dos empresas codemandadas, siendo, por el contrario, las sentencias de contraste las que contienen la doctrina ajustada a Derecho.

CUARTO.- 1. El segundo de los motivos de casación de Henares Desarrollos Integrales, SL se interpone de forma subsidiaria, para el caso de no prosperar el

primero. Se mantiene en él que no cabría su responsabilidad subsidiaria por ser inexistente la del inicial deudor principal. A tal efecto invoca el art. 1822 C, en relación con los arts. 1824 y 1847 del mismo texto legal, y aporta como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 octubre 2006 (rollo 2199/2006).

En dicha sentencia se resuelve una demanda de impugnación de despido objetivo en el que se reclama frente al FOGASA y cuya responsabilidad excluye la Sala de Suplicación por diversas consideraciones y, entre ellas, la principal de que «si la empresa demandada ha sido absuelta, es evidente que ninguna responsabilidad subsidiaria puede tener el organismo recurrente...».

2. Resulta dudoso que pudiera apreciarse contradicción entre la sentencia recurrida y la que se ofrece para la comparación, pues el debate litigioso de dicha sentencia gira en torno a una cuestión distinta. Mientras que aquí solventamos la cuestión de la responsabilidad de la empresa y la afirmación de la responsabilidad subsidiaria pende directamente de que, efectivamente, se atribuya la misma a la principal; en el caso de la sentencia referencial se trataba de las concreción de las obligaciones de un organismo público establecidas ex lege para determinados supuestos y lo que se planteaba era si el nacimiento de la responsabilidad del FOGASA había de depender de la condena previa a la empresa en el proceso por despido.

Ahora bien, en todo caso, dado el carácter cautelar que la propia parte recurrente daba a este motivo y, a la vista de la estimación del primero con la consiguiente exoneración íntegra de responsabilidad de ambas empresas, resulta ya inútil cualquier argumentación al respecto de lo que ahora se nos pretende plantear.

CUARTO.-1. En aplicación de esta doctrina, y de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, debemos estimar los dos recursos de casación para unificación de doctrina y casar y anular la sentencia recurrida. Ello comporta que hayamos de resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de absolver a las empresas recurrentes y mantener el resto de los pronunciamientos del fallo.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235 LRJS, no procede la condena en costas, debiendo llevarse a cabo la devolución de los depósitos y consignaciones dados para recurrir en los términos legalmente establecidos.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar los recursos de casación para unificación de doctrina interpuestos por las empresas "Poliseda, S.L." y "Henares Desarrollos Integrales, S.L." contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 353/2014 , interpuesto por el trabajador D. Julio contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Madrid en autos núm. 41/2012, seguidos a instancia de dicho trabajador contra las empresas "Poliseda, S.L." y "Henares Desarrollos Integrales, S.L.", Apra Leven NV, Dª Tania , D. Pablo , Ministerio de Trabajo e Inmigración, Consorcio de Compensación de Seguros Henares de Desarrollos Integrales S.L., Vitalia Vida SA., Apra Leven SA y Fondo de Garantía Salarial. Casar y anular la citada sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, absolver a las empresas recurrentes y mantener el resto de los pronunciamientos del fallo. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017**  
**Número Recurso: 2667/2015**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 19 de diciembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



« 1º.- La actora D<sup>a</sup> Enriqueta prestaba servicios para la empresa Promociones Sergio 2002 S.L., desde el 14-9-2004, con la categoría profesional de jefe de Administración y salario de 41,81 euros diarios incluida la prorrata de pagas extras. La actora desde agosto de 2010 estaba vinculada con la empresa en virtud de un contrato a tiempo parcial del 50% de la jornada, con la correspondiente reducción del salario y de las bases de cotización.

2º.- La relación laboral finalizó el 31-1-2011 en virtud de despido que fue reconocido improcedente por la empresa en la propia carta, y el abono de la indemnización de 12.139,05 euros. Interpuesta demanda de reclamación de cantidad, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 1 con fecha 13-3-2013, estimando la demandada y condenando a la empresa a abonar a la actora la cantidad de 12.139,05 euros en concepto de indemnización y a la cantidad de 1.292,87 euros brutos en concepto de salarios de enero de 2011 y parte proporcional de paga extra de verano. La empresa fue declarada insolvente.

3º.- Solicitado el abono del FOGASA, se dictó por el mismo resolución con fecha 18-12-2013 reconociendo a la actora el derecho a percibir las siguientes cantidades: 751,52 euros en concepto de salarios y 4.822,13 euros en concepto de indemnización, resultantes de aplicar como módulo salarial el 50% del duplo del salario mínimo interprofesional, incluida la prorrata de pagas extras, que asciende a 25,05 euros. En caso de aplicar el módulo salarial sin la reducción del 50%, las cantidades de diferencia que debería abonar el FOGASA serían de 541,35 euros en concepto de salarios y 3.330,82 euros en concepto de indemnización.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Enriqueta contra el Fondo de Garantía Salarial, debo de absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos de la demanda.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D<sup>a</sup>. Enriqueta ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cual dictó sentencia en fecha 13 de mayo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación núm. 264 de 2015, ya identificado antes y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.».

TERCERO.- Por la representación de D<sup>a</sup>. Enriqueta se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 26 de junio de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 13 de noviembre de 2014.

CUARTO.- Con fecha 3 de marzo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar el límite de la responsabilidad que tiene el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), conforme al art. 33.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), a la hora de abonar los salarios e indemnizaciones a su cargo por insolvencia empresarial. Más concretamente, en el caso que nos ocupa la cuestión es determinar si, cuando se trata de trabajadores con contrato a tiempo parcial, el tope del salario a computar, duplo del salario mínimo interprofesional (SMI), debe reducirse, o no, en el mismo porcentaje que la jornada que realiza en comparación con la ordinaria de un trabajador a tiempo completo de la misma actividad.

Tal cuestión ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas en el presente recurso, a efectos de determinar la existencia de contradicción doctrinal que lo viabiliza, conforme al art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS). La sentencia recurrida ha estimado que, cuando se trabaja a tiempo parcial, el duplo del SMI computable como máximo debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada ordinaria. Por contra, la sentencia de contraste, dictada por el TSJ de Galicia el 13 de noviembre de 2014 (RS 1364/2013) ha resuelto lo contrario, esto es que se

computa el salario realmente percibido, siempre que no se supere el límite legal, límite cuyo importe no se ve afectado por la menor jornada realizada y que no cabe reducir en proporción a la reducción de jornada que se pacte en los contratos a tiempo parcial.

La contradicción existe porque una sentencia estima que el salario máximo computable para el cálculo, según la Ley, se reduce en el mismo porcentaje que la jornada laboral, mientras que la otra entiende que el salario máximo computable no se reduce por tal motivo, pues la ley no establece expresamente esa reducción y solo limita el SMI computable y el número de días a pagar. Visto el sentido de la discrepancia, la contradicción existe aunque las sentencias comparadas hayan recaído en supuestos en los que estaban vigentes distintos topes legales, pues, lo relevante a estos efectos no es si el límite es del doble o del triple del SMI, sino si cabe la reducción del SMI computable en el mismo porcentaje que la jornada realiza.

SEGUNDO.- En el apartado del recurso, dedicado al examen de la infracción legal, se denuncia la infracción del artículo 33, números 1 y 2, del ET.

La cuestión planteada, si para el cálculo de la obligación de pago del FOGASA se computa en todo caso el límite del doble del SMI vigente o si ese límite debe reducirse en la misma proporción que la jornada laboral en los casos de beneficiarios con contrato a tiempo parcial, no ha sido abordada directamente por esta Sala, sino indirectamente, como "obiter dicta" en sus sentencias de 28 de mayo de 1998 (R. 3462/1997) y de 29 de septiembre de 2011 (R. 586/2011). En estas sentencias se empieza, al igual que en la de 31 de mayo de 2011 (R. 3581/2010), afirmando que la regla de interpretación literal y lógica es la de que se computa el salario real siempre que no exceda del límite fijado al mismo, doble del SMI, sin que, cuando el salario real sea inferior al duplo del SMI quepa incrementar el salario computable hasta el tope máximo, pues se quebraría la garantía reconocida y se daría más de lo garantizado "convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador. Seguidamente, las dos primeras sentencias citadas añaden «Y aun cabría añadir otro argumento de resistencia a las soluciones contrarias a la lógica, como se daría respecto del trabajador con contrato a tiempo parcial, con la consiguiente reducción del salario, que vería favorecida su situación sobre el trabajador a tiempo completo.», argumento

que se formula para robustecer la conclusión de que debe computarse el salario realmente percibido.

Este criterio interpretativo, sentado "obiter dicta" debe mantenerse añadiendo otras razones que hace la sentencia recurrida con acierto. En efecto, los Reales Decretos que anualmente fijan el importe del SMI para cada año vienen señalando en el párrafo tercero de su artículo 1 que el SMI "si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata", pudiéndose citar en tal sentido el RD 1717/2012, vigente cuando se declaró la insolvencia, así como los anteriores (RD 1888/2011) y los posteriores, como el RD 1171/2015 y el RD 742/2016. Por ello, una interpretación lógico sistemática de esos Reales Decretos y del art. 33 del ET nos muestra que cuando el legislador dice SMI se está refiriendo al que corresponde a una jornada completa y que cuando se trabaja a tiempo parcial el SMI que corresponde con arreglo a la norma debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada de trabajo.

TERCERO.- Las razones expuestas nos llevan a concluir que es más correcta la doctrina que contiene la sentencia recurrida, lo que obliga a su confirmación, cual ha informado el Ministerio Fiscal, unificando la doctrina controvertida en ese sentido. Sin costas.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de D<sup>a</sup>. Enriqueta contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recurso de suplicación nº 264/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza , en autos núm. 179/2014. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 3578/2015**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 6 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda presentada por DON Pedro Enrique contra ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) debo declarar y declaro no haber lugar a lo solicitado, absolviendo a la empresa ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) de los pedimentos contenidos en la demanda».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- DON Pedro Enrique viene prestando servicios para la empresa ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), ostentando la categoría de Mando Intermedio y Cuadro, habiendo sido nombrado en fecha 1 de octubre de 1.987 Jefe de Estación en la Residencia de Briviesca (Burgos) y posteriormente adscrito voluntariamente al Grupo Profesional de Mando Intermedio y Cuadro el día 1 de enero de 1.999. SEGUNDO.- Desde el inicio de su relación laboral con la empresa demandada, el actor ha venido siendo retribuido conforme a una parte fija y otra variable, percibiendo por la clave 08 (Antigüedad MIC) la cantidad de 218,21 €, de los cuales 58,92 € corresponden a complemento personal de antigüedad por llevar más de 20 años en el mismo nivel salarial. TERCERO.- El artículo 121 de la Normativa Laboral de ADIF establece que a los agentes que alcancen veinte años de servicios efectivos en un mismo tipo de salario se les abonará, como complemento personal por antigüedad, el importe fijado en las Tablas Salariales vigentes para este concepto, así como que los agentes que tengan derecho a la percepción de este complemento percibirán los conceptos que explícitamente se indiquen en las Tablas Salariales

vigentes por el importe determinado para el nivel salarial inmediato superior al que ostentan. CUARTO.- La categoría de Técnico de Estructura de Apoyo, que es el nivel salarial superior al propio del actor, tiene un componente salarial fijo mínimo de 37.010,99 € anuales, y la categoría que ostenta el actor, tiene un componente salarial fijo propio de 30.960,08 € anuales. QUINTO.- El actor, tal como ha concretado en el acto de juicio, solicita se condene a ADIF a abonarle la cantidad de 5.357,69 € en concepto de diferencias retributivas devengadas entre lo estipulado en Tablas Salariales como componente fijo mínimo para la categoría de Técnico y lo percibido por las claves 002 (sueldo) y 008 (antigüedad por complemento de 20 años) en el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2.013 ambos incluidos, conforme a los cálculos que efectúa en el Hecho Cuarto de la demanda, cuyo contenido se da por reproducido, más el 10% de recargo por mora. SEXTO.- Formulada Reclamación Previa, ha sido desestimada por Resolución de fecha 14 de febrero de 2.014».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por D. Pedro Enrique , frente a la sentencia de fecha 6 de marzo de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos , en autos número 394/2014, seguidos a instancia del recurrente, contra ADMINISTRADOR DEI INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), en reclamación sobre Cantidad y, en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Don Pedro Enrique, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 30 de marzo de 2012 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, de fecha 10 de octubre de 2013.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de abril de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 7 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el trabajador demandante, integrado como Mando y Cuadro en ADIF desde el 1 de enero de 1999, tiene derecho al percibo del denominado "complemento personal de antigüedad" que regulan los artículos 119 , 121 , 122 y concordantes del X Convenio Colectivo de RENFE , de manera que por haber transcurrido más de 20 años desde que le reconoció el nivel 7 como Jefe de Estación (en el año 1987) se le abonen las claves 002 (sueldo) y 008 (antigüedad por complemento de 20 años) en el periodo reclamado como si estuviera encuadrado en el nivel salarial superior, el de Técnico en la Estructura de Apoyo.

Tal y como consta en los hechos probados de la sentencia de instancia que desestimó la pretensión del demandante y en la referencia que de los mismos se contiene en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida que ratificó esa desestimación, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, el trabajador demandante prestaba servicios para la demandada desde octubre de 1.987 como Jefe de Estación en Briviesca (Burgos) y desde el 1 de enero de 1999 tiene reconocida la condición de mando intermedio y cuadro; desde esa realidad -se dice literalmente en el fundamento de derecho tercero de la referida sentencia-- "... siempre ha percibido sus retribuciones con arreglo al sistema fijo más variable, propio de su categoría, por clave 008, antigüedad MIC a partir del día 1 de enero de 1999, la cantidad de 218,21 euros al mes y 58,92 euros por complemento de 20 años de mismo nivel salarial ... el nivel salarial superior al del actor es el de

técnico de estructura de apoyo, reclamando ... la diferencia entre ambos, como complemento personal por antigüedad de enero a diciembre de 2013.... de dichos hechos probados se deduce que el actor, quedó adscrito a la categoría de mando intermedio y cuadro, a partir de la fecha de 1 de enero de 1999, desde su anterior categoría, que no era otra que la de jefe de estación. En la disposición adicional VI, del XII Convenio Colectivo, se señalaba la voluntariedad de la adscripción a dicho marco regulador, de aquellos trabajadores que tenían la condición del actor. Desde el momento en que el actor, pasó a ostentar la categoría de mando intermedio y cuadro, pasó a ser aplicable a la misma la tabla salarial 10, que pretendía no retribuir un sistema salarial del mando intermedio como antigüedad, sino como concepto específico garantía de la adscripción que se produce desde el duodécimo convenio colectivo. De tal manera que se preveía el complemento personal de antigüedad, en las condiciones normativas reguladoras del convenio colectivo vigente, pero incluyendo las diferencias que ya tenía retribuidas. Es decir, que todos los trabajadores, que como el actor, se adscribieran voluntariamente a la nueva categoría de mando intermedio y cuadro, se les reconocían la antigüedad hasta el momento, generada, así como el complemento reclamado por el actor, incluyendo ambos conceptos en el componente fijo. De tal manera que se produjo una reunificación de las labores encuadradas en los niveles 7, 8 y 9, a partir del XII convenio. De forma tal, que el actor, que tenía la categoría nivel 7, quedó adscrito a la nueva categoría de mando intermedio y cuadro, a partir del día 1 de enero de 1999. Fijándose en las disposiciones transitorias la aplicación, a los mismos, del nivel salarial 10.

Además, en el XIV Convenio Colectivo, se preveía que los trabajadores del colectivo de mando intermedio y cuadro, que se adscribieran como tales a través de las disposiciones transitorias del marco regulador de mando Intermedio y Cuadro, del XII Convenio Colectivo, es decir, el actor, se acuerda que la antigüedad desde 1 de enero de 1999 y la que se devengue en el futuro por cuatrienios así como por el complemento personal de antigüedad de 20 años en el mismo nivel salarial, se detraerá del componente fijo personal, percibiéndose por la clave definida al efecto y condiciones normativas reguladas en Convenio Colectivo para estos conceptos retributivos.

Esto es, desde 1 de enero de 1999, como señala la sentencia anterior de esta Sala, y se recoge en hechos probados, el actor ha venido percibiendo los conceptos



devengados, y la diferencia de la cantidad (58,92 euros), por complemento de 20 años, mismo nivel salarial, y la cantidad citada por antigüedad, un total de 218,21 euros. Que son precisamente las cantidades objeto de reclamación en este procedimiento. En función de los niveles salariales previos y la antigüedad de cuatrienios".

2.- Desde esa situación fáctico-jurídica, la sentencia recurrida desestima el recurso planteado por el actor porque " ... El artículo 121 se corresponde con diferencias en niveles salariales y no categorías, teniendo en cuenta los niveles existentes en el momento de la adscripción, que en nuestro supuesto de autos, lo era en el nivel 7, desde donde pasó voluntariamente a percibir un salario, por una nueva estructura salarial, que se creaba en el XII Convenio Colectivo, y que el artículo 119 , no exigía el abono mediante la clave 3 sino mediante la clave 008, que se corresponde con la antigüedad de los trabajadores de mando intermedio que ascendieron en virtud de aquél XII Convenio Colectivo".

"Por ello, en esta nueva categoría de mando intermedio y cuadro, que asimilaba aquellos niveles salariales (7, 8 y 9), no contemplaba la percepción de la antigüedad y se les aplicaba el punto 6.2 de la disposición transitoria con otras antigüedades y complementos personales, que posteriormente se modificaron en el XIV Convenio Colectivo de RENFE y que para el recurrente se corresponden con el XII Convenio Colectivo, con importes de componente fijo y la suma de la clave 008, y posteriormente, de la clave 230 cuando cumplió 20 años en el tipo salarial 7, según la disposición transitoria 6.2 del XII Convenio Colectivo y la cláusula 18 del XIV Convenio Colectivo".

"Si tomamos como referencia el mismo nivel salarial, debemos tener en cuenta que desde 2007, es decir, 20 años a partir de comenzar la relación laboral con la entidad recurrente, la empresa abona al actor el citado complemento (58,92 euros). Por reconocerle el nivel 7 que tenía en el momento de la adscripción y que tenía reconocido desde antes. Haciéndolo en virtud de la exigencia de respetar los derechos vigentes, debiendo tenerse en cuenta, además, que la categoría de mando intermedio y cuadro, al que se adscribió voluntariamente el actor, tuvo lugar en fecha de 1 de enero de 1999, y, por tanto, no ha transcurrido 20 años a contar desde dicha adscripción. Y no lo sería

hasta el año 2019, por lo que si reclama la diferencia retributiva, en base a tener 20 años en la misma categoría, tampoco prosperaría su reclamación. Al no haber alcanzado todavía los 20 años, que tendría lugar en el año 2019".

"No teniendo razón de ser que el actor perciba desde 2007, el complemento de antigüedad por 20 años de servicios en el mismo nivel salarial, y, por otro, reclame una cantidad, por dicho concepto, referido a supuestas diferentes categorías. Y diferencias retributivas entre distintas categorías. Pues como queda dicho, el complemento de 20 años, por cumplir servicios con el mismo nivel salarial, se le abona ya desde 2007, y, no puede reclamar diferencias retributivas, por tal concepto, y referidas a una supuesta diferencia de categoría, por cuanto, no lleva 20 años, desde la adscripción voluntaria a "mando intermedio y cuadro", que tuvo lugar en fecha de 1 de enero de 1999. Y, su reclamación, tendría lugar a partir del 1 de enero de 2019, no antes. No en la fecha actual".

"Por todo, debemos entender que el XII Convenio Colectivo determina que el derecho a cobrar el complemento de antigüedad de 20 años, lo es en el nivel salarial último para el que trabajó, pero no se tiene derecho al devengo de un complemento personal de antigüedad sobre una categoría superior, -técnico de estructura de apoyo-, que es el reclamado en la demanda".

3.- Como puede verse a través de los anteriores razonamientos, la sentencia recurrida desestima el recurso y con él la pretensión actora porque de la referida regulación que contiene la Normativa y Convenios citados no cabe desprender la conclusión jurídica de que para el cómputo del complemento y diferencias discutidas se pueda tener en cuenta la antigüedad total, incluido el periodo anterior al 1 de enero de 1999, de una manera distinta a la que establece la Disp. Transitoria 6.2 del XII Convenio, de manera que únicamente podría consolidar el tiempo a efectos de los 20 años a que se refieren los arts. 121 y 122 del X Convenio porque desde entonces se estaría en el mismo nivel de salario, y no antes. De esta manera se rechaza expresamente la manera de computar esos 20 años tratando de incluir los transcurridos desde la actividad en la anterior categoría de Jefe de estación, y se limitan a los acumulados desde el 1 de enero de 1999.

Por otra parte se insiste en que desde la regulación de aquellos preceptos, la permanencia de esos 20 años ha de serlo en el mismo nivel salarial, lo que no sucede cuando se ha accedido a una situación completamente nueva desde el 1 de enero de 1999, con un sistema retributivo alejado del modelo anterior que era propio de su categoría, y en el que para los mandos intermedio y cuadro no se retribuye la antigüedad de manera específica, sino que se establece una parte fija de salario y otra variable.

SEGUNDO.- 1.- El recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se plantea frente a la sentencia de la Sala de Burgos contiene dos motivos, que se dicen referidos a dos cuestiones jurídicas diferentes:

El primero se refiere, tal y como se afirma en el escrito del recurso a la pretensión de que se establezca que "el percibo del complemento personal de antigüedad por ostentar durante más de 20 años el mismo nivel salarial, determina, atendiendo al contenido del art. 121 de la Normativa Laboral (contenida en el X Convenio de RENFE ), el derecho de los trabajadores (mandos intermedios) a obtener las retribuciones del nivel salarial superior al que ostentan ..." denunciando la vulneración por la sentencia recurrida de tales normas, y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social de Burgos en fecha 10 de octubre de 2.013 .

El segundo dice tener como objeto el que se establezca que "los 20 años necesarios para el devengo del complemento de antigüedad por ostentar durante más de 20 años el mismo nivel salarial ha de computarse desde que el actor fue nombrado Jefe de Estación". En este caso se señala como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Navarra en fecha 30 de marzo de 2000.

Realmente los dos puntos de contradicción se apoyan en las mismas bases normativas, en las mismas denuncias e infracciones jurídicas y de hecho la sentencia recurrida resuelve ambas cuestiones, aunque no se plantease la segunda como tal por parte del recurrente en suplicación, de manera que, de algún modo, el recurrente ha llevado a cabo un desdoblamiento artificial de la controversia, resuelva en su totalidad por la sentencia recurrida.

2.- En todo caso, en relación con el primero de los motivos del recurso, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosos recursos de casación para la unificación de doctrina -- SSTs de 15 de julio de 2015 (rec. 2429/2014), 5 de mayo de 2016 (rec. 1431/2015 ), 15 de julio de 2016 (rec. 595/2015 ), 20 de septiembre de 2016 (rec. 6/2015 ), 20 de octubre de 2016 (rec. 3471/2015 ), 21 de febrero de 2017 (rec. 621/2015 ) y 4 de abril de 2017 (rec. 2887/2015 )-- en los que se planteaba el mismo debate jurídico y se aportaba la misma sentencia de contraste, la de la Sala de Burgos de fecha 10 de octubre de 2003 -salvo en el caso de nuestra STS de 4 de abril de 2017 en la que se invocaba la del TSJ de Navarra de fecha 30 de marzo de 2012--, en las que se partía de la realidad de que la contradicción entre la sentencia invocada como referencial y la recurrida era evidente.

Además, en todas esas sentencias se parte del contenido de los preceptos cuya infracción se denuncia en el recurso, de la Normativa Laboral de Renfe (X Convenio Colectivo), la cláusula 18ª del XIV Convenio:

"Art. 121.- A los agentes que alcancen veinte años de servicios efectivos en un mismo tipo de salario se les abonará como complemento personal por antigüedad, el importe fijado en las Tablas Salariales vigentes para este concepto. Los agentes que tengan derecho a la percepción de este complemento percibirán los conceptos que explícitamente se indiquen en las Tablas Salariales vigentes por el importe determinado para el nivel salarial inmediato superior al que ostentan".

"Art. 122 El complemento está referido a niveles de salario y no a categorías, por lo que los veinte años necesarios para su devengo han de contarse atendiendo a que el agente los haya completado cobrando los haberes de un mismo tipo salarial ya sea en uno o varios cargos y de forma continua o discontinua. Se considerarán como un mismo tipo de salario los diferentes niveles que quedaron refundidos en uno solo al entrar en vigor el Reglamento de Régimen Interior de Junio de 1962".

"Cláusula 18.ª del XIV Convenio

Mandos intermedios y cuadros.

Desde el 1 de enero de 2003, se realizarán los siguientes ajustes en la regulación de los Mandos Intermedios y Cuadros:

1. Para los trabajadores del colectivo de Mando Intermedio y Cuadro, que se adscribieron como tales a través de las Disposiciones Transitorias del Marco Regulador de Mando Intermedio y Cuadro, del XII Convenio Colectivo, se acuerda que la antigüedad devengada desde el 1 de enero de 1999, y la que se devengue en el futuro por cuatrienios así como por el complemento personal de antigüedad de 20 años en el mismo nivel salarial se detraerá del componente fijo personal, percibiéndose por la clave definida al efecto y condiciones normativas reguladas en Convenio Colectivo para estos conceptos retributivos".

Desde tales normas, las referidas SSTS han establecido la siguiente doctrina:

"La interpretación de los mencionados preceptos y la consiguiente solución a la cuestión planteada la hizo la Sala en su STS de 15 de julio de 2015, rcud. 2429/2014, en un caso igual al actual y con la misma sentencia de contraste, a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica y, en especial, porque en la misma se contiene la correcta interpretación de los cuestionados artículos. En tal resolución establecimos que el convenio colectivo «determina que el derecho a cobrar el complemento de antigüedad de 20 años, lo es en el nivel salarial último para el que se trabajó, sin que suponga un derecho al devengo de un complemento personal de antigüedad sobre una categoría superior». Teniendo en cuenta que la regulación de los mandos intermedios y cuadros estaba contenida en el XII Convenio Colectivo de Renfe, tal como señala la sentencia recurrida «el colectivo allí integrado, que se correspondía con los niveles 7 a 9, desaparecieron integrándose en un nuevo sistema retributivo con disposiciones transitorias que tuvieron como salvaguarda la aplicación de la tabla salarial 10, pretendiendo no retribuir un sistema salarial de mando intermedio como antigüedad sino como concepto específico y garantía de la adscripción que se produce desde el décimo segundo convenio colectivo» .

En definitiva, el artículo 121 se corresponde con diferencias en niveles salariales y no en categorías teniendo en cuenta los niveles existentes en el momento de la adscripción de los actores al colectivo de mandos intermedios que era un nivel salarial

7. Desde el mismo pasaron voluntariamente a percibir un salario con una nueva estructura salarial que se creó en el XII Convenio de manera específica para los mandos intermedios y cuadros; y desde ello han pasado menos de veinte años, por lo que, en ningún caso se tiene derecho a un complemento salarial de antigüedad sobre un nivel superior o sobre una categoría superior, lo que comporta, como informa el Ministerio fiscal, la desestimación del recurso".

3.- Aplicando la referida doctrina al caso de autos es manifiesto que la sentencia recurrida se atuvo a ella y que por lo tanto no infringió ninguna de las normas que se denuncian en el recurso, razón por la que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el motivo debe rechazarse en su integridad y confirmarse aquélla en todos sus pronunciamientos.

TERCERO.- 1.-En cuanto al segundo motivo del recurso, referido a la manera o la determinación del dies a quo en que han de computarse los 20 años a que se refiere el artículo 121 de la Normativa antes transcrito, ya se dijo que la sentencia de contraste que se propone en este punto es la dictada por la Sala de lo Social de Navarra en fecha 30 de marzo de 2012 (recurso 73/2012), que ha sido invocada también en alguno de los recursos de casación para la unificación de doctrina antes reseñados (por ej. en la STS nº 282/2017, de 4 de abril) en los que se resolvía supuestos semejantes al actual, afirmándose entonces la existencia de la contradicción entre los pronunciamientos, en los términos previstos en el art. 219 LRJS , solución que hemos de adoptar aquí también por razones de seguridad jurídica.

En todo caso, en esa sentencia se resolvía sobre la pretensión de un empleado de ADIF que literalmente suponía "el derecho al reconocimiento del complemento personal de antigüedad desde el 1 de octubre de 2007 por el transcurso de 20 años en el mismo nivel desde el 1 de octubre de 1987". Se trataba también de un trabajador que accedió a la categoría de Jefe de Estación nivel 7 el 1 de octubre de 1987 y después, el 1 de enero de 1999, a la condición de mando intermedio y cuadro. Al igual que en el caso de la sentencia recurrida, el acceso a dicha categoría se produjo en virtud de la nueva creación de la misma a través de la modificación introducida por el XII Convenio Colectivo de RENFE en el sistema de clasificación profesional.

2.- Desde esos hechos, la sentencia de contraste en este caso aplica el art. 123 de la Normativa Laboral cuyo objeto -afirma-es el de "no perjudicar a aquellos trabajadores que, como consecuencia de una reclasificación profesional, hubieran sufrido una modificación de sus niveles salariales. Trasladado lo anterior al supuesto que nos ocupa, ... la finalidad protectora antes enunciada solamente se mantiene si atendemos a que, para el cómputo de los 20 años de servicio efectivo en un mismo nivel salarial como premisa para obtener derecho a la percepción del complemento de antigüedad, se deben computar los prestados no solamente en el nivel inmediatamente anterior a la reclasificación, sino igualmente los que se hubieron prestado con carácter precedente en el nivel anterior a aquél".

Esta interpretación descansa sobre el Convenio aplicable, de manera que es la Disposición Transitoria Sexta del publicado en fecha 14 de octubre de 1.998 la que, al enunciar la garantía personal para los trabajadores que se integraren en el nuevo grupo de mando intermedio del mantenimiento, a efectos de obtención del referido complemento de antigüedad, de las mismas condiciones normativas reguladoras del mismo, conduce a la recta interpretación del artículo 123 de dicho Convenio, en el que se establece que el cómputo de los 20 años incluirá el tiempo de servicios transcurrido en el nivel salarial anterior a la reclasificación para el personal que hubiere experimentado modificación en su nivel salarial. De este modo, y como especifica el Juzgador de instancia, el agente que no llevase en el tipo salarial más de 20 años podrá sumar el tiempo de servicios transcurrido en el nivel anterior al que transcurra en el nuevo tipo hasta completar esos 20 años que dan acceso al complemento".

No obstante en la sentencia se reconoce que los artículos 121 y 122 del mismo Convenio establecen que el complemento de antigüedad se abonará a los agentes que completen 20 años de servicio efectivo en un mismo tipo salarial (121), así como que el citado complemento está referido a niveles salariales y no a categorías (122), a pesar de lo que entiende que debe aplicarse el art. 123 que introduce el tratamiento particular para regular el acceso a dicho complemento en supuestos en los que se ha producido un cambio de categoría por reclasificación, de lo que se extrae la conclusión de que en el caso el día inicial para el cómputo de esos 20 años será el que se correspondía con la

fecha de la obtención de la categoría desde la que accedió el actor a la de mando intermedio y cuadro desde jefe de estación, esto es el 1 de octubre de 1.987.

3.- Como antes se ha podido observar, la doctrina que se contiene en la sentencia de contraste invocada en el motivo se opone a la doctrina unificada antes transcrita, desde la que se afirma la aplicabilidad al caso de los artículos 121 y 122 de la Normativa Laboral, teniendo muy en cuenta que el discutido complemento está referido a niveles de salario y no a categorías profesionales, teniendo en cuenta los niveles existentes en el momento de la adscripción a la condición de mando intermedio y cuadro, 1 de enero de 1999, momento en que el demandante pasó a esa categoría de manera voluntaria que implicaba una nueva estructura retributiva en la que en principio no existía la antigüedad, totalmente separada de la que se correspondía con la anterior de Jefe de Estación, con un tipo y nivel de salario totalmente distinto al adquirido desde aquella fecha, razón por la que, como se afirma en el incido final de la sentencia recurrida, ese pretendido derecho a cobrar el complemento de antigüedad de 20 años previsto en el XII Convenio Colectivo, determina que lo es en el nivel salarial último para el que se trabajó y cuando se cumpla el tiempo, pero en modo alguno se tiene derecho al devengo de un complemento personal de antigüedad sobre una categoría superior.

4.- En consecuencia, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, procede también el rechazo de éste segundo motivo del recurso, lo que supone la íntegra desestimación del mismo y la plena confirmación de la sentencia recurrida, sin que haya lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235.1 LRJS y con el procede también la desestimación.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Pedro Enrique , contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Burgos, en el recurso de suplicación núm. 314/2015 , formulado frente a la sentencia de fecha 6 de marzo de 2015 , dictada en autos 394/2014 por el



Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), sobre RECLAMACIÓN DE DERECHOS Y CANTIDAD.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JUNIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 1825/2015**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 14 de febrero de 2013 el Juzgado de lo Social número 25 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "1º Que debo desestimar y desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por IBERIA LAE SA y la excepción de falta de acción alegada por IBERIA LAE OPERADORA SAU, por las razones expuestas en el FDII, de la presente resolución.

2º Que con estimación de la demanda deducida por D. Argimiro, D. Eliseo, D. Jacinto, Dª. Esmeralda, D. Rafael, Dª. Gloria contra la empresa IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A. e IBERIA LAE OPERADORA, S.A.U en reclamación sobre DERECHOS, debo declarar y declaro el derecho de los actores, a que se les reconozca para el computo de su antigüedad, el periodo de inicio del 1º contrato temporal suscrito por cada uno de ellos con la empresa demandada, y el tiempo efectivo de prestación de servicios en los sucesivos contratos temporales, anteriores a la fecha que tienen reconocida como antigüedad, condenando a IBERIA LAE OPERADORA, SAU a que reconozca como fecha de antigüedad de los actores, las siguientes:

Para D. Argimiro la fecha de antigüedad se fija en 23.02.2004 y se reconocen dos trienios, se condena a IBERIA LAE OPERADORA, S.A.U a la cantidad de 925,06 Euros, más el 10 % de mora legal.

Para D. Eliseo la fecha de antigüedad se fija en 13.06.2006 y se reconocen dos trienios más, se condena a IBERIA LAE OPERADORA, S.A.U a la cantidad de 925,06 Euros, más el 10% demora legal.

Para D. Jacinto la fecha de antigüedad es 1.06.1999 y se reconocen dos trienios, se condena a IBERIA LAE OPERADORA, S.A.U a la cantidad de 1.608,80 euros, más el 10% de mora legal.

Para Da. Esmeralda la fecha de antigüedad es 3.01.2004 y se reconocen dos trienios más, se condena a IBERIA LAE OPERADORA, S.A.U a la cantidad de 925,06 Euros, más el 10 % de mora legal.

Para D Rafael la fecha de antigüedad es 1.07.2003 y se reconocen dos trienios, se condena a IBERIA LAE OPERADORA, S.A.U a la cantidad de 361,98 euros, más el 10% demora legal.

Para Da. Gloria la fecha de antigüedad es 1.11.2004 y se reconocen dos trienios, se condena a IBERIA LAE OPERADORA, S.A.U a la cantidad de 925,06 Euros, más el 10 % de mora legal.".

Con fecha 24 de mayo de 2013 se dicta auto de aclaración de la citada sentencia, cuyo fallo queda del tenor literal:

1º Que estimando en parte la primera la aclaración solicitada por la empresa ,debe desestimarse la aclaración de periodos y cantidades ya que la conformidad sobre periodos y cantidades era para la pretensión subsidiaria , no para la principal y habiéndose estimado la pretensión principal es innecesario pronunciarse sobre la subsidiaria que decae por lógica, ya que resulta imposible estimar las dos , si existe error material en el nombre de la Letrada que compareció a juicio por la empresa que fue Laura Rodríguez Mejías y no Inmaculada Pérez González.

2º Que estimado la segunda aclaración de la parte actora procede estimar la misma en el sentido siguiente HP 1º Donde dice Eliseo , antigüedad 13.06.2006 debe decir antigüedad 13.06.2003. Donde dice Argimiro, categoría Auxiliar de Servicio

administrativo debe decir Administrativo Grupo Profesional V, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la resolución en su integridad."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina: "PRIMERO: Los Demandantes han venido han venido prestando servicios como personal laboral por cuenta y orden de la empresa IBERIA LAE SA, con la antigüedad categoría y salarios siguientes:

Nombre	Antigüedad	Categoría	Salario
--------	------------	-----------	---------

Eliseo	13.06.2003	Agente Servicios auxiliares	1.077,05
--------	------------	-----------------------------	----------

SEGUNDO.- Los días de trabajo efectivos de los demandantes previos y anteriores a la fecha de antigüedad, que la empresa les ha reconocido son los siguientes:

TRABAJADOR	DÍAS EFECTIVOS	DÍAS VACACIONES	ANTIGÜEDAD (a fecha presentación de la demanda)	Antigüedad, incluidos días vacaciones	IMPORTE ADEUDADO POR TRIENIOS
------------	----------------	-----------------	---	---------------------------------------	-------------------------------

TERCERO.- El valor del trienio para cada uno de los demandantes asciende a la cantidad mensual de 40,22 euros mensuales por cada trienio, el periodo reclamado es desde 1.07.2010 hasta 31.08.2011 y los importes resultantes son los siguientes:

Nombre	Nº trienios	y valor Periodo	Cantidad
--------	-------------	-----------------	----------

Argimiro	Uno	40.22mes 1.07.20 10 hasta 3 1.08.20 11	925.06
----------	-----	--	--------

Eliseo	Uno	40.22mes 1.07.20 10 hasta 3 1.08.20 11	925.06
--------	-----	--	--------

Jacinto	Tres	40.22 mes 1.07.20 10 hasta 3 1.08.20 11	1.608.80
---------	------	---	----------

Esmeralda	Dos	40.22 1.07.20 10 hasta 28.02.20 11	925.06
-----------	-----	------------------------------------	--------

Rafael	Uno	40.22 mes 1.07.2010 hasta 28.02.2011	361.98
--------	-----	--------------------------------------	--------

Gloria Dos 40.22 mes 1.07.20 10 hasta 3 1.08.20 11 925.06

CUARTO.- Los demandantes no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores.

QUINTO.- La Empresa IBERIA LAE SA se dedica a la actividad de transporte aéreo y se rige por el XV y XVI Convenio Colectivo de Empresa BOE 15.03.2007, BOE 14,02.2010.

SEXTO.- La empresa IBERIA OPERADORA LAE SA es la denominación actual de la antigua IBERIA LAE SA, producida por el proceso de fusión con BRITISH AIRWAYS LTD.

SÉPTIMO. - El día 26.09.2010 se presentó ante el SMAC papeleta de conciliación previa a la vía judicial, celebrándose el preceptivo acto previo el día 11 10 2010 con el resultado de intentado sin efecto. 925,06 Euros, más el 10% demora legal."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Iberia Líneas Aéreas de España S.A. Operadora, S.AU. dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 9 de marzo de 2015 (R. 713/2014 ) , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por IBERIA LAE OPERADORA SAU frente a la sentencia de 14 de febrero de 2013 del Juzgado de lo social nº 25 de los de Madrid , dictada en los autos 1293/2011 y acumulados, seguidos a instancia de D. Argimiro , D. Eliseo , D. Jacinto , Dña. Esmeralda , D. Rafael ly Dña. Gloria contra la recurrente y en su consecuencia revocamos la citada resolución y absolvemos a la demandada de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda. Sin costas».

CUARTO.- La letrada Dña. Carmen Mencia Gómez-Arevalillo, en nombre y representación de D. Argimiro , D. Eliseo , D. Jacinto , Dña. Esmeralda , D. Rafael y Dña Gloria , mediante escrito presentado el 8/05/2015 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencias contradictorias con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2015 (recurso nº 296/2014), y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 14 de octubre de 2014 (Rcud. 467/2014) SEGUNDO.- Se

alega la infracción del art. 130 del Convenio Colectivo de Iberia Líneas Aéreas , S.A. y los arts. 15.6 y 25 del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO. - Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la procedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de junio de 2017 fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Los demandantes que han venido prestando servicios por cuenta de Iberia LAE, S.A., interpusieron reclamación sobre antigüedad y su repercusión en el pago de trienios que se concretaba en computar aquella desde el inicio del primer contrato temporal y mediante la suma de servicios efectivos en cada contrato temporal. La pretensión fue estimada por la sentencia de instancia, resolución que fue revocada en suplicación tanto en lo que se refiere a la fecha inicial de antigüedad como al cómputo de servicios efectivos.

Recurren los demandantes en casación para la unificación de doctrina y formulan como petición previa a los motivos del recurso la nulidad de actuaciones por falta de competencia funcional para tramitar un recurso de suplicación cuando la cuantía de litigios no alcanza el límite de 3.000 € invocando la doctrina de la STS de 2/3/2015 (rcud. 2961/2014).

La sentencia referencial anula de oficio la sentencia que en suplicación había revocado en parte la sentencia del Juzgado de lo Social estimatoria de la demanda sobre cómputo de antigüedad y pago del complemento. Razona la sentencia de comparación que ni la cuantificación anual del derecho cuyo reconocimiento se pretende ni el importe concretamente reclamado alcanzan el límite de acceso al recurso de suplicación sin que conste en la sentencia recurrida o en la de instancia confirmación alguna acerca de la posible afectación general de la cuestión controvertida, que no cabe calificar de "notoria" ni que posea un claro contenido de generalidad.

Lo cierto es que la sentencia de contraste opera más como doctrina de referencia que como instrumento de contradicción ya que la sentencia recurrida, que no contiene objeción alguna acerca de la recurribilidad de la sentencia en razón a su cuantía, se limita a resolver el recurso formulado sin que en suplicación se hubiera formulado oposición a la admisión del recurso de modo que ni a instancia de parte ni de oficio se suscitó la cuestión.

No obstante y siguiendo el criterio de reiterada aplicación, la decisión acerca de la competencia funcional es materia a resolver inclusive de oficio sin exigir previamente la existencia de contradicción.

SEGUNDO.- La cuestión que plantea esta petición de nulidad de actuaciones por falta de competencia funcional debido a la insuficiencia de la cantidad litigiosa ha sido unificada respecto a análogas reclamaciones frente a la misma empresa, entre otras resoluciones por la citada STS de la Sala Cuarta del TS de 2-3-2015 (Rcud. 296/2014) cuyos fundamentos de Derecho son reproducidos a continuación:

«PRIMERO.- 1.- Se recurre en las presentes actuaciones la STSJ Madrid 31/10/2013 [rec. 6222/12 ], que revocó la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid con fecha 02/07/12 [autos 1246 y 1250/11], y por la que estima en parte la pretensión formulada por los trabajadores contra «Iberia LAE, SA», en reclamación de reconocimiento de antigüedad por servicios prestados en virtud de contratos temporales y diferencia salarial de 925, 06 euros.

2.- La decisión se recurre por los trabajadores, que alegan la infracción del art. 130 del XVII y XVIII Convenio Colectivo de «Iberia LAE, SA», y de los arts. 15.6 y 25 ET; e invocan como contradictoria la STSJ Madrid 05/10/09 [rec. 3558/09].

3.- Aunque el recurso hubiese sido admitido a trámite en la presente fase procesal hemos de plantearnos de oficio la falta de competencia funcional de la Sala de Suplicación, tanto por razón de la cuantía como por inexistencia de afectación general. Cuestión ésta del acceso a suplicación que «puede ser examinada de oficio por esta Sala, aunque no concurra la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional»; y que ello es así porque tal cuestión no afecta sólo

a ese recurso, sino que se proyecta sobre la competencia de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, pues si el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, esto supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación (en tal sentido, SSTS 09/03/92 -rec. 1462/90 - ... 25/01/11 -rcud 1280/10 -; y 25/01/11 -rcud 1752/10 -).

TERCERO.- 1.- La cuestión que ahora nos planteamos de oficio ya ha sido resuelta por la Sala en las SSTS 15/07/10 [rcud 2711/09], 03/05/11 [rcud 2639/10 ] y 09/05/11 [-rcud 775/10 -], que declararon la nulidad de actuaciones en supuestos de idéntica reclamación llevada a cabo por compañeros de la actual demandante. Criterio que hemos de seguir también en el presente caso, tanto por elementales razones de seguridad jurídica [art. 9.3 CE] y de igualdad en la aplicación de la ley [art. 14 CE], como por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

2.- Para ello se ha de partir de la doctrina sentada en Sala General por dos sentencias de 03/10/03 [-rcud 1011/03 -; y - rcud 1422/03 -], y cuyos extensos fundamentos han sido posteriormente resumidos en los siguientes términos: «(a) La exigencia de que "la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de beneficiarios", contiene un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto; (b) la apreciación de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las "características intrínsecas" de la cuestión objeto de debate, lo que supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa, siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen "a todos o a un gran número" de sus trabajadores; (c) la triple distinción que establece el art. 189.1.b LPL pone de manifiesto que la alegación y prueba de la afectación múltiple, no es necesaria cuando se trate de "hechos notorios", ni cuando el asunto "posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes"; y (d) fuera de estos supuestos, la

afectación general requiera que haya sido alegada y probada en juicio» (así, SSTS 06/03/07 -rcud 1395/05 -; y 25/01/11 -rcud 1752/10 -).

3.- De otra parte, la doctrina de la Sala en orden a la determinación de la cuantía litigiosa es -sucintamente expresada- la que sigue: a) si se reclama el reconocimiento de un derecho laboral -trienios, un plus, vacaciones-, el recurso depende de sus consecuencias económicas [próximas, SSTS 13/07/09 -rcud 3462/08 -; 09/05/11 -rcud 775/10 -; y 30/10/12 -rcud 2827/11 -]; b) en los casos en que la acción declarativa es insuficiente por sí misma para tutelar al interés del actor, y de ahí que se ejercite conjuntamente con la de condena, el elemento determinante a efectos de recurso no es la previa declaración que se pide y que constituye fundamento inescindible de la petición de condena, sino la cuantía efectiva que se reclama [recientes, SSTS 15/03/11 -rcud 2632/10 -; 29/03/11 -rcud 2469/10 -; y 09/05/11 -rcud 775/10 -]; c) es «indiferente que el accionante deduzca demanda en que instrumente una acción declarativa autónoma o aislada, es decir, encaminada únicamente a la declaración de su derecho ..., pues la misma habría de ser cuantificada; o que reclame solamente la cifra dineraria en que ese derecho se traduce; o que aúne formalmente ambas peticiones; o que incluso agregue, a modo de condena para el futuro, que se imponga la prosecución del pago» [así, SSTS 14/04/10 -rcud 2208/09 -; 22/06/10 -rcud 3452/09 -; y 09/05/11 -rcud 775/10 -]; d) «cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a "los efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración", recurriendo cuando fuera precisa a la técnica de la "anualización" de ese importe» [por ejemplo, SSTS 17/11/09 -rcud 3369/08 -; 27/01/10 -rcud 1081/09 -; 28/01/10 -rcud 1776/09 -; 27/01/10 -rcud 1081/09 -; y 23/12/10 -rcud 832/10 -]; y e) pero de estas reglas se excepcionan, como es obvio y trasciende al presente caso, «las pretensiones de las cuales cabe predicar un valor indeterminado o indeterminable» [en tal sentido, SSTS 22/05/06 -rcud 4124/04 -; 18/01/07 -rcud 4439/05 -; y 09/05/11 -rcud 775/10 -].

4.- La aplicación de los precedentes criterios jurisprudenciales al presente supuesto comporta que se llegue a la solución anulatoria que hemos anticipado, de un lado porque tanto la cuantificación anual del derecho cuyo reconocimiento se pretende,



como el importe concretamente reclamado no alcanzan el límite de acceso al recurso de Suplicación [actualmente, 3.000 €]. Y de otra parte, porque ni en la sentencia recurrida ni la de instancia se lleva a cabo afirmación alguna respecto de la posible afectación general de la cuestión controvertida, que no puede calificarse de «notoria» ni puede entenderse que posea un «claro contenido de generalidad» admitido por las partes, sin que al efecto sean invocables los recursos de casación sobre la misma cuestión que penden ante esta Sala, siendo así que ello no supone -tal como requiere la doctrina arriba citada- la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa, siempre que ésta tenga -como en el caso presente- una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen «a todos o a un gran número» de sus trabajadores [lo que no es el caso].».

TERCERO.- Dado que la cuestión resuelta según la doctrina de mérito es sustancialmente la misma que ha dado lugar a las presentes actuaciones, procede su aplicación y en consecuencia procede, oído el Ministerio Fiscal declarar la nulidad de las actuaciones posteriores a la sentencia de instancia y que ésta es firme en derecho; sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre el pago de las costas [art. 233 LPL].

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: En el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Argimiro , Don Eliseo , D. Jacinto , Dña. Esmeralda , D. Rafael y Dña. Gloria frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de marzo de 2015 dictada en el recurso de suplicación número 713/2014 , casamos y anulamos de oficio la STSJ Madrid 30/Octubre/2013 [rec. 6222/2012 ], que había revocado en parte la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid con fecha 02/Julio/2012 [autos 1246 y 1250/11] y por la se había desestimado la pretensión formulada por Don Porfirio y Don Carlos Alberto contra «IBERIA LAE, SA», en reclamación de derecho y diferencias salariales, y declaramos firme esta última resolución. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JUNIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 59/2016**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 12 de mayo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda deducida por Juan Manuel contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro haber lugar parcialmente a ella, condenando al Fondo demandado a que abone al actor la cantidad de 848,56 €»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « 1º. - En sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón se condenó a la empleadora del actor a abonarle la cantidad de 5.607,24 €. Siendo la de 994,42€ corresponde a indemnización por fin de obra, y 41,22 € al plus mixto extrasalarial. 2º. - El Fondo abonó al actor la cantidad de 4.381,98 € corresponden a salarios más 325,08 en concepto de indemnización. 3º. - Agotada la preceptiva vía administrativa, presentó escrito de demanda en este Juzgado el día 9 de febrero de 2015.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la Abogacía del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 23 de octubre de 2015, recurso 1925/2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres, dictada en los autos seguidos a instancia de Juan Manuel contra el organismo recurrente, sobre Impugnación de Acto Administrativo, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala de Pleno) el 15 de julio de 2015, recurso 1519/2013.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 7 de junio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El Juzgado de lo Social único de Mieres dictó sentencia el 12 de mayo de 2015, autos número 68/2015, estimando en parte la demanda formulada por D. Juan Manuel contra EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre PRESTACIONES, condenando al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a que abone al actor la cantidad de 848,56 €.

Tal y como resulta de dicha sentencia, por sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Gijón, recaída en los autos 618/2012, se condenó a la empresa Reformas e Interiorismo del Principado SL a abonar a D. Juan Manuel una cantidad correspondiente a salarios, paga extraordinaria, vacaciones, plus mixto extrasalarial e indemnización por cese. Instada la ejecución se dictó Decreto declarando la insolvencia provisional de la empresa. Solicitadas prestaciones al FOGASA, se dictó resolución el 27 de noviembre de 2014, notificada el 12 de diciembre, por la que se abonan al actor 4.707, 06 € (4.381,98 de salarios más 325,08 de indemnización). El actor entiende que se le debió abonar 4.571,60 € de salarios más 669,34 € de indemnización.

2.- Recurrida en suplicación por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Asturias dictó sentencia el 23 de octubre de 2015, recurso número 1925/2015, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, reproduciendo el razonamiento de la sentencia de la misma Sala de 10 de enero de 2015, recurso 2419/2014 , entendió que la reforma legal efectuada en el año 2006, priva de fundamento a la doctrina unificada aplicada en la sentencia de 16 de octubre de 2013 , pues en la nueva redacción del Art. 33.2 del ET , se establece expresamente que el Fondo abonará "las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan", con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. La norma no fija en 8 días de salario por año de servicio la protección a dispensar por el Fondo, si la indemnización resulta impagada por la empresa a causa de insolvencia, sino que impone su abono "en los casos que legalmente procedan", con los límites que establece, por lo que ningún amparo tiene en el Art. 33.2 del ET la decisión de limitar la cantidad asegurada a 8 días de salario por año de servicio. Tampoco se encuentra dicha limitación en el artículo 49.1 c) del ET , ya que al reconocer, por la extinción de los contratos temporales, el derecho a percibir una indemnización en cuantía de 8 días de salario por año trabajado, o la establecida en la normativa específica que sea de aplicación, tal normativa, en el caso examinado, es la fijada por el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas, del Principado de Asturias, que fija una indemnización por fin de contrato de obra del 7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 15 de junio de 2015, recurso 1519/2013 .

La parte recurrida, D. Juan Manuel, no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la

LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de junio de 2015, recurso 1519/2013 , estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 5 de abril de 2013, recurso de suplicación 408/2013 y, tras casar y anular la citada sentencia, resolvió el debate planteado en suplicación, estimando el recurso de tal clase interpuesto por el FOGASA, revocando la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón el 11 de diciembre de 2012 y desestimando la demanda formulada.

Consta en dicha sentencia que la demandante prestó servicios para ASTURIANA DE ASFALTOS, S.L. en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial (50% de la jornada, 20 horas a la semana) para obra o servicio determinado, siendo disciplinaba la relación por el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias para 2007- 2011, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 12 de diciembre de 2007. El contrato se extinguió, por fin de obra, el 23 de mayo de 2010, habiendo sido declarada la empleadora en concurso voluntario de acreedores. La actora solicitó prestaciones ante el Fondo de Garantía Salarial, recayendo resolución de 29 de junio de 2011 en la que se le reconocía el derecho a percibir la cantidad de 1.274,60 euros en concepto de salarios y 662,95 euros en concepto de indemnización por fin de contrato. En el Fundamento Segundo de la resolución se justificaba que según lo establecido en el artículo 49.1 c) del ET se reconoce la indemnización por fin de obra o terminación de contrato a razón del tope de ocho días por año de servicio. El artículo 9 del convenio de aplicación dispone: Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias de la producción o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por cien calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato. Esta indemnización tendrá la consideración establecida por la normativa específica de aplicación, a los

efectos de lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia entendió que la garantía de pago subsidiario -por insolvencia del empresario- de la indemnización, por extinción de contratos temporales o de duración determinada, viene establecida en el artículo 33.2 ET , al comprender ahora las indemnizaciones por extinción de dichos contratos "en los casos que legalmente procedan". Señala que esta remisión se refiere a "los casos", lo cual, en nuestro ordenamiento se concreta en el supuesto previsto en el artículo 49.1 c) ET, a cuyo supuesto se anuda, también legalmente, una determinada indemnización. La utilización de la expresión "en los casos que legalmente procedan" no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que prestan servicios en el sector de la construcción, a los que les resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Construcción del Principado de Asturias, que se les ha extinguido el contrato de fijo de obra, resultando la empresa insolvente, planteándose la cuestión del alcance de la responsabilidad del FOGASA. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que dicho organismo ha de asumir la indemnización por fin de contrato de obra fijada por el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas, del Principado de Asturias, que establece que la misma asciende al 7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato, la de contraste resuelve que la garantía del FOGASA únicamente ha de limitarse al importe máximo previsto legalmente en el artículo 49.1 c) del ET .

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción de los artículos 33.2 y 49.1 c) del ET y de la jurisprudencia que cita.

En esencia aduce que la responsabilidad del FOGASA no puede estar al margen de la fijada en el artículo 49.1 c) del ET y, por lo tanto, no puede superar la establecida en dicho precepto.

2.- Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 15 de junio de 2015, recurso 1519/2013.

La citada sentencia contiene el siguiente razonamiento: «TERCERO.- El cambio normativo operado en el art. 33.2 ET no permite ya sostener la afirmación de que el FOGASA solo garantiza el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario, puesto que ahora el art. 33.2 se refiere ya, como objeto de su garantía, a "las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada...."; pero permite suscitar dudas -y esa es la cuestión que se plantea en este pleito- sobre si la cuantía de la indemnización garantizada por el FOGASA debe limitarse al máximo de doce días de salario por cada año de servicio, que se fija legalmente en el art. 49.1 c) ET en caso de extinción "por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato" -supuesto de contrato temporal al que se remite el repetido art. 33.2 ET -, o también debe comprender las indemnizaciones eventualmente superiores que se fijen en un convenio colectivo.

La Sala entiende que en la referida garantía debe limitarse al importe máximo previsto legalmente en el art. 49.1 c), y ello por las siguientes razones:

1.- La regulación del art. 49.1 c) establece el supuesto de contrato temporal en el que el trabajador debe ser también indemnizado a su extinción: cuando ésta obedece a la "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato", y a tal supuesto anuda "una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio", añadiendo "o la establecida en su caso en la normativa específica que sea de aplicación. Es evidente que este mandato del legislador obliga al empresario, que será el

deudor de la indemnización legal establecida, o en su caso -y esto aunque el precepto no lo mencionase - también la establecida en la normativa específica que sea de aplicación, fundamentalmente el convenio colectivo- sin que en este precepto se haga referencia alguna, como es lógico, a una eventual responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

2.- La garantía de pago subsidiario -por insolvencia del empresario- de la indemnización a que nos referimos viene establecida en el art. 33.2 ET, al comprender ahora las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada "en los casos que legalmente procedan". Ahora bien, esta remisión se refiere a "los casos", lo cual, en nuestro ordenamiento se concreta en el supuesto previsto en el art. 49.1 c), a cuyo supuesto se anuda, también legalmente, una determinada indemnización.

3.- Que el empresario pueda pactar y responsabilizarse de cualquier "supuesto" e "importe indemnizatorio" es evidente, aunque el referido artículo no tuviera referencia concreta a "la normativa específica que sea de aplicación"; pero ello no quiere decir que el FOGASA haya de garantizar cualquier indemnización voluntariamente pactada por el empresario, si así no se establece claramente en la norma de garantía, y la redacción de ésta "en los casos que legalmente procedan" -cuando pudo perfectamente fijar la obligación de garantía hablando de los casos en que procediera legal o convencionalmente- no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan.

4.- Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que fuera del límite máximo del importe de una anualidad, y de no exceder del doble del salario mínimo interprofesional como base de cálculo del salario diario, el art. 33.2 no señala para estos casos ningún tope de número de días por año de servicio para calcular el importe de la indemnización a los solos efectos de su abono por el FOGASA, como así lo establece expresamente -30 días por año de servicio- "para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al art. 50 de esta Ley". No siendo admisible, bajo cualquier criterio pausable de interpretación, que el legislador haya omitido la fijación de este tope precisamente en estos supuestos del art. 49.1 c), al que, como hemos visto, se remite en



el mismo número 2 del art. 33, hemos de colegir que no lo hizo porque dicho tope ya venía legalmente fijado de forma específica en el repetido art. 49.1 c) con la referencia a un máximo de 12 días por año de servicio».

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la estimación del recurso formulado pues la responsabilidad subsidiaria del FOGASA no comprende el importe indemnizatorio por fin de obra que haya podido pactarse en convenio colectivo, viniendo tal responsabilidad limitada al máximo legalmente establecido -en este caso, y dada la fecha de los hechos, de 8 días por año de servicio- y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente y desestimar la demanda formulada.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, frente a la sentencia dictada el 23 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación número 1925/2015 , interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social único de Mieres, el 12 de mayo de 2015, en los autos número 68/2015, seguidos a instancia de D. Juan Manuel contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre PRESTACIONES. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación

del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, desestimando la demanda formulada. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017**  
**Número Recurso: 4004/2015**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 22 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «1º.- ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada a instancia de D. Marcelino, representado y asistido por el Letrado Sr. Otero Lourido, contra la entidad ADÁN SL, que no comparece pese a estar debidamente citada y con intervención del FOGASA, representado por el Letrado Sr. Alejandro Crespi, sobre despido objetivo, y, en consecuencia, declaro: .- La IMPROCEDENCIA del despido del actor llevado a efectos a 31.12.2014 por la entidad ADÁN SL; .- La EXTINCIÓN la relación laboral existente entre las partes a fecha de la presente resolución;.- CONDENO a la empresa demandada a que abone al actor la cantidad de 65.372,16 euros en concepto de indemnización; .- CONDENO a la empresa demandada a que abone al actor los "salarios de tramitación desde la fecha del despido a la fecha de la extinción de la relación laboral en el día de hoy a razón de 51,17 €/día, lo que da la cantidad de 5.731,04 euros. . - No ha lugar a condenar en esta instancia al FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad en los términos del artículo 33 del ET.»

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina: «Primero.- El

demandante D. Marcelino , prestaba servicios en la empresa demandada desde el día 1 de septiembre de 1977, con la categoría profesional de dependiente y percibiendo un salario mensual de 1.556,48 € incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Segundo.- Según consta en la vida laboral del actor estuvo dado de alta: ADÁN SL: desde 01.09.1977 a 30.09.1989 Cándida desde 01.10.1989 a 31.01.2008 Carlos Manuel desde 01.02.2008 a 31.08.2012 ADÁN SL desde 01.09.2012.

Tercero.- D Carlos Manuel es el hijo de Cándida y en fecha 4 de febrero de 2008 comunico al INEM que desde el 1 de febrero de 2008 se subrogaba como empresario en la totalidad de derechos y obligaciones laborales del actor que hasta el 31 de enero de 2008, prestaba servicios para Da Cándida. Y en fecha 3 de septiembre de 2012 el administrador de la entidad ADÁN SL comunicó al INEM que desde el 1 de septiembre de 2012 procedería a subrogarse en la posición de empresa en la relación laboral del actor que antes mantenía relación laboral con D Carlos Manuel.

Cuarto.- En las nóminas del actor figura como antigüedad el 2 de octubre de 1989, fecha tenida en cuenta en la carta de despido.

Quinto.- La empresa estuvo en situación de ERE de reducción de jornada y salario durante el 1.4.2013 y el 30.11.2014, con un 20% de reducción.

Sexto.- La empresa le notificó al actor carta de despido de fecha 15 de septiembre de 2014, con efectos a 30 de diciembre de 2014, alegando causas objetivas y de naturaleza económica,- técnico / productiva. Se aporta carta de despido como doc. n° 1 de la demanda y su contenido se da por reproducido. En la carta de despido se fija una indemnización en la cantidad de 18.678 euros indicando que debido a la situación económica que atraviesa no puede afrontar.

Séptimo.- Es de aplicación el convenio colectivo del sector del comercio vario de la provincia de A Coruña.

Octavo.- La entidad demandada en autos de despido objetivo individual n° 80/2015, seguidos en el Juzgado n° 3 de esta localidad, con relación a otra trabajadora

de la empresa alcanzo un acuerdo con la misma reconociendo la improcedencia del despido. Dicho acuerdo fue aprobado por Decreto de fecha 4 de marzo de 2015.

Noveno.- El actor instó acto de conciliación ante el SMAC que se celebró el 26 de enero de 2015, en virtud de papeleta presentada el 13 de enero de 2015 y que finalizo con el resultado de sin avenencia.

Décimo.- El trabajador no ostenta la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical.»

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia sentencia con fecha 15 de octubre de 2015 en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), contra la sentencia del Juzgado de lo Social Número uno de Santiago de Compostela, de fecha 22 de abril de 2015, recaída en autos 93/2015, seguidos a instancia del trabajador DON Marcelino, en reclamación por despido y extinción de contrato, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia».

CUARTO.- El Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito presentado el 12/11/2015 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 11/10/2013 (recurso nº 2401/2013). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 110.1b) de la LJS en relación con el art. 33 del ET.

QUINTO. - Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la desestimación del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de junio de 2017 en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida desestima el recurso del Fondo de Garantía Salarial, F O G A S A en relación al abono de los salarios tramitación que traen causa de la declaración de improcedencia del despido de que fue objeto del trabajador al tiempo que se valora que al ser imposible la readmisión en la misma resolución se declara resuelta la relación laboral condenando a la demandada al pago de la correspondiente indemnización y de salarios de tramitación. La sentencia desestimó el recurso del F O G A S A razonando que en aplicación del artículo 110.1 b) de la L R J procede el pago de salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia de instancia, "habiéndose interesado por la representación del demandante la extinción de la relación laboral, lo que llevó a la Magistrada a quo a tener por hecha la opción por la indemnización declarando extinguida la relación laboral en la propia sentencia".

Recorre el Fondo de Garantía Salarial en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 11 de octubre de 2013, 2014 según el recurso por la Sala homónima en la que, estimando en parte el recurso de la Consejería de Trabajo y Bienestar Social entiende que, al no haber optado el empresario por la readmisión, no ha lugar al pago de salarios de tramitación.

En la sentencia de comparación, con cita del año 2014 en el recurso y de 2013 en la certificación obrante en autos, se estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia que había estimado la demanda por despido declarando su improcedencia.

La parcial estimación mantiene dicho pronunciamiento revocándolo en cuanto a lo abonado en concepto de salarios de tramitación al no haber optado la empresa por la readmisión, sin que haya habido lugar a dar respuesta o debate alguno sobre el particular.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a

salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales ( sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008 ), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010 , 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011 .

Entre ambas resoluciones no concurre la preceptiva contradicción ya que en la recurrida no cabe la posibilidad de opción al devenir imposible por cese de la actividad de forma que es la sentencia que declara la improcedencia del despido la que a su vez declara la extinción de la relación laboral con la misma fecha. En la sentencia de contraste no existe una situación anómala sino que el empresario no opta por la readmisión en ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 56 del Estatuto de los

Trabajadores , norma que aplica en forma automática sin entrar a resolver sobre una situación excepcional que haya requerido especial debate.

En anteriores resoluciones de esta Sala de 5 de abril de 2017 (Rcud. 1491/2017 y 787/2016) se llegó a la misma conclusión con idéntica sentencia de contraste.

Así, en la primera de las sentencias citadas cuya fundamentación en parte reproducimos a continuación, se razonaba lo siguiente:

«SEGUNDO.- 1. Como hemos apuntado, esta Sala IV del Tribunal Supremo ha abordado ya la cuestión que suscita la sentencia recurrida en la STS/4ª de 19 julio 2016 (rcud. 338/2015 ), en la que se trataba de un supuesto de acumulación de acciones de despido y extinción del contrato del art. 50 ET , respecto del cual no obstante se daba la circunstancia de que la sentencia del Juzgado había declarado la imposibilidad de cumplimiento de la opción por la readmisión por cese de actividad y declaraba extinguida la relación en la fecha de la sentencia incluyendo la condena a los salarios "adeudados". También nuestra STS/4ª de 21 julio 2016 (rcud. 879/2015) se pronunciaba -de nuevo en relación con una sentencia de la Sala de suplicación gallega- sobre el tema del abono de los salarios de tramitación cuando -como sucede en este caso- en la sentencia declarando la improcedencia del despido y el derecho a la indemnización correspondiente se declara asimismo extinguida la relación laboral por constatarse la imposibilidad de readmisión.

El análisis de esas dos sentencias de casación unificadora se centró en la aplicabilidad al caso del mencionado art. 110 LRJS ; esto es, del efecto que sobre las consecuencias económicas del despido pueda tener la petición del trabajador de que se adelante la declaración de extinción del contrato por imposibilidad material de readmisión (bien por extinguirse la relación con la sentencia por mor de la acumulación de acciones, bien por efectuarse tal declaración extintiva ante la imposibilidad material de la readmisión).

2. Sin embargo, hemos de llegar a la conclusión de que no concurre en este caso la necesaria contradicción, pues, pese a los matices que puedan observarse, tanto las sentencias mencionadas como la aquí recurrida abordan un debate jurídico que no tiene

parangón con el del caso de la sentencia que aquí se aporta de contraste. Tal particularidad se daba también en el caso de las STS/4ª de 13 octubre (rcud. 4009/2015) y 5 diciembre 2016 (rcud. 3832/2015), en los que, ante dos supuestos análogos a los anteriores - extinción por acumulación de la acción del art. 50 ET y de despido ( STS/4ª de 13 octubre 2016) o cierre de empresa ( STS/4ª de 5 diciembre 2016 )-, la Abogacía del Estado proponía la misma sentencia de contraste que ahora aporta (la de la Sala de Galicia de 11 de octubre de 2013).

3. En el caso de dicha sentencia referencial el punto litigioso se halla lisa y llanamente en la inclusión de los salarios de tramitación en todo caso, y sin que concurran las particularidades de los supuestos de imposible readmisión. Se trataba, pues, de decidir si la literalidad del fallo de instancia que hacía tal pronunciamiento era ajustado al art. 56 ET habida cuenta de que no constaba en el momento de dictarse que la empresa fuera a optar por la readmisión.

No se está en el caso de la sentencia de contraste ante la imposibilidad de readmitir constatada antes de pronunciarse la sentencia, ni tampoco ante la declaración de la extinción del contrato por estimación de la acción acumulada del art. 50 ET; situaciones ambas que sí subyacen en la doctrina a la que nos referimos y que se reproduciría, en su caso, en relación con la sentencia recurrida.

4. El recurso debió ser inadmitido por no cumplir con el requisito de la contradicción del art. 219.1 LRJS y debe ser ahora desestimado, tal y como también propone el Ministerio Fiscal.»

Por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación la anterior doctrina deberá reiterarse en función de un supuesto sustancialmente idéntico, procediendo a la desestimación del recurso de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal e imposición de las costas al recurrente a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación para la



unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (A Coruña), de fecha 15 de octubre de 2015 dictada en el recurso de suplicación número 2735/2015, con imposición de las costas a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 1538/2016**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 16 de enero de 2016, el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Con desestimación de la demanda formulada por D. Paulino y Antón contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, la empresa PREFABRICADOS EL CAMPANERO S.L. y la Administración concursal de la misma, D. Aureliano y Dª Sonsoles, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « 1.- Los demandantes han venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada, dedicada a la actividad de fabricación de otros productos de hormigón, mediante contratos de trabajo de indefinidos a tiempo completo, con antigüedad, categoría profesional y salario mensual bruto, incluida la parte proporcional de pagas extras, que se indican a continuación.

**TRABAJADOR ANTIGÜEDAD CATEGORÍA SALARIO**

Paulino 01-04-2003 chofer 2.049,91 euros

Antón 09-01-2002 chofer 2.049,91 euros

2.- La empresa fue declarada en situación de concurso mediante auto de 16 de septiembre de 2011 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia en procedimiento nº 743/2011, nombrándose Administrador concursal a D. Aureliano. 3°.- Las relaciones laborales finalizaron mediante comunicación escrita de la empresa empleadora datada el 19 de septiembre de 2012 y con efectos de dicha fecha, basada en la autorización de la extinción colectiva de la totalidad de los contratos de trabajo de la mercantil concursada acordada por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 12 de septiembre de 2012 en incidente concursal, decisión que fue notificada a los actores el 19 de septiembre siguiente. La empresa cuantificó la indemnización a favor de los trabajadores, de 20 días de salario por año de servicio en 12.982,70 euros para el Sr. Paulino y en 14.690,95 euros para el Sr. Antón. 4°.- El 19 de junio de 2012 se solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia el cese de actividad de la empresa y cierre de los establecimientos de la mercantil concursada, solicitándose asimismo la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Celebrado periodo de consultas, mediante providencia de 9 de julio de 2012 se tuvo por presentado el escrito de la Administración concursal comunicando la finalización del periodo de consultas con acuerdo. El auto de 12 de septiembre de 2012 aceptó el acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los trabajadores empleados en la mercantil demandada y consideró el 7 de septiembre de 2012 como fecha de cálculo de la indemnización final de la totalidad de los trabajadores afectados por el expediente, indicando que los créditos indemnizatorios derivados de dicha resolución tenían carácter de crédito contra la masa. 5°.- La administración concursal ha certificado a favor de los actores las siguientes cantidades en concepto de indemnización por despido:

Al Sr. Paulino: 12.982,70 euros

Al Sr. Antón: 14.690,95 euros

6°.- Los actores solicitaron al Fondo de Garantía Salarial prestaciones económicas mediante escritos presentados el 24 de abril de 2012 basados en la situación de concurso de la empresa. El 8 de octubre de 2012 solicitaron al FOGASA el abono de la indemnización por extinción colectiva de contratos de trabajo. 7°.- Mediante

resolución del Fondo de Garantía Salarial de 27 de noviembre de 2014 se acordó reconocer a los actores el derecho a percibir del citado organismo la cantidad de:

\* 9.460,10 euros en concepto de indemnización al Sr. Paulino.

\* 10.621,70 euros en concepto de indemnización al Sr. Antón.

8º.- El día 12 de marzo de 2013 se presentó la demanda en el Decanato de los Juzgados de Valencia, que fue repartida a este Juzgado de lo Social.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Paulino y de D. Antón, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en fecha 20 de enero de 2016, recurso 902/15 , en la que consta el siguiente fallo: «Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Paulino y Antón contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de VALENCIA de fecha 16 DE ENERO DE 2015 , procedemos a revocar la resolución recurrida, en el sentido de estimar la demanda que los recurrentes dedujeron frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, fijando la responsabilidad derivada conforme a la legislación anterior a la entrada en vigor del RD 20/2012 y condenando a la entidad demandada a abonar a los trabajadores la cantidad de 3.522,6€ para el Sr. Paulino y de 4.069,25€ para el Sr. Antón. Sin costas»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de octubre de 2015, recurso 302/15.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso formulado.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 6 de junio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia dictó sentencia el 16 de enero de 2016, autos número 352/2013, desestimando la demanda formulada por D. Paulino y D. Antón contra EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, PREFABRICADOS EL CAMPANERO SL y su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, D. Aureliano y DOÑA Sonsoles sobre PRESTACIONES, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia los actores han venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada PREFABRICADOS EL CAMPANERO SL, que fue declarada en situación de concurso mediante auto de 16 de septiembre de 2011, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia, en el procedimiento número 743/2011. Mediante auto del Juzgado de lo Mercantil de 12 de septiembre de 2012 -por el que se aceptaba el acuerdo al que habían llegado la Administración concursal y los representantes de los trabajadores el 9 de julio de 2012- notificado a los actores el día 19, se extinguieron los contratos de trabajo de los citados actores, fijándose una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, en total 12.982,70 € para el señor Paulino y 14.690,95 € para el señor Antón. El 7 de septiembre de 2012 se consideró como fecha de cálculo de la indemnización final de la totalidad de los trabajadores afectados por el expediente. El 24 de abril de 2012 solicitaron al FOGASA prestaciones económicas, debido a la situación de concurso de la empresa. Dicho organismo, mediante resolución de 27 de noviembre de 2014 reconoció el derecho de los actores a percibir las siguientes cantidades: A D. Paulino 9.460,10 € y a D. Antón 10.621,70 €.

2.- Recurrida en suplicación por D. Paulino y D. Antón , la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia el 20 de enero de 2016, recurso número 902/2015 , estimando el recurso formulado, revocando la sentencia recurrida y estimando la demanda, procediendo a fijar la responsabilidad derivada conforme a la legislación anterior a la entrada en vigor del RD Ley 20/2012,

condenando a la entidad demandada a abonar a los trabajadores la cantidad de 3.522,6 € para D. Paulino y 4069,25 € para D. Antón.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: «Esta Sala en ST de 4/2/2014, dictada en el recurso de suplicación 1973/2014 ya sostuvo en relación con la doctrina jurisprudencias recogida en las STS dictadas en los recursos 2388/1988 y 5583/1996 que en casos en los que la insolvencia pueda ser genérica se admite que se aplique una legislación anterior a la fecha de la resolución que declara en esta situación al empleador, siempre y cuando este ya hubiese sido declarado en tal situación bajo la vigencia de tal legislación y siempre y cuando el estado económico valorado en ambas resoluciones sea el mismo sin que exista solución de continuidad, alegando por otro lado, que dicha solución es la que más se ajusta a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE ) y de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos. 4.- La cuestión que ahora se suscita ya ha sido tratada en otros recursos planteados a consecuencia del cambio en la redacción que del art. 33.2 E.T. supuso la promulgación del RDL 20/2012 y que además ha sido objeto de análisis en diversas resoluciones dictadas por Salas de lo Social de distintos TSJ en el sentido que se propugna por el recurrente, y para lo cual, se ha acudido a la doctrina jurisprudencial que se contiene en las sentencias que se citan en el recurso. En este sentido, y por todas cabe citar la STSJ de Aragón de 30-9-2.013 -rec403/2013 -. En la citada doctrina se parte de que la regla general según la cual la legislación aplicable para determinar la cuantificación de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA ha de ser la vigente en la fecha de la declaración de insolvencia, si bien se indica que tal regla debe completarse con "fundamento en la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 6.3.1989, cuando matiza el punto de vista expuesto anteriormente ... en los casos en que, antes de esa declaración formal de insolvencia la empresa, exista ya una constatación judicial de la misma, habiéndose comprobado que la insolvencia apreciada en la primera resolución, cuando aún no había entrado en vigor la norma modificadora, es también referible cuantitativamente a los créditos a los que se concreta la segunda, y que no hay solución de continuidad entre el estado económico de la empresa considerado en ambas resoluciones; supuesto en el que la norma que ha de tenerse en cuenta es la que regía al tiempo de esa primera declaración» Continúa razonando que la

legislación aplicable a las responsabilidades del FOGASA dentro del concurso es aquella que se encontraba vigente en el momento de la declaración del mismo y por lo tanto en el momento en el que se constata la situación de insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero, el 19/09/2011, con intervención del fondo en los términos previstos en los artículos 33.1 y 33.3 del ET, a partir de esta declaración que marca a todos los efectos la normativa aplicable no solo al desarrollo del proceso concursal con todas sus vicisitudes, incluida la extinción de contratos laborales y la cuantificación de las deudas salariales sino al régimen de garantías salariales previsto en los artículos 32 y 33 del ET que debieron aplicarse en la redacción vigente en el momento de declaración del concurso.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por el letrado sustituto del Abogado del Estado, en representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 21 de octubre de 2015, recurso número 302/2015.

La parte recurrida no ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser estimado.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 21 de octubre de 2015, recurso número 302/2015. Desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Adrián, D. David, D. Higinio y D Olegario contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Madrid, de fecha 19 de septiembre de 2014, dictada en virtud de demanda presentada contra el FOGASA.

Consta en dicha sentencia que los actores han venido prestando servicios para Servicios de Impresión SL, que fue declarada en concurso mediante auto de 19 de

diciembre de 2011, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Salamanca . El 20 de julio de 2012 dicho Juzgado dictó auto declarando extinguida la relación laboral de 23 trabajadores de la concursada, entre ellos los actores. La empresa reconoció a favor de los actores la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, cantidad que reclamaron al FOGASA. Mediante resolución de 13 de diciembre de 2012 dicho organismo les reconoció en parte las cantidades reclamadas, reclamando los actores la diferencia entre ambos importes.

La sentencia entendió que la fecha de declaración del concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA, como pretender los recurrentes, ya que el crédito de los actores nace en el momento en que se declara la extinción de su relación laboral con la empresa, debiendo responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el artículo 33 E.T. de las obligaciones no satisfechas por aquélla.

De modo y manera que, dado que la extinción de las relaciones laborales existentes entre los actores y la empresa se produjo por auto de 20-7-2012, cuando ya había entrado en vigor la reforma introducida por el R.D. Ley 20/2012 (lo que tuvo lugar el 15-7-2012) resulta indudable que había de estarse a la redacción del precepto vigente en ese momento, en consecuencia procedía la desestimación de la demanda.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que reclaman al FOGASA prestaciones correspondientes a la indemnización por extinción de la relación laboral acordada por auto del Juez del Concurso. Los actores entienden que la legislación por la que se ha de regir la responsabilidad que se reclama al FOGASA es la vigente en el momento en el que se declaró a la empresa en situación de concurso, no la vigente en el momento de extinguirse la relación laboral. Las sentencias enfrentadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que la legislación aplicable es la vigente en el momento en el que se declaró a la empresa en situación de concurso, la de contraste razona que la responsabilidad del FOGASA ha de regirse por la normativa vigente en el momento de declararse la extinción de la relación laboral.

A la vista de tales datos forzoso es concluir, como ya se adelantó, que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción de los artículos 33.3 del Estatuto de los Trabajadores y 64 de la Ley Concursal, en relación con el R D Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011, de 10 de octubre y con la jurisprudencia.

Alega, en esencia, que el crédito frente al FOGASA sólo puede nacer en el momento en el que se declare la extinción de la relación laboral con la empresa, debiendo pues estarse al régimen de responsabilidad legal del FOGASA que exista en dicho momento y no en una fecha anterior que, a estos efectos es irrelevante, por lo que, al haberse producido la extinción de la relación laboral después de que hubiera entrado en vigor el RD Ley 20/2012, el régimen de responsabilidad legal del FOGASA ha de ser el establecido por dicha norma.

2.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida ha de partirse de los siguientes datos:

1ª.-La demandada Prefabricados El Campanero SL fue declarada en situación de concurso mediante auto de 16 de septiembre de 2011, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia, en el procedimiento 743/2011.

2º.-Las relaciones laborales de los actores con la empresa se extinguieron mediante comunicación escrita de la empleadora de fecha 19 de septiembre de 2012, con efectos de la misma fecha, basada en la autorización de la extinción colectiva de la totalidad de los contratos de trabajo de la mercantil concursada, acordada por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia el 12 de septiembre de 2012 , por el que se aceptó el acuerdo logrado entre la Administración concursal y los representantes de los trabajadores para la extinción de las relaciones laborales, cuantificándose la indemnización a favor de los trabajadores en veinte días de salario por año de servicio.



3º.- El artículo 33.3 del ET, a los efectos que ahora interesan, ha sufrido las siguientes modificaciones:

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, presentaba la siguiente redacción:

«En los procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente»

A partir de la reforma introducida por el R D Ley 38/2011, presenta la siguiente redacción:

«3. En caso de procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al FOGASA, sin cuyo requisito no asumirá este las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente. A los efectos del abono por el FOGASA de las cantidades que resulten reconocidas a favor de los trabajadores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes:

Primera. Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa del organismo en los casos legalmente establecidos, el reconocimiento del derecho a la prestación exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello en cuantía igual o superior a la que se solicita del FOGASA, sin perjuicio de la obligación de aquellos de reducir su solicitud o de reembolsar al

FOGASA la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida.

Segunda. Las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.»

A partir de la reforma introducida por el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, la regla segunda presenta la siguiente redacción:

"Las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias"

3.- La responsabilidad del FOGASA en el pago de las indemnizaciones por extinción de contrato, en los supuestos de insolvencia o concurso del empresario - establecida en el artículo 33 del ET - nace en el momento en el que se declare la extinción de la relación laboral y no en el momento en el que se declara a la empresa en situación de concurso.

En efecto, tal y como señala el apartado 2 del artículo 33 del ET, el FOGASA, en los casos de insolvencia o concurso del empresario, abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores, a causa de despido o extinción de los contratos, conforme al artículo 64 de la Ley Concursal. Por lo tanto, hasta que no se declara la extinción de la relación laboral, mediante resolución judicial o administrativa o conciliación, no surge la responsabilidad del FOGASA.

Por su parte el apartado 3 del citado precepto dispone que el FOGASA se personará en el expediente como responsable legal subsidiario por lo que, dado su

carácter de responsable subsidiario, su responsabilidad no surge hasta que no está fijada la del responsable principal. La responsabilidad de la empresa, responsable principal, queda fijada en el momento en el que se declara la extinción de la relación laboral, siendo por tanto ese momento en el que aparece la responsabilidad, de carácter subsidiario, del FOGASA.

La normativa aplicable ha de ser la que se encuentre en vigor en el momento en el que se declara extinguida la relación laboral, momento en el que surge la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, y no la fecha en el que la empresa es declarada en concurso, ya que en dicha fecha aún no ha surgido responsabilidad alguna del FOGASA. No hay declaración de extinción de la relación laboral ni, por lo tanto, existe condena a la empresa al abono de la pertinente indemnización por la extinción de la relación laboral, por lo que no hay responsabilidad alguna imputable al FOGASA.

En el asunto examinado, la extinción de la relación laboral de los actores se produjo mediante comunicación escrita de la empleadora, de fecha 19 de septiembre de 2012, con efectos de la misma fecha, por lo tanto es la redacción del artículo 33.3 del ET vigente en dicha fecha la que ha de ser aplicada y no la vigente en la fecha en la que la empresa fue declarada en concurso, el 16 de septiembre de 2011.

CUARTO.- En consecuencia, procede la estimación del recurso formulado y, resolviendo el debate planteado e suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por los actores D. Paulino y D. Antón, confirmando la sentencia de instancia y desestimando la demanda formulada.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado sustituto del Abogado del Estado, en representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, frente a la sentencia dictada el 20 de enero de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el recurso de suplicación número 902/2015, interpuesto por D. Paulino y D. Antón frente a

la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de Valencia el 20 de enero de 2016, en los autos número 352/2013 , seguidos a instancia de D. Paulino y D. Antón contra EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, PREFABRICADOS EL CAMPANERO SL y su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, D. Aureliano y DOÑA Sonsoles sobre PRESTACIONES, Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por D. Paulino y D. Antón, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 1849/2016**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO .- Con fecha 17 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda deducida por D. Severiano contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, condenando al demandado a abonar al actor 155,61 euros, absolviendo a los codemandados PREFABRICADOS EL CAMPANERO SL y los Administradores Concursales DÑA. Elvira y D. Juan Alberto de las pretensiones deducidas en dicha demanda.»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- El trabajador demandante Severiano con DNI NUM000, cuyas restantes circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda rectora de las presentes actuaciones, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa

PREFABRICADOS EL CAMPANERO SL, desde el 5 de junio de 2001, con categoría profesional de chófer, con un salario medio mensual de 2.049,91 euros.

2º.- La empresa fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 16-09-2011, dictado por el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia , y por auto nº 262/2012 de dicho Juzgado de fecha 12 de septiembre de 2012, en Incidente Concursal Laboral, se declaró la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla, notificando el despido colectivo con efectos de' 19-09-2012, fijando las indemnizaciones de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades.

3º.- La Administración Concursal expidió certificaciones, en fecha 28-09-2012, por importe de 19.240,04 euros, de los que corresponden a indemnización 15.487,68 euros, siendo coincidente con el importe que consta en el auto de 12-09-2012, y el resto a salarios de marzo a junio de 2012, y pagas -extras de 2011, y una segunda certificación en fecha 23-03- 2012, por importe de 2.832,41 euros, referida a salarios de junio a agosto de 2011, y pagas extras de 2011.

4º.- El trabajador solicitó al FOGASA el abono de las prestaciones de garantía salarial e indemnizatoria, la primera en fecha 24-04-2012 y la segunda, el 8-10-2012.

5º.- Mediante resolución de fecha 7 de abril de 2014, dicho organismo, previa tramitación del correspondiente Expediente, reconoció al trabajador en concepto de prestaciones de garantía salarial el importe de 2.828,91 euros, no habiendo sido controvertido en juicio que existe una diferencia a favor del trabajador por dicho concepto por importe de 155,61 euros, que no ha sido reconocida ni abonada por el demandado.

6º.- En una segunda resolución de fecha 18 de junio de 2014, se reconoció al trabajador el derecho a percibir la cantidad de 14.620,10 euros, de los que corresponden a indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo, 11.285,90 euros, cuyo importe ha sido percibido por el demandante.

7º.- La solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo se presentó ante el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia por escrito de fecha 19-06-2012, (RUE) según el

art. 64 de la Ley Concursal, y en aplicación del 44,4 de la misma norma, se interesó conjuntamente el cese de actividad y el cierre pie la empresa, dando lugar al inicio del periodo de consultas, que se dio por finalizado con acuerdo, según providencia de dicho Juzgado de fecha 9-07-2012».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON Severiano, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Valencia, de fecha 17 de julio de 2014; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, condenamos al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a abonar al demandante la cantidad de 4.201,78 euros. Sin costas».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 28 de abril de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:

PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 33.3 del ET y 64 de la Ley Concursal, en relación con el RD-Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 6 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- No habiéndose personado las partes recurridas, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 6 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

## PRIMERO.- Términos del debate casacional.

El problema que accede a nuestro conocimiento posee estricto corte interpretativo de la regulación sobre alcance de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). En concreto, se trata de determinar si, en caso de concurso de acreedores de la empresa, esa responsabilidad nace cuando se declara el concurso o, por el contrario, cuando (posteriormente) se extingue la relación laboral a través de lo que suele identificarse como un ERE concursal. Lejos de estar ante cuestión teórica, la cuestión posee una relevancia práctica clara cuando existen variaciones normativas.

### 1. Hechos relevantes.

Son muy escuetos los datos fácticos que debemos resaltar para centrar los términos del debate:

El 16 de septiembre de 2011 la empresa es declarada en concurso por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia.

El 19 de junio de 2012 se presenta ante el Juzgado la solicitud de extinción de todos los contratos de trabajo.

El 12 de septiembre de 2012 dicta Auto el Juzgado de lo Mercantil, declarando la extinción colectiva de los contratos de trabajo en toda la plantilla.

El 19 de septiembre de 2012 se produce el cese efectivo de todos los contratos.

Es pacífico que el FOGASA adeuda al trabajador 155,61 euros en concepto de prestaciones de naturaleza salarial. El litigio surge porque el trabajador le reclama asimismo una indemnización de 14.620,10 euros, mientras que el Fondo advierte que la misma debe calcularse sobre la base del doble del SMI y le reconoce 11.285,90 euros.

### 2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia de 17 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia desestima en lo sustancial la demanda, pues asume la interpretación patrocinada por el organismo gestor.

B) La STSJ Valencia 304/2016 de 9 febrero (rec. 1166/2015), reiterando el criterio acogido en anteriores ocasiones, estima el recurso de suplicación del trabajador. Entiende que debe aplicarse la legislación vigente en la fecha de la declaración del concurso, que es el momento que se constata su insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero (el 19 de septiembre de 2011).

Ese es el punto de conexión temporal que fija la regulación aplicable tanto al concurso cuanto a las garantías salariales de los artículos 32 y 33 ET, siendo inocuas las posteriores modificaciones.

### 3. Recurso de casación e Informe del Fiscal.

Disconforme con el criterio de suplicación, con fecha 28 de abril de 2016, el Abogado del Estado formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina que resolvemos. En él postula que la responsabilidad del FOGASA no nace en la fecha de declaración de concurso sino cuando se termina la relación laboral. Identifica como contradictoria la STSJ Madrid 810/2015 de 21 octubre (rec. 302/2015).

Cumpliendo con las previsiones del art. 225.3 LRJS, con fecha 12 de enero de 2017, la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala emite su Informe. Considera que la contradicción entre las sentencias opuestas resulta evidente y que respecto de la materia discutida debe prevalecer el criterio de contraste.

### 4. Sentencia referencial.

La STSJ Madrid 810/2015 de 21 octubre (rec. 302/2015) resuelve el litigio surgido sobre las siguientes coordenadas:

El 19 de diciembre de 2011 la empresa es declarada en concurso.

El 20 de julio de 2012, mediante Auto, el Juez Mercantil declara extinguida la relación laboral de 23 trabajadores, con efectos de esa misma fecha.

Los demandantes solicitan el pago de la indemnización y el FOGASA la calcula aplicando el módulo máximo constituido por el doble del SMI. La Sala del TSJ de



Madrid confirma la sentencia de instancia que consideró debía aplicarse la legislación vigente en la fecha de la extinción de los contratos.

#### 5. Análisis de la contradicción.

En su momento, esta Sala consideró claro el cumplimiento de los presupuestos procesales del recurso, incluyendo el de la contradicción pedida por el art. 219.1 LRJS. Ratificamos ahora esa apreciación interina.

Parece evidente tanto la identidad de los supuestos cuanto de las pretensiones que se deducen en los respectivos procedimientos. También es seguro que existe contradicción doctrinal entre las sentencias a la hora de determinar cuál sea el punto de conexión que sirve para anclar la regulación aplicable, en particular acerca del tope máximo de las prestaciones que deba satisfacer el Fondo.

Se trata, al cabo, de saber si los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 20/2012 son operativos cuando sobreviene un despido colectivo en el seno de un concurso iniciado con anterioridad, pero siendo el Auto de extinción de los contratos de fecha posterior a la entrada en vigor de la norma.

#### SEGUNDO.- Normas y doctrina aplicables.

El recurso se fundamenta en la infracción de los arts. 33.3 ET y 64 de la Ley Concursal, en relación con el RD-Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011 de 10 de octubre, que conviene examinar.

Asimismo, invoca como infringida la doctrina de la STS de 24 abril 2001 (rec. 2102/2000), que repasaremos junto con otros antecedentes relevantes.

##### 1. Normas aplicables.

A) El artículo 33.2 ET viene regulando la responsabilidad del Fondo en los supuestos en que la empresa deudora de salarios o indemnizaciones es declarada en concurso. Discutiéndose la versión del mismo que debe aplicarse, ahora interesa recordar los términos de cada una de ellas.

En la versión vigente a 16 de septiembre de 2011 (fecha en que se dicta el Auto declarando en concurso a la empresa) el art. 33.3 ET afirma el carácter del Fondo como "responsable legal subsidiario", omitiendo cualquier precisión sobre el alcance de su obligación.

En consecuencia, opera el límite del número anterior, conforme al cual abonará las indemnizaciones " sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias".

B) Cuando se solicita la extinción de los contratos (19 de junio) la redacción del precepto sigue siendo la reseñada.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 3/2012 (vigente desde 12 de febrero), prescribiría que "Las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias". En esa redacción insiste la Ley 3/2012 (BOE 7 de julio), vigente desde 8 de julio de 2012.

C) Sin embargo, el 15 de julio de 2012 entra en vigor la redacción derivada del Real Decreto-Ley 20/2012; esa es la vigente en el momento de dictarse el Auto extintivo por el Juzgado de lo Mercantil (12 de septiembre de 2012) y de terminar efectivamente los contratos (19 de septiembre de 2012).

La norma explica que "se articulan medidas encaminadas a preservar la viabilidad financiera del Fondo de Garantía Salarial, en la línea de las funciones para las que fue concebido". Su artículo 19 modifica la regla del art. 33.3 que aquí interesa, de modo que las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Interesa reseñar que este RDL fue publicado en BOE de 14 de julio de 2012 y entró en vigor al día siguiente (Disp. Final 15ª), sin que ninguna de sus dieciséis disposiciones transitorias aluda a la materia que ahora interesa.

D) Por otro lado, el artículo 64 de la Ley Concursal viene regulando los principales aspectos laborales del concurso. La Ley 38/2011, reformando la Ley Concursal, incorpora la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el citado artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

## 2. Doctrina de la Sala.

A) La STS de 24 abril 2001 (rec. 2102/2000), mencionada en el recurso, examina un problema de prescripción que no tiene mucho que ver con el presente.

Para resolverlo, se sienta la doctrina de que el FOGASA, "en su condición de fiador o responsable legal subsidiario, se verá perjudicado por la interrupción de la prescripción frente al empresario deudor cuando ésta se produce mediante reclamaciones judiciales - art. 1975 CC , primera parte, que alcanza a los supuestos normales de reclamación contra dicho Organismo-, o asimiladas -acciones ejecutivas o reconocimiento de deuda en pleito concursal, del art. 33.7 ET -, pero no cuando se trate de otras formas genéricas de interrupción, y en concreto del reconocimiento de deudas u otros pactos que no gocen de la garantía de publicidad que aquellos otros supuestos tienen".

B) La STS 23 marzo 2006 (rec. 1264/2005) aborda una cuestión bastante similar a la que nos ocupa. Examina la responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación. En concreto, un problema de transitoriedad o aplicación cronológica de las normas que regulan los efectos del despido improcedente (el devengo de salarios de tramitación) y la responsabilidad del asegurador.

El RDL 5/2002 suprimió los salarios de tramitación en determinados casos, que consiguientemente desaparecieron de la mención que hace el art. 33.1 ET al alcance de la responsabilidad del FOGASA. Pero esta situación tuvo una vigencia muy limitada,

pues la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, restableció los salarios de trámite y en consecuencia volvió a introducir la alusión expresa a los mismos en el citado art. 33.1 ET .

En el caso que aborda la sentencia los despidos se produjeron durante la vigencia del RDL 5/2002, lo mismo que la sentencia que los calificó como improcedentes, que lleva fecha de 6 de noviembre de 2002. Y al no haber ejercitado la empresa la opción entre la indemnización o la readmisión, y siendo ésta imposible, por Auto de 19 de diciembre se declaró extinguida la relación laboral. Con posterioridad, el 6 de junio de 2003, se dictó Auto declarando la insolvencia empresarial. Descartada esta última fecha, que claramente no es en la que se extingue la relación, la Sala afirma que, en el caso, la extinción no se produce hasta tanto se dicta el Auto de 19 de diciembre, que es el que, ante la imposibilidad de proceder a la readmisión, declara definitivamente extinguida la relación, y acontecida pues la extinción bajo la vigencia de nuevo de la responsabilidad del Fondo, debe hacer frente a los citados salarios de trámite.

Es cierto, como afirma la parte recurrida en su escrito de impugnación, que esta Sala ha dicho en múltiples ocasiones que la acción que se dirige contra el FOGASA no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago no nace hasta que se produce la declaración de insolvencia, desde cuyo momento el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar contra FOGASA las reclamaciones y acciones encaminadas al reconocimiento de sus derechos, de modo que es la fecha de la tal declaración judicial de insolvencia la que acarrea la responsabilidad sustitutoria del Fondo.

Pero una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo.

C) La STS 26 julio 2006 (rec. 2843/2005) aborda asunto "prácticamente idéntico" al anterior y reitera la expuesta doctrina en relación con el momento en que ha de entenderse extinguida la relación laboral, a los efectos de imputar responsabilidad al

FOGASA por los salarios de tramitación adeudados como consecuencia de un despido improcedente.

El momento clave, a los efectos de determinar, en cada caso, la normativa aplicable, es aquél en el que se produce la extinción del contrato de trabajo; en el caso, ese es el de la fecha del auto que puso fin al incidente de no readmisión tramitado después de que la sentencia de despido hubo ganado firmeza y, precisamente, en ejecución de lo ordenado en tal sentencia.

### TERCERO.- Consideraciones específicas y resolución.

Cuando se declara el concurso está en vigor la redacción del artículo 33 ET (y preceptos concordantes) que establece un tope a sus prestaciones equivalente al triple del salario mínimo interprofesional (SMI), mientras que al acordarse posteriormente la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores ya ha desplegado sus efectos el Real Decreto-Ley que rebaja ese techo al doble del SMI. Los efectos de optar por una u otra solución quedan al descubierto si se compara el fallo de la sentencia de instancia (155,61 €) con el de la ahora recurrida (4.201,78 €).

#### 1. El punto de conexión temporal en supuestos concursales.

A) Con arreglo a la doctrina que hemos expuesto, lo decisivo para determinar el momento en que ha de fijarse la regulación aplicable, salvo previsión legal expresa, radica en identificar el instante en que nace la obligación que acaba asumiendo el Fondo, en cuanto responsable legal subsidiario.

De este modo, si la declaración del concurso (o la solicitud, como llegaba a plantear el recurso de suplicación entablado por el trabajador en nuestro caso) fuera la causa de que existieran prestaciones a cargo del ente público, a ello habría de estarse.

Sin embargo, es claro que la declaración de concurso resulta algo bien distinto a la extinción de los contratos de trabajo. Basta recordar que la norma " procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus

elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa " (Exposición de Motivos, VII), de modo que " La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor " (art. 44.1).

Por lo tanto, nada impide que los contratos de trabajo de la empresa declarada en concurso prosigan su desarrollo, lo que obviamente implica que ni se extinguen ni nace derecho indemnizatorio alguno a favor de los trabajadores. Para que entre en juego la responsabilidad del Fondo, no basta con que exista declaración de concurso, sino que debe mediar asimismo la extinción de los contratos.

B) Con independencia de que deba ser citado el FOGASA desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia en los casos de procedimientos concursales (art. 33.3 ET), su obligación no nace hasta que se dicte auto, conforme al art. 64 Ley Concursal, de extinción de las relaciones laborales colectivas.

Si no existe la falta de pago de salarios o de indemnización, el Fondo tampoco tiene obligación alguna ni el trabajador ningún derecho contra él, por mucho que la empresa esté en concurso. Cuando se dicta el auto por el Juzgado y finaliza el contrato es cuando nace la obligación de indemnizar; por tanto, ahí es donde se encuentra el punto de conexión cronológica que debemos utilizar para fijar la legislación aplicable.

C) La fecha de declaración de concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA ya que, en su caso, el derecho al cobro de indemnización por despido solo surge, en el momento en que se declara la extinción de su relación laboral con la empresa. A partir de ahí, no antes, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el art. 33 ET, de las obligaciones no satisfechas por aquella.

D) La extinción de la relación laboral entre el actor y la empresa se acuerda mediante Auto de 12 de septiembre de 2012, teniendo lugar al día 19 siguiente. Como queda expuesto, desde el 15 de julio precedente ya había entrado en vigor la reforma introducida por el RDL 20/2012.

Por tanto, como conclusión, el régimen jurídico de la responsabilidad legal del FOGASA es el establecido en dicha norma, sin que sea posible imponer al Fondo una obligación de pago más allá de los supuestos tasados, dado su posición jurídica de fiador legal y, sobre todo, a la vista del momento en que nace la obligación que viene a asumir. No conteniendo el RDL 20/2012 norma transitoria alguna que determine lo contrario, debe mantenerse el mismo criterio que se sigue en la sentencia referencial porque si cuando se declaró el concurso aún no se había producido la extinción del contrato de trabajo que determinó la indemnización, en realidad no había nacido entonces derecho alguno, ni frente a la empresa ni frente al Fondo.

E) La solución a que accedemos es no solo compatible, sino armónica con la acogida en otros casos en que hemos señalado el momento de declaración del concurso como el relevante. Así, por ejemplo, en la STS 12 febrero 2007 (rec. 3.951/2005) se resuelve supuesto en que el crédito salarial o la indemnización ya habían nacido cuando se declaró la insolvencia y por eso se sienta la regla general de que "debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo"; ello es así porque la declaración de insolvencia se produce en el procedimiento de ejecución (actual art. 276 LRJS).

Como en esa y otras ocasiones hemos advertido, una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o precisar el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo.

## 2. Resolución del recurso.

A) La doctrina contenida en la sentencia que se recurre se separa del enfoque que esta Sala viene adoptando y, conforme a lo apuntado por el Informe del Ministerio Fiscal, debe declararse errónea.

Conforme al art. 228.2 LRJS " Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y

resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada ".

B) La anulación de la sentencia recurrida, por tanto, es la primera declaración que debe contener nuestra sentencia, aunque con ella no baste para otorgar una tutela judicial adecuada a los requerimientos del legislador. Habremos, por tanto, de resolver el debate suscitado en suplicación.

En nuestro caso, puesto que el Juzgado de lo Social asumió el mismo criterio que hemos considerado acertado, bastará con desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el demandante frente a su sentencia para restablecer la unidad de doctrina.

C) La resolución del debate suscitado en suplicación en términos desfavorables para el recurrente, sin embargo, no comporta su condena en costas puesto que el art. 235.1 LRJS excepciona la regla del vencimiento cuando se trata de quien goza del beneficio de justicia gratuita, como es el caso.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado. 2) Casar y anular la sentencia 304/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 9 de febrero de 2016, en el recurso de suplicación nº 1166/2015. 3) Resolver el debate de suplicación, desestimando el recurso de tal índole interpuesto por D. Severiano. 4) Declarar la firmeza de la sentencia 270/2014 dictada el 17 de junio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia , en los autos nº 386/2013, seguidos a instancia de D. Severiano contra el Fondo de Garantía Salarial y otros. 5) No imponer las costas de ninguno de los recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



**20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2017**  
**Número Recurso: 3426/2015**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero: La parte actora de este procedimiento, D. Heraclio, presta sus servicios como trabajador para fomento de construcciones y contratas, S. A. con antigüedad de 7-3-2006 y categoría profesional de peón.

Dicha relación de trabajo se sujeta al convenio colectivo de empresa de los servicios de recogida lateral, transporte a los lugares de tratamiento, eliminación de residuos sólidos urbanos, y lavado de contenedores de carga lateral de la empresa de Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas de 14-7-2006.

De éste ahora se destaca:

**CAPÍTULO III - RETRIBUCIONES**

Art. 18º- Conceptos Retribuidos.

- . Salario Base
- . Complementos personales: Antigüedad.
- . Plus convenio.
- . Plus tóxico.

-. Plus nocturno.

-. Pagas extraordinarias.

-. Bolsa de vacaciones.

Lo importes a percibir por cada uno de los conceptos retributivos son los que figuran en la Tabla Salarial Anexa, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

Art. 19º- Salario base.

El salario base, por el personal afecto por este convenio, es el que se especifica para actividad, nivel y categoría en la tabla salarial anexa. El salario base se devengará por día natural, y también se abonará en el periodo de las vacaciones anuales.

Art. 20º- Antigüedad.

El complemento de antigüedad consistirá en tres bienios del 5% y en sucesivos quinquenios del 7% del salario base de la categoría correspondiente. El importe de cada bienio o quinquenio, según el caso, se abonará desde el primer día del mes de su cumplimiento.

Art. 21º- Plus Tóxico.

Todo el personal afecto a la plantilla, percibirá este plus como complemento del puesto de trabajo, cuyo importe será del 20% sobre el salario base; si estas labores se efectúan únicamente durante un periodo superior a 60 minutos por Jornada, sin exceder de media Jornada, la bonificación se reducirá al 10%.

Este plus se abonará por día efectivamente trabajado.

Art. 22º- Plus de Convenio.

Todo el personal afectado por el presente convenio, percibirá la cantidad recogida en la Tabla Salarial anexo al presente Convenio por día efectivamente trabajado.

Art. 23°- Plus de Nocturnidad.

Todos los trabajadores que realizan jornadas entre las 21,00 y las 6,00 horas, percibirán el plus de nocturnidad consistente en un (25%) del salario base de su categoría y nivel, y se cobrará en proporción del tiempo/hora trabajada.

Art. 24°- Bolsa de Vacaciones.

Todo el personal afecto al presente convenio percibirá una bolsa de vacaciones, que cobrará antes de salir de vacaciones siempre que se realice la jornada máxima ordinaria de trabajo, reduciéndose proporcionalmente en caso de ausencias injustificadas.

La cuantía será la señalada en la Tabla Salarial anexa.

Art. 25°- Pagas Extraordinarias.

Los trabajadores/as afectados/as por el presente Convenio tendrán derecho a cuatro (4) pagas Extraordinarias denominadas Marzo, Verano, Septiembre y Navidad.

Todo ello atemperado a que el trabajador haya realizado la jornada máxima ordinaria de trabajo, reduciéndose, proporcionalmente en caso de ausencias injustificadas.

Los periodos de abono serán los siguientes:

Paga de Marzo: 15 de Marzo; periodo de devengo del 1 de Abril al 31 de Marzo.

Paga de Verano: 15 de Junio; periodo de devengo del 1 de Julio al 30 de Marzo.

Paga de Septiembre: 15 de Septiembre; periodo de devengo del 1 de Octubre al 30 de Septiembre.

Paga de Navidad: 15 de Diciembre; periodo de devengo del 1 de Enero al 31 de Diciembre.

Su importe será el fijado en la Tabla Anexa.

Art. 26°- Horas Extraordinarias.

Las horas extraordinarias se abonarán conforme a la siguiente fórmula:

HORA EXTRA: SALARIO TOTAL ANUAL X 1.75

JORNADA ANUAL PACTADA

#### CAPÍTULO IV - JORNADA, VACACIONES, LICENCIAS Y EXCEDENCIAS.

Art. 27º- Jornada de Trabajo.

La duración máxima de la jornada laboral de trabajo para todo el personal afectado por el presente convenio colectivo será 40 horas semanales, dicha jornada máxima, será de Lunes a Domingo.

En este acuerdo se redistribuye la Jornada laboral aumentando las vacaciones, así como el ajuste del tiempo de trabajo, alcanzando la fórmula establecida en el párrafo anterior

Los trabajadores tendrán derecho a treinta minutos diarios de descanso retribuidos y obligatorios cuya autorización para su disfrute vendrá dado por el capataz o superior jerárquico de éste con el objetivo de unificar el horario para la correcta prestación del servicio a realizar.

El horario de trabajo será según las necesidades del servicio y del cliente, no obstante, se llevarán a efecto de manera preferente los siguientes turnos:

\* Turno de mañana.- de 6:00 a 12:40 horas.

\* Turno de noche.- de 22:00 a 4:40 horas.

Igualmente, será la Empresa quien, bajo la discrecionalidad organizativa que garantiza y recoge el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores disponga del horario a realizar los días 24, 25 y 31 de Diciembre, así como el 1 y 6 de Enero.

Cuando por avería o por causas de fuerza mayor ajenas al trabajador fuese imposible el abandono del puesto de trabajo en la hora determinada como final de jornada, las horas de más serán compensadas en horas libres, en la misma proporción,

siempre y cuando el trabajador haya realizado la jornada máxima ordinaria de trabajo según contrato, de no ser así, podrán éstas compensar el supuesto mentado.

La Jornada anual, será el resultado de los días naturales del año, menos los descansos reglamentarios, festivos no recuperables y vacaciones.

#### Artículo 28.- Descansos

Todo el personal acogido a este convenio tendrá un día y medio de descanso semanal, mediante un sistema de rotación.

El trabajador que por necesidad del servicio tuviera que trabajar el día de descanso se el abonará éste como si fuera un festivo y, si el día libre coincide con el de un festivo y surgiera el caso anterior además de abonársele el día como festivo se le dará, además, un día libre.

#### Artículo 29.- Festivos

Se considerará como festividad, el 3 de Noviembre, día de San Martín de Porres, Patrón del Servicio de Limpieza, a partir del año 2008, éste incluido; No obstante, será la Empresa quien decida si procede a su abono o a su libranza.

#### Art. 30º- Vacaciones.

El personal sujeto a este convenio tendrá derecho al disfrute de un periodo de vacaciones anuales retribuidas de treinta días naturales.

Dicho periodo vacacional será retribuido como si el trabajador estuviera realizando trabajo efectivo; para el personal que trabaje de Lunes a Domingos, éstos, serán compensados con siete días de vacaciones más, contando, por lo tanto con treinta y siete días naturales de vacaciones.

Las vacaciones se disfrutarán por años naturales (Enero-Diciembre). El derecho a vacaciones no es susceptible de compensación económica.

No obstante, el personal que cese durante el transcurso del año tendrá derecho al abono del salario correspondiente a la parte de vacaciones devengadas y no disfrutadas, como concepto integrante de la liquidación por su baja en la empresa.

Se iniciarán siempre en días laborables y entre los meses de Enero a Diciembre. Para fraccionar el disfrute de las vacaciones en varios periodos, el trabajador deberá prestar su consentimiento de forma expresa. El trabajador conocerá el comienzo de sus vacaciones con una antelación mínima de dos meses.

El abono de la bolsa de Vacaciones se hará efectivo antes del disfrute correspondiente.

Art. 31º- Licencias y Permisos.

Los trabajadores afectados por el presente convenio colectivo, avisando con una antelación de 24 horas.

(Así, por conformidad de las partes y documento número 4 del ramo de prueba de la actora).

Segundo: Por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias se dictó el día 13-7-2010 sentencia después firme de la que ahora se reseña lo siguiente:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- El conflicto colectivo afecta a la totalidad del personal que presta sus servicios para la empresa demandada en Las Palmas de Gran Canaria y que están adscritos al servicio de recogida lateral, transporte a los lugares de tratamiento, eliminación de residuos sólidos urbanos y lavado de contenedores de carga lateral, así como los servicios complementarios correspondientes del ayuntamiento de las Palmas, con una plantilla aproximada de 40 trabajadores.

SEGUNDO.- La actividad se denomina recogida lateral, transporte a los lugares de tratamiento, eliminación de residuos sólidos urbanos y lavado de contenedores de

carga lateral, así como los servicios complementarios correspondientes del ayuntamiento de las Palmas, teniendo los trabajadores convenio de empresa con igual denominación, cuyo ámbito temporal se extiende desde el 1.04.05 al 31.12.08.

TERCERO.- El convenio de empresa (BOP 14.07.06) tiene como aplicación complementaria el convenio colectivo del sector de limpieza pública viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, tal y como se establece en su artículo uno.

CUARTO.- El artículo 28 del convenio colectivo establece lo siguiente: descansos:

"Todo el personal acogido a este convenio tendrá un día y medio de descanso semanal, mediante un sistema de rotación.

El trabajador que por necesidad del servicio tuviera que trabajar el día de descanso se le abonará éste como si fuera un festivo y, si el día libre coincide con el de un festivo y surgiera el caso anterior además de abonársele el día como festivo se le dará, además, 1 día libre."

Se da por reproducido el texto del convenio en su totalidad.

QUINTO.- Los horarios de trabajo, al amparo del artículo 27 del convenio de empresa, son los siguientes:

Turno fijo de día: De 6 a 12,40 horas.

Turno fijo de noche: De 22.00 horas a 4,40 horas.

SEXTO.- Los trabajadores prestan servicios siete días seguidos. Cada siete días les figura un día como de libranza en el cuadrante, y cada cinco semanas aparecen dos días como de libranza seguidos, en los términos que constan en los cuadrantes del servicio de carga lateral que solicitó la parte actora para su incorporación a los autos con carácter previo a la celebración del juicio y que se dan por reproducidos.

SÉPTIMO.- FCC, SA tiene adjudicado la gestión del servicio público de recogida de RSU y su utilización por los particulares en diferentes zonas del término

municipal de Las Palmas de Gran Canaria, en los términos que se desprenden del pliego de cláusulas administrativas particulares para contratos de gestión de servicios públicos, mediante concurso, del ayuntamiento, por reproducido (doc. nº 3 demandada).

OCTAVO.- Se ha agotado la vía previa ante el Tribunal Laboral Canario.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por el actor D<sup>a</sup>. Raquel, como Secretaria General de la Federación de Servicios de UGT (FES-UGT), contra la empresa Fomento, Construcciones y Contratas, SA y en su virtud declaró el derecho de los trabajadores del turno fijo de noche, a que conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del convenio colectivo, se respete por la empresa un día y medio de descanso semanal, condenando a la demandada a estar y por pasar por la anterior declaración".

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

TERCERO.- Con amparo en el art 191 c) LPL, la parte actora aduce inaplicación de los arts 34.3 y 37.1 ET en conexión con el art 28 del Convenio Colectivo mencionado, el art 14 de la Constitución y el RD 1561/1995 de 21 de septiembre sobre Jornadas de Trabajo. Por su parte, la empresa alega con idéntico amparo vulneración del art 17,2 y 3 c) de la Directiva 2003/88/CE y jurisprudencia aplicable. Y como lo que se debate aquí es si los trabajadores disfrutaron realmente de su descanso semanal de día y medio, lo que es afirmado por la demandada y negado por la actora; procede analizar conjuntamente ambos alegatos.

El art 27 del Convenio Colectivo antedicho publicado en el BOP de Las Palmas de Gran Canaria número 88 de 14.07.2006, establece que la duración máxima de la jornada laboral de trabajo para todo el personal afectado por el convenio será de 40 horas semanales, de lunes a domingo. En horario de trabajo será de manera preferente:

- Turno de mañana: de 6.00 horas a 12,40 horas.



- Turno de noche: de 22 horas a 4.40 horas.

Y en su art 28 prevé para todo el personal un día y medio de descanso semanal, mediante un sistema de rotación. El trabajador que por necesidad del servicio tuviere que trabajar el día de descanso se le abonará este como si fuere festivo y si el libre coincide con el de un festivo y surgiere el caso anterior además de abonársele el día como festivo se le dará, además, un día libre. Es decir, la regulación convencional asegura a los trabajadores un descanso semanal de día y medio.

El Tribunal Supremo ha establecido ya doctrina sobre el particular en la sentencia de 25.09.2008 (Rec 109/2007) que sigue otra de 10.10.2005 (Rec 155/2004) y cuyo texto ha sido recogido en la sentencia impugnada. Sostiene el Alto Tribunal que el descanso diario ha de ser de doce horas y el semanal, cuando sean sucesivos han de sumar 48 horas, dado que no son acumulativos y no pueden solaparse o confundirse.

En este caso, resulta que como recoge la Magistrada a quo en el Fundamento Jurídico 3º de su sentencia con valor de hecho probado, en ambos turnos, los trabajadores se reincorporan antes de transcurrir aquel periodo total de 48 horas que les asegure el efectivo descanso semanal de día y medio convencionalmente establecido. Consecuentemente ha de ser estimado el recurso interpuesto por la parte demandante, desestimando el formulado por la demandada y con revocación de la sentencia impugnada declarar el derecho de los trabajadores a disfrutar de día y medio de descanso semanal efectivo mediante un sistema rotatorio con estimación de la demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Raquel y Fomento de Construcciones y Contratas S.A., contra la sentencia dictada en fecha 30 de abril de 2009, por el Juzgado DE LO SOCIAL N. 6 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, y desestimando el formulado por Fomento de Construcciones y Contratas SA, debemos revocar como revocamos dicha sentencia en el sentido de declarar el derecho de los trabajadores a disfrutar de día y medio de descanso semanal efectivo mediante un sistema rotatorio, con estimación de la demanda.

(Así, por conformidad de las partes).

Tercero.- El actor libró los días 3, 11 y 19 de marzo de 2011; 5, 13, 22 y 29 de abril y 7 y 24 de mayo de 2011. (Así, por conformidad de las partes).

Cuarto.- El día 16-4-2012 (y mediante papeleta presentada por todos los actores el día treinta previo) se celebró el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación con la empresa demandada, sobre reclamación de cantidad, acto que concluyó sin que las partes se avinieran».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda deducida por D. Heraclio contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., debo absolver y absuelvo a esta compañía de todas las pretensiones deducidas en la demanda».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Heraclio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 18 de junio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Heraclio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de fecha 16-7-14 confirmando la misma».

TERCERO.- Por la representación de D. Heraclio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Las Palmas de Gran Canaria el 10 de septiembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) en fecha 18 de diciembre de 2014 (R. 290/2014).

CUARTO.- Con fecha 25 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al

Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La representación legal de D. Heraclio ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede de Las Palmas- de 18 de junio de 2015, recaída en el recurso de suplicación 400/2015 . Dicha sentencia había desestimado el recurso formulado por la misma demandante contra la sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria en reclamación de cantidad, concretamente de abono de plus festivo correspondiente a los días que el actor había supuestamente trabajado durante su descanso semanal.

La cuestión jurídica de fondo relativa a la retribución del trabajo durante el período de servicios que los trabajadores prestaban durante el período correspondiente a su descanso semanal ya había sido resuelto por una sentencia de la misma Sala de lo Social del TSJ de Canarias de fecha 13 de julio de 2010 que resolvió un conflicto colectivo. Teniendo ello en cuenta, las circunstancias relevantes, a efectos de la realización del oportuno juicio de contradicción, que concurren en el supuesto de la sentencia recurrida son, en síntesis, las siguientes: 1) el actor -ahora recurrente- prestaba servicios con categoría de peón para la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas S.A.; 2) Regía, al tiempo de los hechos reclamados, el convenio colectivo de empresa de recogida lateral, transporte de residuos sólidos urbanos y lavados de contenedores de carga lateral de la empresa FCC, S.A. publicado en el BOP de Las Palmas de 14-7-2006; 3) El trabajador formuló demanda en reclamación de reclamación de cantidad como plus de festivo por excesos de jornada trabajados.

La sentencia recurrida, confirmatoria de la de instancia, tras desestimar la revisión de hechos propugnada por el actor en la que solicitaba que se incorporara al

relato fáctico, entre otras cuestiones, una relación de días de libranza, desestimó el recurso al considerar que no se cumplían las condiciones previstas en el convenio colectivo para generar el derecho a la percepción del plus de festivo por no quedar acreditado que hubiere prestado servicio en días correspondientes a su descanso semanal.

2.- Invoca y aporta el recurrente como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social de fecha 18 de diciembre de 2014, recaída en el recurso 367/2012 . Dicha sentencia contempla un supuesto en el que un trabajador de la misma empresa solicitó idéntica pretensión a la aquí contemplada, en el que resultaba de aplicación el mismo convenio colectivo y que acabó reconociendo el derecho del actor a la cantidad solicitada en concepto de plus festivo por haberse visto obligado a trabajar en días de descanso, resultando, por tanto, de aplicación el citado complemento salarial.

SEGUNDO.- 1.- A pesar de la aparente similitud entre los supuestos examinados en las sentencias sometidas a juicio de comparación, tal como informa el Ministerio Fiscal, la contradicción no puede apreciarse básica y fundamentalmente porque entre las sentencias comparadas no existe doctrina diferente que precise ser unificada. En efecto, en ambas sentencias se acepta que, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de conflicto colectivo a que anteriormente se ha hecho referencia, la porción de jornada de descanso semanal o diario en la que el trabajador presta servicios debe ser retribuida con el complemento salarial de días festivos. Ocurre, sin embargo, que las sentencias presentan una diferencia importante que explica y justifica que los fallos sean diferentes. Así mientras en la sentencia referencial consta acreditado que el trabajador prestó servicios en los días postulados en su demanda y, por tanto, estima el derecho a percibir por tal trabajo el complemento de días festivos, la sentencia recurrida no aprecia tal extremo fáctico lo que impide la estimación de la cantidad reclamada.

2.- Aunque en ambos supuestos el derecho cuestionado es el mismo y el convenio aplicable también, así como la empresa demandada, no hay que olvidar que el derecho en cuestión depende justamente de la concurrencia de determinadas condiciones fácticas que en un caso se han considerado acreditadas y en el otro no; lo

que, como se avanzó, justifica plenamente que las sentencias examinadas hayan llegado a pronunciamientos diferentes.

3.- En consecuencia, el recurso no debió admitirse a trámite por falta de la exigible contradicción entre las sentencias recurrida y referencial lo que constituía causa de inadmisión que, en este trámite, se convierte en causa de desestimación, sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Heraclio, representado y asistido por el letrado D. Enrique Lorenzo Pardo. 2.- Confirmar la sentencia dictada el 18 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de suplicación núm. 400/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 16 de julio de 2014 , recaída en autos núm. 353/2012, seguidos a instancia de D. Heraclio , contra Fomento de Construcciones y Contratas, SA; y Fondo de Garantía Salarial, sobre Cantidad. 3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 3521/2015**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 31 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Granollers, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que APRECIANDO la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por la demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA en relación a la cuantía reclamada y, en consecuencia, APRECIANDO de oficio la excepción de falta de acción respecto a la antigüedad postulada, DESESTIMO la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por el Sr. Patricio , con DNI NUM000 frente a las empresas UNNIM BANC SAU con CIF nº A-65609653, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA y FOGASA, a quienes absuelvo en la instancia, dejando imprejuizado el fondo de la cuestión.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: « 1º.- D. Patricio inició prestación de servicios en fecha 2 de noviembre de 1993 para la entonces denominada "Caixa Manlleu" realizando de forma regular funciones de recepción, control y entrega de material, asunción de los archivos de la entidad bancaria, el suministro de material de despacho a todas las oficinas que integraban la red bancaria, recogida y reparto de documentación y material desde Servicios Centrales a la red de oficinas de Caixa Manlleu, añadiendo a dichas funciones a partir del mes de julio de 2003 trabajos de coordinación y organización del Auditorio de Servicios Centrales de Caixa Manlleu en diversos actos y acontecimientos. (Testifical de los Sres. Arturo e Juan Enrique y folios 164 a 968 de autos).

2º.- Desde el 2 de noviembre de 1993 hasta el 19 de noviembre de 2007 el actor figuraba de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos y por los servicios prestados a Caixa Manlleu percibía mensualmente una cantidad variable en función de las horas realizadas presentando, a dichos efectos, una factura con detalle de los servicios llevados a cabo. (Folios 136 y 164 y 166 a 968 de autos y testifical del Sr. Juan Enrique).

3º.- Si se producía alguna pérdida de material no era asumida por el actor. (Testifical del Sr Juan Enrique).

4°.- El actor durante todo ese tiempo prestó servicios junto al Sr. Arturo en el almacén donde este último era el responsable, coordinándose entre ambos los períodos vacacionales. (Testifical del Sr. Juan Enrique).

5°.- Las rutas de reparto que debía hacer el actor e instrucciones al respecto eran dadas por los Servicios Generales de Caixa Manlleu, entregándole a esos efectos unas hojas de las rutas que debía realizar, si bien luego podía organizarse la realización de la misma autónomamente. (Folios 971 a 975 y testimonio del Sr. Juan Enrique).

6°.- Las vacaciones y horarios del actor se coordinaban por el departamento de Servicios Generales, adecuándose al de las horas de apertura de las oficinas bancarias. (Testimonio del Sr. Juan Enrique).

7°.- El actor realizaba los repartos con un vehículo de su propiedad y en concreto con una furgoneta Renault Master 2800 que fue adquirida por Caixa Manlleu en fecha 30 de octubre de 2007 por importe de 3.132 e IVA incluido. (Folios 166 y 168 y testimonio del Sr. Juan Enrique).

8°.- En fecha 19 de noviembre de 2007 la entonces denominada "Caixa Manlleu" y el actor suscribieron contrato laboral de carácter indefinido y a tiempo completo, siendo adscrito como personal de mantenimiento y conserjería con la categoría profesional nivel IV, grupo II, siguiendo realizando las mismas funciones que hasta ese momento. (Folios 1004 a 1005 de autos testimonio de los Sres. Arturo e Juan Enrique).

9°.- La Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu se fusionó en fecha 29 de junio de 2010 con la Caixa d'Estalvis de Sabadell i la Caixa d'Estalvis de Terrassa, creándose "La Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa" con fecha de inicio de la actividad el 1 de julio de 2010. El 26 de septiembre del 2011 se procedió a la segregación del negocio financiero de "La Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa" a favor de Unnim Banc S.A. Unipersonal pasando el actor, en cada momento, subrogado de una a otra y reconociéndosele la antigüedad de 19 de noviembre de 2007 sin que el actor planteara, a ninguna de ellas, reclamación en relación a dicha cuestión. (Hecho conforme y folios 135, 158 a 163 y 1009 a 1134).

10º.- En fecha 16 de octubre de 2012 se suscribió el acta final en el proceso de negociación para la reordenación de las condiciones laborales y reestructuración de plantilla del personal de Unnim Banc S.A., que se da en este punto por íntegramente reproducida, y que dio lugar al Acuerdo Colectivo de Reestructuración de fecha 24 de octubre del 2012 y en la que se acuerda por la representación de la empresa y la representación legal de los trabajadores, proceder a la reestructuración de la plantilla en dos fases y a través de diversas medidas. Entre las medidas de carácter voluntario que se fijan en la primera fase se establecían: prejubilaciones a las que se podían acoger el personal con al menos 53 años a 31 de diciembre de 2012 y una antigüedad mínima en la empresa de al menos 10 años y dimisiones voluntarias incentivadas a las que podían acogerse, exclusivamente, el personal con 50,51 y 52 años cumplidos a 31 de diciembre de 2012, así como el personal con 53 años o más años de edad al 31 de diciembre de 2012 que no reuniera los requisitos de antigüedad para acceder a la prejubilación. La indemnización fijada en este último supuesto era de 50 días por año de servicio, más 100.000 euros. (Hecho conforme y folios 981 a 998 y 1168 a 1182 y 1139 a 1157 de autos).

11º.- El día 5 de noviembre de 2012 el actor solicitó acogerse a la opción de prejubilación, manifestando adjuntar a la misma como anexos documentación acreditativa de la antigüedad a Caixa Manlleu/Unnim consistente en: carta a la atención de María Virtudes, certificado Juan Enrique como jefe de Recursos Humanos de Caixa Manlleu, la y últimas facturas como autónomo y fotografía del personal de la Caixa Manlleu del año 1995. (Folio 979 de autos).

12º.- En fecha 15 de noviembre del 2012 por parte de la Sra. Asunción en su condición de Directora del departamento de Recursos Humanos de Unnim Banc S.A., a través de correo electrónico se informa al actor que, después de estudiar su caso, no reúne los requisitos para adherirse a la opción de prejubilación establecida en dicho acuerdo y que la única opción a la que puede optar es la de Dimisión Voluntaria Incentivada. (Hecho conforme y 976 y 1159 de autos).

13º.- En esa misma comunicación se le indica que a pesar que el último día para adherirse a dicha opción finalizaba ese mismo día 15 de noviembre, en el caso del actor



se le alargaba el período para inscribirse a la Dimisión Voluntaria Incentivada hasta el 19 de noviembre de 2012 a las 15 horas. (Hecho conforme y folios 976 y 1159 de autos).

14°.- El actor dentro del plazo concedido al efecto solicitó acogerse a la medida de Dimisión Voluntaria Incentivada, siendo aceptada la misma por parte de la empresa. (Hecho conforme y folios 977 y 1161).

15°.- Sin embargo, no es hasta el 10 de mayo de 2013 que el actor y Unnim Banc SAU, proceden a formalizar la dimisión voluntaria incentivada, mediante la suscripción de un documento fechado el 2 de mayo de 2013, en el que constan, según su tenor literal, las siguientes manifestaciones y estipulaciones: (folios 978 y 1166 de autos).

#### "MANIFIESTAN:

1).- Que D. Patricio , en adelante trabajador, viene prestando servicios retribuidos por cuenta de Unnim desde el día 19 de noviembre de 2007, perteneciendo en la actualidad al Grupo Profesional Servicios Generales Nivel X y percibiendo una retribución bruta anual por todos los conceptos de 29.409,08 euros.

II).- Que ambas partes han decidido de mutuo acuerdo, rescindir el contrato de trabajo que les vincula, al amparo de lo establecido en el Art. 49.1 a) de la Ley E. T y en el marco del Acuerdo Colectivo de Reestructuración de fecha 24 de octubre de 2012, lo que someten a las siguientes

#### ESTIPULACIONES

PRIMERA. El contrato de trabajo que une a Unnim con el trabajador queda resuelto con fecha 15 de mayo de 2013 dándose por extinguida la relación laboral con Unnim a todos los efectos.

SEGUNDA. El trabajador percibirá en la nómina del mes de mayo de 2013 la cantidad de 3.797,50 €, en concepto de saldo y finiquito por extinción del contrato de trabajo. Además el trabajador percibirá en concepto de indemnización por los años de servicio prestados en Unnim, la cantidad de 122.118,90 euros brutos que le serán

abonados en la nómina del mes de mayo de 2013 a esta cantidad le serán aplicadas las retenciones legales correspondientes.

TERCERA. En consecuencia y una vez efectuados todos los descuentos y retenciones correspondientes, Unnim abonará al trabajador un importe líquido que asciende a 97.565,00 euros, mediante ingreso en la nómina del mes de mayo de 2013.

CUARTA Con el percibo de dicha cantidad, se consideran saldadas y finiquitadas todas las obligaciones que por cualquier clase de conceptos se derivaran o pudieran derivar de manera directa o indirecta y en concreto, sin carácter exhaustivo, en materia de beneficios sociales, en materia de pensiones, retribución variable, salario en especie, etc, de la relación laboral que le vincula con Unnim, declarando expresamente resuelta la misma, sirviendo el presente documento de saldo y finiquito, con renuncia expresa a cualesquiera acciones legales ante cualquier jurisdicción, contra cualquier empresa del Grupo BBVA, así como sus empleados y/o directivos".

El actor hizo constar junto a la firma y fecha de suscripción de dicho documento la expresión "no conforme".

16º.- La cantidad estipulada fue abonada junto a la nómina del mes de mayo del 2013, procediendo a aplicar a los conceptos abonados, incluida la indemnización, el 22,26 % de IRPF. (Hecho no controvertido y folio 1009 de autos).

17º.- En caso de estimación de la demanda la diferencia respecto a la indemnización establecida en dicho documento sería de 57.679,92 € (hecho conforme).

18º.- En fecha 23 de mayo de 2013 se produjo la fusión por absorción del BBVA de Unnim Banc S.A. y a la disolución de ésta última por integración en el BBVA, (hecho no controvertido y folios 1036 a 1137 de autos).

19º.- La parte actora dedujo papeleta de conciliación en fecha 7 de junio del 2013. El acto administrativo celebrado en fecha 25 de junio del 2013 al que compareciendo ambas partes concluyó con el resultado de "sin avenencia" (folio 19).»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de D. Patricio se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 3 de julio de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador Don Patricio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Granollers en fecha 31 de octubre de 2014 , recaída en el procedimiento 5042013, seguido en virtud de demanda formulada por el recurrente contra las empresas BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., y contra UNNIM BANC, S.A., y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL en reclamación de derechos del contrato de trabajo, debemos anular y anulamos la sentencia recurrida retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a ser dictada para que con entera libertad de criterio aborde las dos cuestiones que se señalan en el fundamento de derecho segundo antepenúltimo párrafo de esta resolución. Sin costas.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Letrado de la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social de fecha 11 de noviembre de 2014.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 11 de mayo de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de julio de 2016 (rec. 2333/2015).

Consta en dicha sentencia que el actor, como consecuencia del Acuerdo Colectivo de Reestructuración de 24-10-2012, de UNNIM BANC SAE, se acogió a la medida de dimisión voluntaria incentivada, que se formalizó el 10-05-2013 en un

documento fechado el 02-05-2013, en el que aparecía que el actor percibiría en la nómina del mes de mayo de 2013, 3.797, 50 euros en concepto de saldo y finiquito por extinción del contrato de trabajo y 122.118, 90 euros brutos en concepto de reclamación de cantidad en que solicitaba ser indemnizado con la cantidad de 57.679, 92 euros más sus intereses legales, en concepto de diferencias entre la percibida por despido (que le abonó BBVA) y la superior reclamada por entender que tenía mayor antigüedad.

2.- En instancia se estimó la excepción de inadecuación de procedimiento y de falta de acción respecto de la antigüedad postulada desde el 02-11-1993.

La Sala de suplicación anula la sentencia recurrida retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a ser dictada, por entender la Sala que pueden existir dudas sobre si en este caso concreto el trabajador debió interponer una demanda bajo la modalidad procesal de despido al no estar de acuerdo con la indemnización pactada con su entonces empresa UNNIM el 10-05-2013, que no se formalizó como un despido sino mediante un pacto de extinción por mutuo acuerdo de las partes, pero a pesar de ello, si no se estaba de acuerdo con la modalidad procesal entablada, debía acudir al procedimiento ordinario, máxime cuando su acción por un presunto despido no había caducado el 10-06-2013 cuando interpuso su demanda, debiendo haber advertido el juzgado en el sentido indicado en el art. 81.1 LRJS , para no causar indefensión a las partes, debiendo resolver sobre si su antigüedad a computar a efectos de indemnización por terminación de la relación laboral es desde el 02-11-1993 o desde el 19-11-2007 y posteriormente si el pacto suscrito el 10-05-2013 tiene valor liberatorio.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), por entender que debía haberse apreciado inadecuación de procedimiento cuando en el marco de un despido, el trabajador plantea, mediante un procedimiento de reclamación de cantidad, una discrepancia por una cuestión de fondo en relación con la indemnización percibida.

Designa como sentencia de contraste la sentencia dictada por esta Sala IV/TS de 11 de noviembre de 2014 (rcud. 3102/2013 ), en la que consta que el actor comenzó a prestar servicios el 15-02-2011 con una empleadora, pasando a prestar servicios en el mismo centro y desarrollando las mismas funciones en otra, siendo subrogado por

Telepizza SA que le reconoce una antigüedad de 16-10-2001, despidiendo al actor el 25-03-2011 reconociendo la improcedencia del despido y ofreciendo una indemnización de 45 días por año trabajado, suscribiendo el actor documento de liquidación y finiquito. En instancia se estimó la excepción de inadecuación de procedimiento y se desestimó la demanda, sentencia confirmada en suplicación y por esta Sala IV/TS, por entender que en aplicación de lo dispuesto en el art. 81.1 LRJS , ya no sólo son subsanables los defectos formales, sin que sea posible conforme al art. 102.2 que el órgano judicial decrete la nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al momento de presentación de la demanda, previéndose el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta este momento.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, (SSTS 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

3.- Entre las sentencias comparadas, ha de estimarse que no se aprecia la contradicción exigida por el art. 219 LRJS.

Si bien en ambos supuestos se trata de trabajadores que como consecuencia de la extinción de la relación laboral firmaron un recibo de saldo y finiquito, reclamando por el proceso ordinario de reclamación de cantidad diferencias de indemnización conforme a una antigüedad que entienden es superior, a los que en instancia se admitió la excepción de inadecuación de procedimiento por entender que debían haber planteado demanda por despido, no puede obviarse por su trascendencia, que en el supuesto de la sentencia recurrida no se está en presencia de un despido considerado improcedente por la empresa, como ocurre en el supuesto de la sentencia de contraste, sino de una extinción indemnizada como consecuencia de la suscripción voluntaria del trabajador a las medidas acordadas en un pacto o acuerdo colectivo.

Y el hecho de que cada uno de los asuntos comparados, dimanen de un tipo de extinción distinta, justifica las discrepancias sobre cuál sea el proceso adecuado, si el de despido o el de reclamación de cantidad, y que no puedan tener la misma solución, pues en el caso de la sentencia recurrida es claro que no nos encontramos ante un supuesto de despido, a diferencia de la sentencia de contraste. La solución que se impone, como hemos adelantado, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, es la de desestimar el presente recurso de casación unificadora, que pudo haberse inadmitido en su momento, porque -insistimos- carece del requisito de la contradicción exigido en el art. 219 de la LRJS. Con costas y pérdida del depósito constituido para recurrir. (Art. 235 LRJS).

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Alfredo Aspra Rodríguez en nombre y representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA contra la sentencia dictada en fecha 3 de julio de 2015 (R. 2333/15) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Granollers, de fecha 31 de octubre de 2014 (autos 504/13), en autos seguidos a instancia de DON Patricio contra las empresas UNNIM BANC SAU,

BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA Y FOGASA. 2) Confirmar, por falta de contradicción, la sentencia impugnada. Con costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 1600/2015**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 28 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Madrid dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimando la excepción de prescripción invocada, y, estimando la demanda interpuesta por D. Juan Alberto, Da Ángela , D. Anselmo, D. Baltasar , D. Bruno , Dª Celestina , D. Cristóbal, Dª Elvira, Dª Eulalia , D. Eulalio, D. Felipe , Dª Jacinta , Dª Lucía, Dª Milagrosa, Dª Penélope, Dª Sacramento, Dª Tarsila, D. Marcelino , y, D. Moisés , contra MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, en reclamación de cantidad, debo condenar y condeno a la Administración demandada, a abonar a los actores, la cantidad que para cada uno de ellos se relaciona, por los conceptos y periodos indicados:

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Los demandantes, han prestado servicios para el demandado MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, con la antigüedad, categoría profesional, salario mensual, que para cada uno de ellos se relaciona, sin inclusión del concepto "Trienios", ni de la parte proporcional de pagas extraordinarias, (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte actora y doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada).

SEGUNDO.- Los demandantes prestan servicios en la Embajada de España ante la Santa Sede, los nueve primeros; en la Embajada de España en Roma, del décimo al decimoséptimo; y, en el Consulado de España en Roma, los dos últimos. En el contrato suscrito por cada uno de los actores, consta la retribución anual a abonar a cada uno de ellos, haciéndose expresa referencia a que dicha retribución, lo era "por todos los conceptos incluidas las pagas extraordinarias", estableciéndose también que a los demandantes les sería de aplicación "la legislación italiana y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre funcionamiento interno de las Representaciones relacionadas con su actividad" (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte actora y doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada).

TERCERO.- Por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se han dictado sentencias: el 27-10-2003 (Rec. 2.206/03 ), 29-6-2005 (Rec. 1448/05 ), 28-11-2005 (Rec. 3335/05 ), 11-9- 2006 (Rec. 1770/06 ), 9-10-2006 (Rec. 2048/06 ), 6-11-2006 (Rec. 3025/06 ), 27-11-2007 (Rec.1718/07 ), 23-4-2012 (Rec. 3126/11 ), respecto de los recurso interpuestos, en procedimientos seguidos, entre otros, a instancia de los demandantes, contra la Administración demandada, en reclamaciones idénticas a la presente, si bien referidas a otros períodos, habiéndose reconocido en las mismas, el derecho del personal de las Embajadas y Consulados, con sede en Italia, a percibir la denominada decimotercera paga, prevista en el art. 25 de la Disciplina Italiana de 26-12000 (doc. nº 5 del ramo de prueba de la parte actora).

CUARTO.- La relación laboral entre las partes se rige por el Código Civil Italiano. Respecto de la "Disciplina para las Relaciones Laborales de los Empleados de Embajadas, Consulados, Legaciones, Institutos Culturales y Organismos Internacionales" en Italia, de 11-4-2007 y de 12-10-2011, cuyo contenido se da aquí por reproducido, sin que conste la adhesión de la Embajada de España a la aplicación de dicha normativa (doc. nº 2 y nº 3 del ramo de prueba de la parte actora y doc. nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada). El art. 25 de la citada normativa, respectivamente, dispone que antes del día 20 del mes de Junio y del día 20 del mes de Diciembre "se pagará a los trabajadores una mensualidad de la retribución normal en ser ( art. 4), con exclusión de los subsidios familiares". El artículo 2.948 del Código Civil Italiano, fija una prescripción de cinco años para los intereses y, en general para todo



aquello que debe pagarse periódicamente en años o términos más breves (doc. 9 del ramo de prueba de la parte actora).

QUINTO.- En interpretación de dichas normas se ha pronunciado el Juzgado de Nápoles-Sección de lo Social-, en sentencia de 15-1-2009, dictada en la causa registrada con el nº 8381/06, seguida a instancia Da Agustina contra el Consulado General de España en Nápoles, cuyo contenido se da aquí por reproducido, significándose en la misma, entre otros aspectos, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Casación se ha pronunciado en el sentido de señalar que "a los convenios colectivos de Derecho común, no declarados aplicables erga omnes por la Ley nº 741/1959, por su naturaleza de simples actos de naturaleza contractual, y en aplicación de libertad sindical establecida en el art. 39 de la Constitución , debe reconocerse una aplicabilidad vinculante limitada a las relaciones individuales establecidas por los afiliados a las asociaciones sindicales firmantes o por aquellos que hayan expresado explícitamente su adhesión o implícitamente pero los hayan aceptado claramente mediante comportamientos concluyentes" (doc. nº 6 del ramo de prueba de la parte demandada).

SEXTO.- En el año 2010 y en 2011, la Administración demandada, ha abonado a los actores, las cantidades anuales que constan en los Certificados aportados, cuyo contenido se da aquí por reproducido, correspondiente a doce mensualidades y dos pagas extraordinarias, en cuantía cada una de ellas, coincidente con el importe del sueldo mensual que percibe cada uno de los ellos, sin inclusión de trienios, abonadas respectivamente, en los meses de Junio y Diciembre de cada año (doc. nº 2 del ramo de prueba de la parte demandada).

SÉPTIMO.- Con fecha 7-3-2012, los demandantes presentaron reclamación previa, en solicitud de las cantidades salariales que consta en el hecho séptimo de la demanda, relativas a los años 2010 y 2011, habiéndose dictado resolución el 3-5-2012, desestimatoria de la misma, interponiéndose con posterioridad, el 7-6-2012, demanda ante la Delegación del Decanato de los juzgados de lo Social de Madrid.»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos

desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, contra la sentencia de fecha 28/11/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 660/2012, seguidos a instancia de D. Cristóbal, y otros frente a MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia de instancia. Se condena en costas a la parte recurrente, entre las que se incluyen los honorarios del Letrado de la parte que impugnó el recurso, en cuantía de 300 Euros.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 22 de diciembre de 2014, recurso nº 3257/2012, denunciando la infracción del art. 281.2 de la LEC.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 9 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Según consta en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente resolución y dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de los de Madrid en fecha 28 de noviembre de 2013 , los demandantes, en las condiciones que se especifican en el ordinal primero de aquel relato, suscribieron sus contratos expresando que las retribuciones lo eran "por todos los conceptos incluidas las pagas extraordinarias",

estableciéndose también que les sería de aplicación "la legislación italiana y las normas que dicte el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre funcionamiento interno de las Representaciones relacionadas con su actividad". La relación laboral de los empleados de las Embajadas y Consulados con sede en Italia está regulada por la denominada "Disciplina para las relaciones laborales de los empleados de Embajadas, Consulados, Delegaciones, Institutos Culturales y Organismos Internacionales en Italia", de 11 de abril de 2007, cuyo art. 25 regula las llamadas "Decimotercera" y "Decimocuarta" mensualidad, concretada aquella primera en el derecho a cobrar la misma antes del 20 de junio de cada año. El personal laboral de la Administración española en Italia y Santa Sede ha venido percibiendo 13 pagas, 12 ordinarias más la establecida en el art. 25 de la mencionada "Disciplina" italiana para el mes de diciembre; sin embargo, la correspondiente al mes de junio no se devengaba y los trabajadores pleitearon el caso en los tribunales laborales españoles, reconociéndoles diversas sentencias el derecho del personal de las Embajadas y Consulados, con sede en Italia, a percibir la denominada "decimotercera paga", prevista en el art. 25 de la "Disciplina" italiana de 26 de enero de 2000, al considerar de aplicación dicha normativa.

2. Los actores reclamaron en la demanda rectora del presente procedimiento las cuantías correspondientes a la mensualidad de junio no percibida durante los años 2008 a 2012, ambos inclusive, argumentando que existían diversas sentencias del TSJ de Madrid que reconocieron la aplicación de la "Disciplina" italiana y, por ende, la referida paga reclamada. La sentencia de instancia, tras rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Ministerio demandado, le condena al abono de las cantidades indicadas para cada uno de los trabajadores.

3. Recurrida en suplicación, la sentencia que es ahora objeto del presente recurso de casación unificadora ( STS Madrid 26-2-2015, R. 809/14 ) confirma la del Juzgado y, después de entender debidamente acreditado el contenido y vigencia del derecho extranjero de aplicación (art. 25 de la "Disciplina" de fecha 11-4-2007 y la de 12-10-2011 que, según dice, "renueva la anterior"), relativo a la "decimotercera y decimocuarta mensualidad", seguidamente resuelve el fondo del asunto aplicando el efecto positivo de la cosa juzgada en razón a que la propia Sala de Madrid, en reclamaciones idénticas a la presente, aunque referidas a distintas anualidades, tiene

reconocido el derecho del personal de embajadas y consulados, con sede en Italia, a percibir la paga reclamada, prevista en el art. 25 de la mencionada "Disciplina".

SEGUNDO.- 1. El recurso de casación para la unificación de doctrina que se interpone ahora por el Ministerio demandado denuncia la infracción del art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "en relación con la jurisprudencia", citando únicamente al respecto, y transcribiéndola en parte, la sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 (R. 3257/12), que es también la invocada de contraste.

En su epígrafe III, que el recurso denomina "Relación precisa y circunstanciada de la contradicción", y delimitando "la cuestión que se somete a la decisión unificadora de la Sala" (apartado "A"), el recurrente sostiene -literalmente- que "la cuestión casacional que aquí se plantea consiste en determinar si los trabajadores al servicio de representaciones diplomáticas o consulares de España tienen derecho a percibir el importe del vale comida contemplado en la denominada <<Disciplina...>>, ya que no ha quedado acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable puesto que la Disciplina no cuenta con la adhesión del Reino de España". Posteriormente, en el apartado "D.1-a)" del mismo epígrafe III, que el recurrente titula como "Contradicción de la sentencia recurrida y la de contraste", afirma igualmente que -también de modo literal- "la cuestión litigiosa de fondo era sustancialmente la misma, a saber si el personal que presta servicios en las representaciones diplomática (sic) y consulares de España en Italia tiene o no derecho a percibir el importe del vale comida conforme a la Disciplina".

2. Pues bien, basta con transcribir la respuesta que la sentencia recurrida otorga al segundo de los motivos de suplicación articulados entonces por el Ministerio de Asuntos Exteriores ("El segundo, al amparo del artículo 191, apartado c) de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, por infracción del artículo 2955 del Código Civil italiano, y para efectuar alegaciones sobre percepción del "vale comida", pretensión que no es la que se recoge en la demanda rectora de las actuaciones, por lo que el motivo se desestima": antepenúltimo párrafo del FJ Único de la sentencia impugnada) para advertir con claridad, como denuncia el Ministerio Fiscal, en primer lugar, que el recurso carece de la relación precisa y circunstanciada de la contradicción, tal como

requieren los arts. 221-2-a ) y 224-1 de la LRJS , en la reiterada interpretación de esta Sala (por todas, SSTS4ª 3-12-2013, R. 549/12 , 18- 12-2014, R. 2810/12 , o 21-2-2017, R. 3728/15 ), porque, en lugar de efectuar un análisis comparativo de los hechos, las pretensiones y los fundamentos de las sentencias comparadas, se limita, sin más explicaciones, tal como hemos puesto de relieve más arriba, a describir una reclamación, referida a los "vales de comida", que, según acabamos de destacar, no formaba parte de la demanda rectora de las presentes actuaciones.

TERCERO.- 1. Pero es que, además, no concurre el requisito de la contradicción que exige el art. 219 LRJS. En efecto, la sentencia de contraste, aun sin mencionar la doctrina unificada a partir de nuestra sentencia de Pleno de 4-11-2004 (R. 2652/2003 ) que rectificó la tesis anterior, al confirmar la resolución allí recurrida y desestimar la pretensión referida a los vales de comida, lo hace, según explica, porque se ignoraba que el Estado español fuera el sujeto obligado por el precepto que instauraba ese instrumento (el "vale comida") - literalmente-, "ya que no se nos ha acreditado la adhesión de la empleadora pues no estamos en presencia de una norma de rango legal o supra legal (Convenio Internacional), de imperativa aplicación o al territorio o a los sujetos a los que rige sino ante un convenio colectivo cuya eficacia en cuanto a los sujetos obligados difiere entre los países miembros de la comunidad europea ... [y] la legislación española no es en modo alguno aplicable, ni cabe el espiguelo de legislaciones, [por lo cual] no es posible partir de una presunción de eficacia erga omnes para el convenio italiano y exigir que la demandada acredite lo contrario. Es la parte actora a quien incumbe demostrar, no solo la existencia del precepto que reconoce el derecho al vale de comida, lo que no ha hecho, sino también la norma en la que se reconoce eficacia erga omnes al convenio o en su defecto, la adhesión de la demandada" (FJ 3º STS4ª 22-12-2014 , contraste).

2. Por el contrario, la sentencia impugnada, sin discrepar -y sin citar- de modo expreso de la doctrina unificada en la precitada sentencia de 4-11-2004 , pero a la vista de su propio y reiterado criterio -que menciona de manera detallada- en torno a las repetidas "decimotercera y decimocuarta" pagas, aunque referidas a períodos anteriores, aplica el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada y, por razones de seguridad

jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley (arts. 9.3 y 14 CE), mantiene aquella misma pauta.

3. Nos parece claro pues, que el objeto de la pretensión y la fundamentación empleada, tanto por los demandantes como por las sentencias sometidas al juicio de identidad, son sustancialmente diferentes en uno y otro proceso.

4. En definitiva, el recurso, que pudo haberse inadmitido en su momento, debe ser ahora desestimado, de conformidad con lo que al respecto sostienen tanto los recurridos en su escrito de impugnación como el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, por carecer de la necesaria relación precisa y circunstanciada de la contradicción, y de la contradicción misma ya que no coinciden las pretensiones ejercitadas en ambos procesos ni tampoco los fundamentos que las sustentan ni los empleados para su respectiva resolución. Con costas (art. 235.1 LRJS).

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de MINISTERIOS DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 809/2014 , iniciados en el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Madrid, en autos nº 660/2012, a instancias de D. Juan Alberto, D<sup>a</sup> Ángela, D. Anselmo, D. Baltasar, D. Bruno, D<sup>a</sup> Celestina , D. Cristóbal, D<sup>a</sup> Elvira , D<sup>a</sup> Eulalia, D. Eulalio, D. Felipe, D<sup>a</sup> Jacinta, D<sup>a</sup> Lucía, D<sup>a</sup> Milagrosa, D<sup>a</sup> Penélope, D<sup>a</sup> Sacramento, D<sup>a</sup> Tarsila, D. Marcelino, y D. Moisés. Se condena en costas al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del letrado de la parte actora, impugnante del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**23-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2017**  
**Número Recurso: 490/2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Con fecha 17 de febrero de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que, desestimando las dos excepciones opuestas de modificación sustancial de la demanda y falta de conciliación previa y estimando la demanda promovida por Doña Noemí frente a la empresa Ediciones El País SL, siendo parte el Comité Intercentros de Ediciones El País SL, declaro la improcedencia de la comunicación extintiva del contrato de trabajo de la demandante de fecha 12-11-2012 y condeno a la empresa demandada a optar, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente Sentencia, entre su readmisión con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia o la extinción del contrato de trabajo con el abono de la suma de 326.046,84 euros en concepto de indemnización. Se tiene por desistida a la actora de la demanda frente a PRISA. En el caso de que la empresa demandada Ediciones El País SL no efectúe opción expresa en los términos antedichos, se entenderá que opta por la readmisión de la demandante. En caso de opción por la readmisión, la empresa deberá proceder al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia a razón de 274,08 euros diarios y la demandante habrá de devolver la indemnización percibida, una vez que esta sentencia sea firme y la readmisión efectiva. En caso de optar la empresa por la extinción, procederá la compensación de la cantidad anteriormente abonada/ consignada a favor de la actora que ascendió a la suma de 113.083 euros, y su deducción de la indemnización fijada en esta sentencia».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1º.- La demandante, Doña Noemí, ha prestado servicios para la demandada, Ediciones El País SL, desde el 1/4/1986, a jornada completa, con la categoría profesional de Jefe de Sección y con un salario anual bruto de 100.040,05 euros con prorrata de pagas extras.

2º.- Ediciones El País SL inició periodo de consultas con la representación de los trabajadores dirigida a tramitar un despido colectivo de hasta un máximo de 149 despidos, que terminó en fecha 8 de noviembre de 2012 sin acuerdo. La empresa comunicó el despido a 129 trabajadores, entre los que estaba la actora, por causas económicas y organizativas y con concreción de criterios de selección, que constan en el punto 13 de la solicitud del despido colectivo ante la DGT.

3º.- En fecha 5/12/2012 se presentó demanda frente al despido colectivo por parte de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y por el Comité Intercentros de Ediciones El País, SL ante la Sala Social de la Audiencia Nacional. En dicha demanda se solicitaba la nulidad del despido colectivo o subsidiariamente la improcedencia, alegando, entre otros, los siguientes motivos de impugnación: no se ha negociado de buena fe al no respetarse lo previsto en el Convenio Colectivo (Disposición Adicional 2a y Anexo II. Protocolo de Acuerdo sobre Renovación Tecnológica, suscrito 10 meses antes del ERE extintivo) y se vulneran dos pactos colectivos con valor de convenio (uno como final a la huelga de todo el Grupo PRISA de 2011 y uno anterior de subrogación de 2009).

4º.- En diciembre de 2012 los representantes de trabajadores -Comité Intercentros de Ediciones El País SL- y la empresa iniciaron negociaciones y llegaron a un preacuerdo, previo a la vista del juicio oral, que los representantes sometieron a Asamblea de trabajadores y aquella votó, aceptando el preacuerdo. Antes de la celebración del Juicio Oral ante la Audiencia Nacional, se alcanzó un Acuerdo conciliatorio en fecha 14 de enero de 2013, cuyo contenido es el que se transcribe en lo esencial, remitiéndonos al texto en integridad en la documental:

'Primero.- Las partes reconocen la existencia, actualmente, de las causas económicas, productivas y organizativas alegadas por la empresa.



Segundo.- Con el fin de reducir el impacto en el número de trabajadores afectados por el despido de manera forzosa, se acuerda abrir un plazo de adscripción voluntaria durante los siete días siguientes a la firma del presente acuerdo a las medidas que se detallan en el apartado tercero. Dicho procedimiento de Adscripción Voluntaria se regirá por las siguientes reglas: (cuestiones sobre elección del personal adscrito voluntariamente).

En tercer lugar, se describen las consecuencias del despido colectivo dependiendo de los años del trabajador (trabajadores con 58 años y el resto). Para el resto de trabajadores se acuerda una indemnización de 38 días por año trabajado como máximo 24 mensualidades. 'Adicionalmente se abonará una indemnización complementaria equivalente a la mitad del salario mensual fijo del trabajador en la fecha de extinción del contrato'; se establece tope de suma de indemnizaciones. La empresa abonó las indemnizaciones a los trabajadores despedidos, siempre que no pusieran tachas al documento de finiquito e indemnización; y negó el pago a los que pretendían firmar con no conformidad.

5º.- Se instó la ejecución del acuerdo de conciliación por los representantes de los trabajadores, ante el condicionante opuesto por la empresa y se resolvió mediante Auto de la Audiencia Nacional de fecha 30 de mayo de 2013, que estimó parcialmente la demanda de ejecución requiriendo a la demandada a que abone lo pactado en conciliación siempre que estos demandantes lo reciban sin tachas; y en el caso de que pretendan plantear disconformidad la empresa deberá consignar las cantidades pactadas. En ejecución del Acta de Conciliación, al no querer la actora suscribir documento de conformidad, la empresa procedió a consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones de la Audiencia Nacional la cantidad de 113.083 euros.

6º.- La demandante recibió carta de comunicación de la extinción de su contrato de trabajo en fecha 12 de noviembre de 2012, como consecuencia del despido colectivo basado en causas económicas, organizativas y productivas, que obra en autos al haber sido adjuntada con la demanda y se da por reproducida en aras a la brevedad.

7º.- En fecha 22 de noviembre de 2011 se firmó el acta final de la negociación del I Convenio Colectivo de Ediciones El País, SL (2011-2013), en cuyo artículo 3 se

disponía la distribución del salario: 'Para toda la plantilla, a partir del 1 de enero de 2012, el salario se abonará en 14 pagas iguales: 12 pagas ordinarias y dos extraordinarias en junio y diciembre. Además, en 2012, a efectos de liquidar el anterior sistema, el personal procedente de Diario El País con 16 pagas anuales, percibirá la paga de marzo correspondiente al ejercicio 2011 antes del 20 de marzo de 2012'.

Y en la cláusula 11 denominada Estabilidad en el Empleo (Disposición adicional del Convenio publicado, disposición adicional 29 se dispone:

#### 11.- Estabilidad del empleo.

Conscientes de la especial situación económica que se vive en estos momentos, las partes entienden que es una prioridad la defensa del empleo en la empresa, por lo que se comprometen a trabajar con el fin de mantener la mayor estabilidad posible del mismo. En particular, y durante el tiempo de vigencia pactada para el presente convenio colectivo, se establecen los siguientes criterios de actuación:

a) En el caso de ser necesarias medidas de reajuste de plantillas, éstas se realizarán a través de las vías legalmente previstas, pero en todo caso con la apertura previa de un período de negociación con la representación de los trabajadores en el que se debatirán las soluciones que permitan minimizar el impacto en el empleo de las medidas que se adopten.

a) Las reestructuraciones colectivas de plantilla que puedan ser necesarias se abordarán dando particular importancia a las medidas no extintivas de contratos, tales como suspensiones de contratos, reducciones de jornada, movilidad geográfica y funcional, etc., sin perjuicio de los acuerdos individuales que puedan alcanzarse entre la empresa y el trabajador.

b) Las entidades promoverán la formación de sus empleados con el objeto de que puedan realizar tareas distintas de las que habitualmente han venido desarrollando, con el fin de facilitar' la movilidad y readaptación en caso de producirse reestructuraciones de plantilla.

c) La Comisión Paritaria y el Comité de Empresa conocerá de la evolución del empleo en la empresa.

8º.- En fecha 27 de febrero de 2009 se pactó un acuerdo de garantías de subrogación para los trabajadores que, pertenecientes a la plantilla de Diario El País, SL, que han pasado o pasarán a integrarse en cada una de dichas sociedades (Agrupación de Servicios de Internet y Prensa AIE, Ediciones El País, SL, Pressprint, SL y Box News Publicidad SL), se remite a que las empresas se subrogarán en todos los derechos y obligaciones que afecten al colectivo trasferido...con reconocimiento de las actuales condiciones laborales.

'Diario El País SL garantiza a los trabajadores afectados por la subrogación empresarial, que mientras exista la cabecera de El País, ya sea en papel, digital o cualquier otro soporte, el producto será realizado por al menos dichos trabajadores en las condiciones establecidas contractualmente entre las empresas resultantes. Estos trabajadores podrán realizar tareas para otros productos contratados por las sociedades antes indicadas'.

9º.- El pacto fin de Huelga de 20 de mayo de 2011, ratificado en posterior pacto con las distintas representaciones de los trabajadores de fecha 14-6-2011, entre las Empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del 'Grupo PRISA' y la representación de los trabajadores (Comité de Huelga de todas ellas), puso de manifiesto entre otras cuestiones previas, ' Cuarto: 'Los firmantes consideran oportuna la conveniencia de establecer líneas básicas, principios orientadores, criterios de referencia y, en su caso mínimos con el fin de que sirvan de guía sobre los procesos que se desarrolle en las distintas Unidades Empresariales, desde el más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos por las representaciones legales de los trabajadores, y de las facultades de interpretación, seguimiento, control y verificación que corresponden a la Comisión de Seguimiento que ambas partes acuerdan constituir'; y Acuerdan que en caso de necesidad se comprometen a acometer proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo a través de cauces de diálogo y negociación, con plena observancia de los principios de buena fe, eficacia y legalidad. Segundo: constituirá un elemento prioritario

y previo, para cualquier supuesto de extinción colectiva de contratos de trabajo, la obligación empresarial de definir, concretar y causalizar la existencia y necesidad de los posibles excedentes laborales, tal como está previsto en la legislación laboral española. Cuarto.- Ambas partes convienen en establecer como método regulador de baja indemnizada, a los efectos de desvinculaciones, los siguientes criterios: las desvinculaciones se cubrirán acudiendo, previamente, a los procesos de voluntariedad comprometidos en el punto anterior. Se acuerda establecer como módulo indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades. Se podrán establecer factores correctores o variabilidad en cada unidad empresarial... Otro capítulo referido a 'Medidas de mantenimiento de empleo' (colaboración entre empresas, concentración de servicios etc.) Y los procedimientos de externalización deben acreditar su utilidad y eficacia ante la comisión de seguimiento. Se establece que la vigencia de aplicación y desarrollo de este Acuerdo sea hasta la finalización de los compromisos adquiridos'.

10º.- Con fecha 8 de enero de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Procedimiento de despido colectivo nº 73/2012, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y de Da Hortensia , D. Juan Enrique , D. Amadeo (como integrantes de la Comisión 'ad hoc' elegida en el Expediente de Regulación de Empleo), contra Promotora de Informaciones S.A., Prisa Brand Solutions S.L., y Estructura Grupo de Estudios Económicos S.A., en la que consta el siguiente fallo: 'Que debemos estimar y estimamos en parte, la demanda formulada por el Sr. Letrado D. Ramón Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de Dª Hortensia , D. Juan Enrique , D. Amadeo y Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, contra Promotora de Informaciones, S.A. (PRISA), Prisa Brand Solutions S.L., Estructura Grupo de Estudios Económicos, S.A., se declara no ajustada a derecho la decisión extintiva, cuyas consecuencias jurídicas y condiciones en materia indemnizatoria deben ser las contenidas en los Pactos de fechas 20 de mayo de 2011 y 14 de junio de 2011: abono de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año; y debemos condenar y condenamos a Promotora de Informaciones S.A. (PRISA) a estar y pasar por

esta declaración así como a todas las consecuencias que de ello se deriven'. Por sentencia de la Sala Social del TS de fecha 30-10-2013 (Recurso de Casación ordinaria nº 47/2013) se desestimó el recurso de casación interpuesto por PRISA, confirmando la sentencia recurrida.

11º.- Por sentencia del TSJM de fecha 30-12-2013, dictada al resolver recurso de suplicación nº 1935/2013, en procedimiento de despido individual promovido por EDICIONES EL PAÍS SL, contra la sentencia de fecha, 16/04/2013 dictada por el Juzgado. de lo Social nº 18 de Madrid en sus autos Despido nº 57/2013, seguidos a instancia de D./ Federico frente a Ediciones El País, SL, Comité de Empresa de Ediciones El País, SL y Comité Intercentros de Empresa de Edición El País, siendo la sentencia de instancia estimatoria del despido improcedente, recayó el siguiente Fallo: 'Estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por Ediciones El País, S.L. contra la sentencia nº 190/13 de fecha 16 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid en autos 57/13 seguidos a instancia de D. Federico debemos revocar y revocamos parcialmente la citada resolución, declarando la procedencia del despido acordado por la empresa el día 30 de noviembre de 2012 al amparo del art. 51.1 del ET por despido colectivo, confirmándose el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia. Sin costas y con devolución al recurrente del depósito, dándose a la consignación el destino legal'. No consta la firmeza de dicha sentencia.

12º.- La demandante no ha ostentado la cualidad de representante legal ni sindical de los trabajadores en el último año anterior a la notificación de la extinción de su contrato de trabajo.

13º.- En fecha 5-12-2012 se presentó por la actora la papeleta de conciliación por despido ante el SMAC y se celebró el acto de conciliación previa con la empresa Ediciones El País SL en fecha 26-12-2012 sin avenencia».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de noviembre de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por Ediciones El País, S.L. ,

contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de los de Madrid, de fecha diecisiete de febrero de dos mil catorce , en virtud de demanda formulada por Doña Noemí contra Ediciones El País, S.L., el Comité Intercentros de Edición del País, (D. Víctor , Dña. Mari Jose , D. Luis Manuel , Dña. Almudena , D. Pedro Jesús , D. Alfredo, Dña. Catalina , Dña. Eloísa, D. Carlos , Dña. Gracia , Dña. Lorena , D. Enrique, D. Fernando y Doña Penélope), en reclamación de despido, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia; y con estimación en parte de la demanda formulada, declaramos la procedencia del despido y condenamos a la demandada, Ediciones El País, SL, a abonar a la actora la suma 76.917 € en concepto de diferencias por la indemnización por despido, salvo que la empresa acredite su pago, en todo o en parte».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la representación Letrada de Doña Noemí, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 5-mayo-2014 (rec. 135/2014). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 3.1.b), 3.5 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 28.1 y 37 de la Constitución Española (CE) y 8.2 y 24.1 del Real Decreto- Ley 17/77 de 4 de marzo.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 17 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 22 de marzo de 2017. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se estimó su debate por la Sala en Pleno, suspendiéndose dicho señalamiento y convocándose a todos para pleno el 19 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar. En dicho acto, el Magistrado Ponente señaló que no compartía la decisión

mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

##### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

Al igual que en otros asuntos deliberados en esta misma fecha (rec. 279/2016; rec. 379/2016, rec. 280/2016, rec. 286/2016 y rec. 490/2016) se discute acerca de la indemnización que corresponde a quien ha visto extinguido su contrato de trabajo en el marco de un despido colectivo. Finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y adoptada la decisión de despedir, sin embargo, luego se alcanza un pacto ante la Audiencia Nacional, debidamente homologado. La indemnización recogida en esta transacción es menor a la plasmada en un anterior acuerdo que puso fin a la huelga desarrollada en el grupo empresarial (Prisa) al que pertenece la empleadora que despide (El País).

Adelantada la esencia del litigio, para su adecuado análisis resulta imprescindible comenzar recapitulando los datos relevantes de que se parte.

##### 1. Los Acuerdos de febrero de 2009.

El 27 de febrero de 2009 se suscribe un Acuerdo de garantías de subrogación para los trabajadores que, pertenecientes a la plantilla de Diario El País, SL, pasen a integrarse en otras sociedades del Grupo Prisa (Agrupación de Servicios de Internet y Prensa AJE, Ediciones El País, SL, Pressprint, SL y Box News Publicidad SL). Conforme al mismo:

"Diario El País SL garantiza a los trabajadores afectados por la subrogación empresarial, que mientras exista la cabecera de El País, ya sea en papel, digital o cualquier otro soporte, el producto será realizado por al menos dichos trabajadores en las condiciones establecidas contractualmente entre las empresas resultantes. Estos trabajadores podrán realizar tareas para otros productos contratados por las sociedades antes indicadas." (doc. n° 3 de la demandante, al que nos remitimos)".

##### 2. Los pactos de fin de huelga de mayo de 2011.

Los días 20 de mayo y 14 de junio de 2011, en el contexto de una convocatoria de huelga, se alcanzaron sendos acuerdos, el primero entre el empresario y los representantes de los trabajadores (sindicatos UGT y CCOO, así como los comités de huelga); el segundo entre el empresario y los citados sindicatos. El 20 de mayo de 2011 se suscribe un pacto de fin de huelga entre las Empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del "Grupo PRISA" y la representación de los trabajadores. En él se recoge la siguiente motivación:

Los firmantes consideran oportuna la conveniencia de establecer líneas básicas, principios orientadores, criterios de referencia y, en su caso mínimos con el fin de que sirvan de guía sobre los procesos que se desarrolle en las distintas Unidades Empresariales, desde el más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos por las representaciones legales de los trabajadores, y de las facultades de interpretación, seguimiento, control y verificación que corresponden a la Comisión de Seguimiento que ambas partes acuerdan constituir"

Como contenido propio del Acuerdo, en el supuesto de eventuales reestructuraciones, para las " desvinculaciones " se fija como módulo indemnizatorio " de referencia " el abono de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades, si bien se podrán establecer factores correctores o variabilidad en cada unidad empresarial.

### 3. El Convenio colectivo de diciembre de 2011.

En el BOE de 3 de febrero de 2012 se publica el I Convenio Colectivo de Ediciones El País, SL (código de Convenio número: 90100652012012), suscrito con fecha 1 de diciembre de 2011 y con vigencia " desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013 con independencia de la fecha de su publicación " (art. 4º).

Su Disposición Adicional Segunda establece unos criterios de actuación respecto de la "estabilidad en el empleo". Conforme al primero de ellos En el caso de ser necesarias medidas de reajuste de plantillas, éstas se realizarán a través de las vías legalmente previstas, pero en todo caso con la apertura previa de un período de negociación con la representación de los trabajadores en el que se debatirán las



soluciones que permitan minimizar el impacto en el empleo de las medidas que se adopten.

En la Disposición Adicional Primera, sobre Comisión Paritaria, se regula su intervención cuando concurren los presupuestos legalmente previstos en el artículo 82.3 del ET, en el procedimiento de inaplicación temporal de las cláusulas salariales del presente convenio colectivo, si en el indicado procedimiento de consulta y negociación previa no se ha alcanzado acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores y la empresa.

#### 4. El despido colectivo de noviembre de 2012.

A) El 8 de noviembre de 2012 finaliza sin acuerdo el periodo de consultas abierto por la empleadora para reducir su plantilla y acto seguido comunica el despido a 129 trabajadores.

B) Con fecha 5 de diciembre de 2012 la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y el Comité Intercentros de Ediciones El País presentan demanda de despido colectivo. Alegan que no se ha respetado ni los Acuerdos de 2009 y 2011 ni el convenio colectivo.

C) En ese contexto se produce el despido de la trabajadora demandante, que recibe escrito comunicándoselo con fecha 12 de noviembre de 2012.

D) Después de interponerse la demanda de despido colectivo, se inician negociaciones que culminan en un preacuerdo que los representantes someten a asamblea de trabajadores; se vota aceptando el preacuerdo.

Con fecha 14 de enero de 2013, antes de la celebración del juicio oral, las partes alcanzan Acuerdo conciliatorio ante la Audiencia Nacional. Sobre él interesa realizar alguna reflexión.

#### 5. El Acuerdo ante la Audiencia Nacional.

El Acuerdo mediante el que se pone término al procedimiento de despido colectivo prevé que los trabajadores de menos de 58 años perciban una indemnización

de 38 días por año trabajado (como máximo 24 mensualidades), más la mitad del salario mensual fijo del trabajador en la fecha de extinción del contrato.

Es preciso examinar en primer lugar la legitimación para interponer la demanda frente al despido colectivo. El artículo 124.1 LRJS faculta por igual a los representantes legales de los trabajadores y a los representantes sindicales, siempre que éstos cuenten con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. En nuestro caso asumió la representación el Comité Intercentros y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras con el elemento sobreañadido de que el preacuerdo inicial fue sometido a votación en asamblea entre todos los trabajadores a quienes afectaba.

No se ha discutido el grado de implantación de la central sindical lo que viene a salvar que el Comité Intercentros no tenga atribuida por Convenio Colectivo (BOE de 3 de febrero de 2012), la capacidad para representar a los trabajadores en el ejercicio de acciones y reclamaciones al venir atribuida a los Comités de centro (art. 56. 1. f del citado convenio).

Nos hallamos ante un supuesto de representación legalmente atribuida, por tanto, ya que se ajusta a las exigencias del artículo 124.1 LRJS. Eso implica que pueda desempeñar cuantas funciones ordinariamente tiene quien ejercita una acción ante la Administración de Justicia, sin necesidad de específico apoderamiento, lo que le faculta para transigir en el ámbito de su litigio. Además, dicha transacción no ha sido impugnada; sobre este tema volveremos más adelante.

#### 6. Impugnación individual del despido.

A) La demandante había prestado servicios para la empresa, desde abril de 1986, con la categoría profesional de "Jefe de Sección". Impugna el despido de que había sido objeto por considerar que no ha percibido la indemnización correspondiente.

B) El Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid, mediante sentencia de 17 de febrero de 2014 (Autos 6/2013), estima la demanda y condena a la empresa a la readmisión o al abono de una indemnización de 326.046,84 euros.

C) Frente a dicha resolución recurre la empresa en suplicación, alegando, entre otros motivos, que el acuerdo de 2011 de fin de huelga establecía una cuantía indemnizatoria superior a la fijada en conciliación, y que dicho acuerdo, que tiene la eficacia de un convenio colectivo, conforme a los art. 82 ET, 24.1 RDLRT 17/1977 y 3.5 ET, pero que posteriormente hay un acuerdo transaccional en el seno de un procedimiento de despido colectivo.

#### 7. Sentencia de suplicación recurrida.

La STSJ Madrid 777/2015, de 17 de noviembre (rec. 539/2014) estima el recurso de suplicación, revoca la sentencia de instancia y estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa al abono de una indemnización de 76.917 euros en concepto de diferencias por despido, salvo que la empresa acredite su pago. Considera que el acuerdo de conciliación judicial (adoptado ante la Secretaría de la Sala de lo Social de la AN) tiene el valor de una sentencia firme (art. 84 LRJS) y puede ser llevado a efecto por los trámites de ejecución de sentencia, dado que sustituye a ésta, con eficacia de cosa juzgada entre las partes, no resultando por ello vulnerado el art. 24.1 CE. Por cuanto ahora interesa, en ella se razona lo siguiente:

- Se ha de estudiar conjuntamente la infracción también alegada del art. 124.13.b) de la LRJS en redacción dada por la Ley 3/2012, en relación con el art. 222 de la LEC respecto de la eficacia de la cosa juzgada de las sentencias definitivas y firmes, al sostener la recurrente que no puede aplicarse el efecto de cosa juzgada de la conciliación alcanzada en el despido colectivo por haberse establecido por primera vez en el RDL 11/2013 de 3 de agosto, que no es de aplicación en este caso por razones cronológicas.

- El Acuerdo de conciliación judicial ante la Audiencia Nacional, aprobado por Decreto, el día 14 de enero de 2013, puso fin al litigio y tiene la consideración de conciliación judicial que se lleva a efecto por los trámites de ejecución de sentencia (art. 84 LJS), constituyendo título ejecutivo que tiene a estos efectos el valor de una sentencia firme, a la que sustituye.

- Cuando el art. 124.13 LRJS , en la redacción aplicable al supuesto de autos, establecía que el proceso individual de despido se suspende hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, sin especificar que necesariamente deba producirse por sentencia, y que una vez firme tiene la eficacia de cosa juzgada, debe entenderse que esta eficacia deriva tanto de la sentencia que resuelve la demanda de despido colectivo como del acuerdo de conciliación que sustituye a la sentencia y que también resuelve la demanda de despido colectivo.

- Además, la eficacia de dicho Acuerdo de 2013 frente a los trabajadores afectados deriva también de la remisión que el art. 124, en la redacción aplicable, contiene al art. 160 de la LJS.

- No hay obstáculo legal para que el acuerdo logrado en conciliación judicial sustituya a la sentencia si se suscribe por los legitimados para ello, porque lo están para interponer la demanda. Tal acuerdo produce los efectos de cosa juzgada contractual sobre el otro elemento subjetivo sustituido, los trabajadores representados, pero sobre aquellos aspectos en los que pueda proyectarse, conjugándose ambos aspectos el procesal y el contractual. De ello es muestra la reforma operada en agosto de 2013 por el Real Decreto ley 11/2013 que ha salvado la omisión del acuerdo de conciliación judicial al regular el art. 124.13.b.2) en los siguientes términos: "La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores."

- Hace referencia también a la STS de 30/10/13, rec. 47/13, resolviendo el despido colectivo con PRISA SA declara el mismo no ajustado a Derecho y fija las indemnizaciones, precisamente, conforme a los Acuerdos de desconvocatoria de huelga, cuya eficacia es examinada por la Sala al ser el despido no ajustado a Derecho, siendo, por tanto, la materia indemnizatoria objeto del proceso de despido colectivo.

#### 8. El recurso y los escritos concordantes.

A) El 28 de diciembre de 2015 se prepara el recurso de casación unificadora, formalizado el 5 de febrero de 2016. Lo articula en tres motivos, aunque los dos primeros se centran en la identificación de la sentencia referencial y en la exposición de las razones por las que concurre la contradicción.

El motivo tercero postula la infracción de los arts. 28.1 y 37 de la Constitución, 3.1.b) y 8.2 del RDL 17/1977, de 4 de marzo. Realiza una extensa reproducción de la sentencia de contraste para postular que el Acuerdo de 2011 se impone al de 2013 "reduciendo el margen de la libertad contractual y opera frente a él, limitando de forma preceptiva e indisponible el contenido del pacto, por encima de la voluntad de las partes" y añade que "no considerar que los pactos alcanzados por el Grupo Prisa en fecha 20 de mayo y 14 de junio de 2011 tienen valor de convenio colectivo, infringe según el propio TS el art 82 del ET y el art 24.1 del RDL 17/1977, de 4 de marzo (y) de otra parte, como se razona por la sentencia de contraste, quedaría claramente infringido el art 3.5 del ET en tanto en cuanto el pacto suscrito ante la Audiencia Nacional el 14 de enero de 2013 trata de imponer al colectivo de trabajadores una negociación inferior a la que ya tenían derecho por los acuerdos firmados para la totalidad del Grupo ".

Concluye que los representantes legales de los trabajadores carecen de legitimación "para negociar un derecho que tiene el carácter de indisponible y que había sido adquirido previamente por los trabajadores a título individual mediante un pacto con valor y eficacia de convenio colectivo".

B) Con fecha 10 de octubre de 2016 presenta la empresa empleadora su escrito de impugnación. Advierte que el recurso no fundamenta ni desarrolla la infracción normativa denunciada, limitándose la recurrente "a transcribir la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste a lo largo del motivo" por todo lo cual solicita la inadmisión del recurso, con apoyo en diversa jurisprudencia. Tras un extenso alegato con transcripción parcial de la sentencia recurrida, sostiene que la recurrente limita su mención normativa a los preceptos referidos y que no habla de los arts. 84 , 124 y 160 de la LRJS y 222 de la LEC en relación con el efecto de cosa juzgada de la conciliación judicial habida a que aluden los fundamentos séptimo y octavo de la sentencia recurrida

"cuyo pronunciamiento considera esta parte que no quedaría anulado y se mantendría firme".

Concluye sosteniendo que "al haberse llegado a una conciliación válidamente alcanzada por las partes legitimadas para negociar con capacidad material y procesal para hacerlo, no puede ahora desconocerse ese acuerdo ni pretenderse que no se aplique pues ello destruiría el acuerdo alcanzado que solamente podría ser anulado mediante su impugnación ex art 84.6 y supondría volver a juzgar lo ya transado legítimamente y con absoluta validez, con una quiebra absoluta de la negociación colectiva y la legitimación, capacidad y competencias de los sujetos colectivos además".

C) Con fecha 17 de diciembre de 2016 la representante del Ministerio Fiscal expone las razones por las que considera concurrente la contradicción entre las sentencias comparadas.

Se inclina por la desestimación del recurso a la luz del tenor de los artículos 84 y 124 LRJS, así como de lo expuesto por el ATS de 25 marzo 2015 (rec. 870/2014).

#### 9. Sentencia de contraste.

A efectos de contraste se designa la STSJ Madrid 394/2014, de 5 de mayo (rec. 135/2014). La sentencia se dicta ante un supuesto sustancialmente igual al de autos: trabajador que había venido prestando servicios para la misma demandada (Ediciones El País, SL), desde el 10 de junio de 1986, siendo despedido en virtud de carta de 13 de noviembre de 2012, en el contexto del mismo despido colectivo basado en las referidas causas económicas, organizativas y productivas. Sus razonamientos fundamentales son los siguientes, por lo que aquí interesa:

- El Acuerdo conciliatorio de 14 de enero de 2013 no tiene el mismo valor y eficacia que los pactos de desconvocatoria o fin de huelga que alcanzan el valor de convenio colectivo (art 8.2 y 24.1 del R.D. Ley 17/1977 de 4 de marzo). Tal posterior acuerdo no puede disponer válidamente de lo establecido en aquéllos en cuanto al módulo indemnizatorio de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades.

- El acuerdo conciliatorio solo extiende la eficacia de la cosa juzgada sobre el efecto declarativo en relación con las causas de extinción invocadas por la empresa ( art. 160 LRJS ), pero no sobre los parámetros específicos de aplicación en la extinción individual que deben respetar el mínimo indisponible para el trabajador establecido en un pacto con eficacia de convenio colectivo.

- El acuerdo de conciliación alcanzado en el conflicto colectivo proyecta su eficacia sobre la demanda individual con igual alcance que la propia sentencia, sin que pueda cuestionarse la causa legal invocada por la empresa (arts. 84 , 124.1 y 160 LRJS ), aunque no impide que en la demanda individual se cuestionen las bases del cálculo de la indemnización y su aplicación a un trabajador concreto, la procedencia de la extinción individual en función de los criterios de selección pactados, y en general todas las cuestiones que a título individual son las propias de una demanda también individual.

Esta resolución fue confirmada por el ATS de 2 junio 2015 (rec. 2490/2014).

#### 10. Contradicción entre sentencias.

A) Resulta evidente que la contradicción del art. 219 LRJS concurre, porque lo supuestos son iguales ya que se trata de trabajadores de la misma empresa, que ven extinguidos sus respectivos contratos como consecuencia del mismo despido colectivo, en las misma fecha, y por las mismas causas, siendo planteada en ambos casos la misma cuestión de la diferencia indemnizatoria, sobre la base de la falta de sintonía entre el pacto de fin de huelga de 2011 y el acuerdo de conciliación que puso fin al proceso de despido colectivo del año 2013.

B) Interesa recordar que la STS 90/2016 de 26 octubre (rec. 3976/2014) aborda un supuesto semejante al que ahora conocemos, pero rechaza entrar en el fondo del tema planteado por dos razones:

- La contradicción requiere que las sentencias comparadas aborden el tema controvertido y eso no se da cuando una ignora el problema, mientras que la otra lo examina y resuelve: la sentencia referencial no resolvió la cuestión del cálculo de la

indemnización con arreglo a los Acuerdos adoptados en 2011, tema que sí se abordó en la sentencia recurrida.

- La sentencia de referencia aborda una impugnación de Convenio Colectivo. Se cuestiona por la Organización Sindical actora la posible lesión del derecho a la negociación colectiva y, lo que es más decisivo en lo que a la cuestión casacional importa, si los acuerdos adoptados en conciliación en el SMAC y ratificados por la comisión paritaria sobre la interpretación del punto cuarto de acuerdo que puso fin a la huelga de 26-3-2000, modifican o no el XIII Convenio Colectivo; muy poco que ver con el problema suscitado.

C) El procedimiento zanjado mediante la anterior sentencia se desarrolló en términos bien diversos del actual, por lo que su criterio no puede considerarse como válido precedente.

En el presente supuesto la contradicción exigida normativamente entre las resoluciones comparadas ha de considerarse cumplida, toda vez que la sentencia referencial contempla otro caso de un trabajador en las mismas circunstancias que en el de la sentencia recurrida y frente a la misma empresa con ocasión del mismo despido colectivo. Su solución es diversa a la de la recurrida aquí: entiende que ha de aplicarse el pacto de 20 de mayo de 2011 con carácter prevalente frente al acuerdo de conciliación judicial efectuado ante la Audiencia Nacional el 14 de enero de 2013. La recurrida, sin embargo, sostiene lo contrario por considerar que este último acuerdo conciliatorio produce el efecto positivo de cosa juzgada en el actual proceso.

#### 11. Estructura de nuestra sentencia.

A) Ha sido necesario exponer con detalle los antecedentes y términos del problema para poder afrontarlo de manera directa.

B) La impugnación al recurso tiene parte de razón cuando le reprocha que apenas realiza una reflexión propia acerca del modo en que se ha producido la infracción normativa denunciada. Es verdad que la mayor parte de su contenido consiste en la reproducción de los razonamientos de la sentencia de contraste, pero en su tramo



final sí que aparecen condensadas las razones por las que considera producidas las infracciones de referencia

Tanto por asumir las argumentaciones del caso referencial, que realmente es idéntico, cuanto por los párrafos finales en que se reitera y resume todo lo expuesto, lo cierto es que el recurso puede entenderse suficientemente explícito. De hecho, la propia empleadora y el Ministerio Fiscal no han albergado dudas acerca de las líneas argumentales que debían contrarrestar. En consecuencia, vamos a examinar la cuestión suscitada.

C) La argumentación subsiguiente debe ir referida a los Acuerdos de fin de huelga, puesto que la sentencia de contraste los considera prevalentes y esa es la tesis central del recurso.

SEGUNDO.- Antecedentes y contexto del Acuerdo de fin de huelga de mayo de 2011.

Como queda expuesto, el 20 de mayo de 2011 se suscribe, entre la representación de la dirección de las empresas integradas en el Grupo PRISA y las representaciones de las Federaciones de CCOO que tienen representación mayoritaria en el ámbito de las empresas, un Acuerdo de desconvocatoria de huelga con vigencia hasta la finalización de los compromisos adquiridos y por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2012, o hasta que finalicen los procesos de reestructuración con el límite temporal del plan estratégico del grupo y plan de eficiencia operativa (2015), pacto que tiene la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.2 del Real Decreto Ley de 04- 03-1977, tal y como se hace constar en la sentencia ya mencionada de esa Sala de 30/10/13 .

#### 1. Los tres Acuerdos en liza.

Aunque al analizar la contradicción ya ha quedado expuesto el escenario en que discurre el conflicto, interesa recordar que aparecen tres acuerdos colectivos como telón de fondo:

- El Grupo PRISA y el Comité de huelga de todas las empresas que lo integran alcanzan un acuerdo el 20 de mayo de 2011, suscrito el 14 de junio de 2011, en el que se comprometen a acometer todo proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo, incluyendo el pacto sobre la cuantía de las indemnizaciones por despido colectivo, a razón de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades.

- Ediciones El País S.L. negocia un Convenio Colectivo cuyo Acta Final se firma el 22 de noviembre de 2011 no contiene previsión alguna acerca de las indemnizaciones por despido que pudieran tener lugar.

- Iniciado expediente de despido colectivo que finaliza sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012 se interpone demanda de despido colectivo ante la Audiencia Nacional el 5 de diciembre de 2012 por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones obreras y por el Comité Intercentros de Ediciones el País S.A al tiempo que se inicia negociaciones entre representantes de los trabajadores y la empresa en las que se obtiene un preacuerdo sometido a la Asamblea de trabajadores que vota a favor del mismo, llegando el 14 de enero de 2013 a un Acuerdo Conciliatorio que entre otros particulares incluye una cuantía indemnizatoria que distingue entre trabajadores con 58 años y el resto siendo para estos últimos a razón de 38 días por año de servicios y abrir un plazo de adscripción voluntaria.

De este tercer acuerdo se insta la ejecución por los trabajadores al haber abonado la empresa la cantidad pactada solamente a quienes no pusieron tacha al documento de terminación contractual. Paralelamente a la ejecución instada por los representantes de los trabajadores, éstos individualmente interpusieron sus demandas. La impugnación colectiva finalizó por Auto de la Audiencia nacional de 30 de enero de 2013 que con parcial estimación de lo pedido acordó requerir a la demandada de suerte que la indemnización sea abonada a los que la reciban sin mostrar disconformidad y en otro caso se consigne su importe al tiempo que razona acerca de la naturaleza y efectos del Acuerdo de Conciliación.

## 2. Las posiciones enfrentadas.

A) El recurso de casación unificadora, de la mano de la sentencia referencial, sostiene que el Acuerdo de 2011 es contradicho y dejado sin efecto por el Preacuerdo que sigue a la impugnación del despido colectivo y que desemboca en la transacción aprobada en sede judicial.

B) La sentencia recurrida, como queda expuesto, entiende que las reglas sobre la modalidad procesal de despido colectivo y las de conciliación en sede judicial abocan a solución contraria. Esta es la tesis asumida por la impugnación al recurso y el Informe de la Fiscalía.

C) La controversia así planteada sugiere que hay dos magnitudes que entran en concurrencia y que debe decidirse cuál prevalece. El planteamiento del asunto se realiza desde una perspectiva excluyente: o prevalece el Acuerdo de fin de huelga, o prevalece el Acuerdo logrado ante la Audiencia Nacional.

Sin embargo, tras el estudio del asunto, cabe cuestionar si esa es la óptica correcta para afrontar la resolución del conflicto planteado. Más adelante volveremos sobre ello, pero interesa recordar acto seguido que (en un recurso de casación unificadora) nuestra decisión no viene constreñida por la necesidad de optar por una de las dos opciones procesalmente enfrentadas.

### 3. Nuestra libertad de criterio para decidir.

Es cierto que la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93 -; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06 -; y 23/12/08 -rcud 3199/07). Este Tribunal «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02 -; 16/01/06 -rcud 670/05 -; y 07/07/06 -rcud 1077/05).

Pero cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe

pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno). Esa libertad no se extiende solo al resultado sino, con mayor razón, también a los argumentos en que se apoya.

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ3).

#### 4. Doctrina de la STS 30 octubre 2013 (rec. 47/2013).

A) El Pleno de esta Sala abordó supuesto directamente relacionado con el presente en su STS de 30 octubre 2013 (rec. 47/2013), al resolver el despido colectivo habido en "Promotora de Informaciones, S.A." (PRISA). Se trata de extinción finalizada sin acuerdo y con abono de la indemnización legal (20 días por año, con un máximo de 12 mensualidades). Por cuanto aquí interesa, en ella se fija la siguiente doctrina:

- Los acuerdos de 2011 citados son acuerdos de fin de huelga.
- Esos acuerdos tienen el valor de convenio colectivo, como establecen los arts. 8.2 ("El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo ...") y 24.1 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo ("Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo") y corrobora la jurisprudencia constitucional y social (entre otras, STC Pleno 11/1981 de 8-abril , SSTS/IV 31-mayo- 1995 -rco 1677/1994, 29-octubre-2002 -rco 1244/2001 , 14-marzo-2005 -rco 6/2004 , 21-julio- 2009 -rcud 3389/2008 , 21- septiembre-2009 -rco 56/2009 , 23-septiembre-2009 -rcud 4065/2008 , 22-enero-2010 -rcud 925/2009 , 9-febrero-2010 -

rcod 19/2009, 3-junio-2010 -rcud 3008/2009, 15-junio-2010 -rcud 680/2009, 5-julio-2010 -rcud 2039/2009 , 4-noviembre-2010 -rcud 2907/2009 ).

- La determinación de su alcance debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos.

- La interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer salvo que no sea racional y lógico o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

- Al declararse no ajustada a Derecho la decisión extintiva empresarial, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la fijación de las correspondientes indemnizaciones de acuerdo con lo establecido en aquellos Pactos, de lo contrario estaríamos ante una decisión ilícita por contravenir el convenio colectivo, al tener los Acuerdos la misma eficacia por cuanto se ha argumentado.

B) De esta significativa sentencia derivan algunas consecuencias de interés para nuestro caso:

- Los Acuerdos de fin de huelga se aplican cuando una de las empresas del Grupo lleva a cabo un despido, unilateral, sin respetar sus mínimos indemnizatorios y es considerado no ajustado a Derecho.

- El tenor de tales Acuerdos no solo posee naturaleza análoga a la del convenio colectivo, sino que también ha de interpretarse con arreglo a los cánones hermenéuticos aplicados en tales casos.

#### 5. Criterio de los Autos dictados en el recurso de casación unificadora 870/2014.

A) El Auto de 25 de marzo de 2015 (rec. 870/2014) desestima recurso de reposición, al hilo de la petición empresarial de que se suspenda la tramitación de un recurso de casación para la unificación de doctrina (sobre despido derivado de la reconversión de El País) hasta que se resolviera definitivamente el procedimiento de impugnación del despido colectivo.

En él se expone que al despido colectivo le son aplicables las reglas específicas de tal modalidad procesal, no las de conflicto colectivo, y se reitera lo ya expuesto en un anterior Auto (ahora confirmado) de 13 de enero de 2015:

Por lo tanto, es el acuerdo, validado por Decreto de la señora Secretaria de dicha Sala, de 14 de enero de 2012, logrado en la conciliación celebrada en el seno del procedimiento 347/2012, seguido ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el que tendrá eficacia de cosa juzgada en los términos señalados en el artículo 124.13 b ), 2ª LRJS , sobre el proceso individual de despido sometido a conocimiento de esta Sala, sin que proceda la aplicación de los preceptos reguladores de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en especial el artículo 160. 5 LRJS.

B) El Auto de 3 de septiembre de 2015 desestima el incidente de nulidad de actuaciones presentado frente al de 25 de marzo (rec. 870/2014), porque no puede ser objeto del incidente de nulidad de actuaciones el proceder a un nuevo examen valorativo e interpretativo de las cuestiones resueltas en los autos cuya nulidad se postula y porque el paso del tiempo ha propiciado la carencia sobrevenida de objeto.

C) De tales Autos se desprende alguna pista interesante para la resolución de nuestro caso:

- El valor de los Acuerdos de fin de huelga de 2011 no puede verse afectado por la resolución de un conflicto colectivo sobre despido, sino por el de lo decidido en la modalidad procesal específica de despido colectivo.

- La eficacia de cosa juzgada propia del artículo 124.13.b LRJS es aplicable al acuerdo alcanzado tras presentarse la demanda de despido colectivo y finalmente homologado por Decreto de la Secretaria de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

6. La doctrina de la STS 16 junio 2015 (rec. 339/2014).

A) Tras el Acuerdo alcanzado en 2015 ante la Audiencia Nacional no se presentan reclamaciones individuales interesando el abono de las indemnizaciones (superiores) contempladas en el Acuerdo de 2011. En ese escenario, la empresa presenta

demanda postulando la validez del Acuerdo Colectivo alcanzado en sede de conciliación judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

B) Mediante sentencia de 16 de mayo de 2014, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declara que lo acordado entre las partes en sede de conciliación judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la Empresa y la Representación unitaria de los trabajadores de la misma y la Federación de Servicios de la Ciudadanía del Sindicato CC.OO., en fecha 14 de enero de 2013, en el procedimiento de impugnación del despido colectivo efectuado en la empresa e iniciado el 9 de octubre de 2012 y concluido sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, tiene plena validez y eficacia para fijar la indemnización del despido colectivo realizado, sin que a los trabajadores afectados por el citado despido y por razón del acuerdo conciliatorio alcanzado les sean de aplicación los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración, con los efectos legales inherentes a la misma.

C) Sin embargo, la STS 16 junio 2015 (rec. 339/2014) estima los recursos interpuestos porque cuando, como es el caso, ya no existe ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo el empresario carece de legitimación activa para impugnarlo, y no puede trasladar a la jurisdicción el acuerdo conciliatorio suscrito. Por cuanto ahora interesa, allí se dice lo siguiente:

- Aunque parece indudable que una conciliación alcanzada en sede judicial y en un procedimiento de despido colectivo, materialmente, en tanto que pudiera afectar a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, cabría equipararla a varios de los instrumentos jurídicos que describe el transcrito art. 153.1 LRJS , lo cierto y verdad es que no aparece como tal en dicho precepto y, por el contrario, la propia Ley ha querido dotarla de un mecanismo autónomo de impugnación respecto a su validez (art. 84.6) y de una eficacia especial al ordenar imperativamente que se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias (art. 84.5).

- El empresario no dispone, ni directa, ni indirectamente por la inadecuada vía de la demanda de conflicto colectivo interpretativo, de la mencionada "acción de jactancia" del 124.3 LRJS, incluso aunque descartáramos, como lo hacemos, cualquier

intención torticera en su planteamiento que, como nos piden los recurrentes con amparo en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , pudiera permitir el rechazo de plano de su pretensión, y todo ello, desde luego, al margen de las repercusiones que el tan repetido acuerdo conciliatorio, tal vez como otros acuerdos colectivos previos, pudieran tener sobre las acciones individuales de los trabajadores afectados por la extinción colectiva, en cuyos procesos, necesariamente, habrá de ser llamada la empleadora.

D) De tales razonamientos se desprende asimismo alguna idea que incide en el modo de resolver el presente recurso:

- El acuerdo alcanzado en el seno del procedimiento de despido colectivo está protegido por las garantías de la conciliación judicial, no por las del conflicto colectivo.

- Dicho acuerdo habría de impugnarse a través del cauce específico del art. 84.6 LRJS.

- Las repercusiones individuales de lo pactado ante la Audiencia han de resolverse en los procedimientos individuales.

TERCERO.- Interpretación sistemática de los acuerdos enfrentados.

#### 1. Recapitulación.

A) A la vista de lo expuesto en el Fundamento precedente parece razonable pensar que la conciliación ante la Audiencia Nacional produce efectos de cosa juzgada, o equivalentes, por cuanto constituye un acuerdo entre las partes litigantes y eran los representantes legales de los trabajadores quienes habían llegado a un acuerdo poniendo fin a la huelga en 2011. La STS 16 junio 2015 (rec. 339/2014) entiende que esa conciliación ha sido dotada de un mecanismo impugnatorio especial, sin que en el caso estudiado se hubiera activado. Siendo válida, por tanto, esa conciliación, lo que corresponde a cada procedimiento individual es determinar su alcance o interpretación.

B) También la lógica inclina a pensar que el segundo acuerdo (el de 2013) referente precisamente al despido, sustituía a aquél en ese extremo objeto de debate,



tanto por su posterioridad como por su especialidad. El primero (2011), entre otros temas, establece un "método regulador de baja indemnizada a los efectos de desvinculaciones", así como un "módulo indemnizatorio de referencia". El segundo (2013) describe las consecuencias de un concreto despido colectivo, estableciendo consecuencias indemnizatorias distintas "dependiendo de los años del trabajador". Puesto que tan negociación colectiva es la primera como la segunda, parece lógico que la última, salvo que haya norma prohibitiva en tal sentido, acabe teniendo preferencia.

C) El acuerdo obtenido el 20 de mayo de 2011 y suscrito por las distintas representaciones de los trabajadores el 14 de junio de 2011 presenta el resultado de una negociación colectiva llevada a cabo entre las empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del Grupo Prisa y la representación de los trabajadores (Comité de Huelga de todas ellas). En dicho acuerdo se establecía como plazo de vigencia de aplicación y desarrollo, hasta la finalización de los compromisos adquiridos El Acuerdo de 2011 despliega sus efectos sobre todas las empresas del Grupo. En ese sentido, el despido en la empresa de cabecera (PRISA) ha debido desembocar en el abono de la indemnización pactada puesto que la reestructuración se lleva a cabo dentro de su periodo temporal de vigencia. Es la doctrina de la STS 30 octubre 2013.

Si en el procedimiento de despido colectivo de otra de las empresas del Grupo se llega a un pacto en sede judicial, el criterio de los Autos recaídos en el seno del procedimiento 870/2014 es que opera la cosa juzgada material.

## 2. Concurrencia no conflictiva.

A) Las anteriores argumentaciones van en la línea de priorizar la aplicación de lo acordado en 2103; de este modo, los Acuerdos de fin de huelga tienen valor para todos los despidos colectivos habidos en el seno del grupo empresarial, pero si en uno posterior se llega a otro tipo de acuerdo el mismo ha de prevalecer.

Si hubiera una real incompatibilidad entre los dos Acuerdos, seguramente tales razones habría de conducir a proclamar la validez de un pacto, alcanzado por sujetos legitimados y con la fuerza vinculante de toda negociación colectiva válida, reforzado

con el respaldo otorgado por su homologación a cargo de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y que no ha sido impugnado dentro del plazo habilitado al efecto.

B) Pero, en realidad, el Acuerdo de 2011 y la transacción de 2013 no se relacionan de manera excluyente. Ambos concurren, pero no de modo conflictivo, sino complementario o armónico.

Para resolver el recurso no es necesario determinar si prevalece el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva con mayor fuerza en uno u otro caso. Tampoco parece imprescindible determinar la naturaleza del acuerdo de fin de huelga (asimilada a la de convenio colectivo, pero sin que pueda confundirse con el mismo), ni si el preacuerdo extrajudicial y su ulterior transformación en conciliación homologada produce los efectos de la cosa juzgada (o solo comporta la posibilidad de desembocar en su ejecución).

Todos esos razonamientos, sin duda, ayudan a cimentar la solución que abrazamos (desestimatoria del recurso) pero abordan el conflicto entre los dos productos derivados de la autonomía colectiva desde una posición excluyente. La interpretación que asumimos del Acuerdo de fin de huelga permite afrontar el problema desde otra perspectiva, conciliadora de ambos procesos negociadores.

C) En efecto, el Acuerdo de fin de huelga no pretende cerrar el estado de la cuestión de modo absoluto o pétreo, sino que manifiesta su " más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos". Con ello está admitiendo la existencia de una especie de "negociación en cascada": siempre que se cumplan las exigencias de representatividad hay que permitir el juego de la autonomía colectiva en ámbitos inferiores al Grupo de Empresas.

Puesto que el Acuerdo de final de huelga se proyecta a todo el Grupo y la reestructuración de plantillas tiene lugar a nivel de empresa, lo que viene a establecerse es una articulación de ambas unidades negociadoras.

D) Adicionalmente, en el concretísimo punto sobre el importe de la indemnización para las eventuales "desvinculaciones" los acuerdos de 2011 fijan un módulo indemnizatorio de referencia (45 días por año de servicio, con un tope de 42

mensualidades), pero admiten factores correctores o variaciones en cada unidad empresarial.

E) En definitiva: no hay colisión entre lo acordado al final de la huelga de 2011 para todo el Grupo y lo pactado ante la Audiencia Nacional para el despido colectivo de una de las empresas en él integradas.

#### CUARTO.- Resolución.

Por lo expuesto, de conformidad con el criterio sostenido en su Informe por la representante del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso.

Sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de Doña Noemí frente a la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y posterior Auto de 14 de diciembre de 2015, en el recurso de suplicación número 539/2014, interpuesto por la citada recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 29 de los de Madrid el 17 de febrero de 2014 , en los autos número 49/2013, seguidos a instancia de Doña Noemí contra EDICIONES EL PAÍS SL, PROMOTORA DE INFORMACIONES SA, y el COMITÉ INTERCENTROS DE EDICIONES DEL PAÍS (D. Víctor, Dña. Mari Jose, D. Luis Manuel, Dña. Almudena, D. Pedro Jesús, D. Alfredo , Dña. Catalina, Dña. Eloísa, D. Carlos, Dña. Gracia , Dña. Lorena, D. Enrique, D. Fernando y Doña Penélope) en impugnación de despido individual derivado de despido colectivo. 2) Declarar la firmeza de la sentencia recurrida, complementada por el Auto de 14 de diciembre de 2015. 3) No realizar imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

#### VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia, a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 490/2016, y al que se adhieren los Magistrados Excma. Sra. D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga, Excma. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol, Excma. Sra. D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahun y Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 490/2016, en el que expreso, con el máximo respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala, en cuanto a la fundamentación jurídica y fallo de la sentencia, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

El presente voto particular se funda en las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- 1.- Respecto a la opinión mayoritaria de la Sala que se recoge en la sentencia, discrepo en el sentido expuesto, y por los razonamientos que a continuación se expondrán.

2.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida, procede consignar los datos más relevantes, que a continuación se exponen:

a).- En el año 2011 se llevaron a cabo una serie de negociaciones entre los representantes del Grupo PRISA, de una parte y CCOO y UGT, de otra, para la desconvocatoria de la huelga convocada, ante el anuncio del Grupo Prisa del inicio de un expediente de despido colectivo, para los días 15 y 29 de abril de 2011. Dentro del Grupo PRISA se encuentra Ediciones El País SL.

b).- En fecha 20 de mayo de 2011, la representación de la dirección de las empresas filiales o participadas que, a efectos de la negociación, se han venido

considerando integradoras del "Grupo Prisa" y las representaciones de la Federación de CCOO y UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga, que ostentan la condición de representantes unitarios y han sido designados como representantes legítimos, a los efectos del proceso negociador emanado del Acuerdo de 12 de Abril, acuerdan: «Primero. Ambas partes se comprometen a acometer, en caso de necesidad, cualquier proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo a través de cauces de diálogo y negociación, con plena observancia de los principios de buena fe, eficacia y legalidad. Cuarto.- Ambas partes convienen en establecer como método regulador de Baja Indemnizada, a los efectos de desvinculaciones, los siguientes criterios:

1. Las desvinculaciones se cubrirán acudiendo previamente a los procesos de voluntariedad [...]

2. Se acuerda establecer como módulo indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades. A efectos del módulo indemnizatorio se aplicará el prorrateo mensual de los periodos inferiores a un año.»

c).- La demandada inició expediente de despido colectivo, que finalizó sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, procediendo la empresa a comunicar el despido a 129 trabajadores entre las que está la actora, a la que se le comunicó el 12 de noviembre de 2012, basado en causas económicas y organizativas.

d).- El 5 de diciembre de 2012 el despido fue impugnado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y por el Comité Intercentros de Ediciones El País SL ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, llegándose a un preacuerdo previo a la vista del juicio oral, que los representantes someten a la asamblea de trabajadores y se vota aceptando el preacuerdo. Antes de la celebración del juicio oral ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se alcanzó un acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial -actualmente Letrada de la Administración de Justicia-, en fecha 14 de enero de 2013.

e).- En el citado acuerdo consta que la parte actora desiste de la demanda contra PRISA. En el apartado tercero consta: Con el fin de atenuar las consecuencias del despido colectivo, se aplicarán las siguientes condiciones a los trabajadores incluidos en el mismo...El resto de trabajadores se acuerda una indemnización de 38 días por año trabajado como máximo 24 mensualidades. Adicionalmente se abonará una indemnización complementaria equivalente a la mitad del salario mensual fijo del trabajador en la fecha de extinción del contrato"; se establece tope de suma de indemnizaciones.

f).- La empresa abonó las indemnizaciones a los despedidos siempre que no pusieran tachas al documento de finiquito.

g).- Se instó la ejecución de la conciliación por los representantes de los trabajadores y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó auto el 30 de mayo de 2013, requiriendo a la demandada para que abone lo pactado en conciliación siempre que los demandantes lo reciban sin tachas y, en el caso de que pretendan plantear disconformidad, la empresa debe consignar las cantidades pactadas

h).- El actor ha percibido la indemnización fijada en el acuerdo de conciliación alcanzada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, validado por Decreto de la Secretaría Judicial, en fecha 14 de enero de 2013 y reclama que el montante de la misma ha de ascender a 45 días por año de servicio, en virtud de lo establecido en el Acuerdo de 20 de mayo de 2011. Ha presentado demanda el 9 de enero de 2013, habiendo dado origen al presente procedimiento.

i).- El 22 de noviembre de 2011 se firma el acta final de la negociación del I Convenio Colectivo de Ediciones El País SL, en su DA, cláusula 11, bajo el epígrafe „Estabilidad del empleo,, se prevén una serie de medidas para el supuesto de que sea necesario adoptar medidas de reajuste de plantillas, entre las cuales no se contempla la fijación de la indemnización por despido de forma diferente a la fijada en el Acuerdo de 20 de mayo de 2011.

SEGUNDA.-1.- El recurrente alega infracción de los artículos 3.1 b), 3.5, 82.3, 87 a 89 del ET, 124, 156.2 y 160 de la LRJS, 28.1 y 37 de la Constitución Española y 8.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo.

En esencia el recurrente aduce que los despidos colectivos tienen una tramitación específica en los artículos 124 y siguientes de la LRJS , no siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 156.2 de dicha Ley , sino lo establecido en el artículo 160, por la remisión que efectúa el artículo 124.13 de dicha Ley . Continúa razonando que el Acuerdo de conciliación alcanzado el 14 de enero de 2013 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional no tiene el valor de convenio colectivo al carecer los negociadores del mismo de la legitimación inicial, deliberativa y decisoria regulada en los artículos 87 a 89 del ET , sin que, por otro lado, exista disposición legal que le atribuya valor de convenio colectivo, por lo que no podía disponer válidamente de lo establecido en un convenio colectivo -él Acuerdo de 20 de mayo de 2011- reduciéndolo. Lo acordado el 20 de mayo de 2011 tiene valor de convenio colectivo, en virtud de lo establecido en el artículo 8.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo.

2.- Procede examinar, en primer lugar, la eficacia del Acuerdo logrado el 20 de mayo de 2011 entre el "Grupo Prisa " y las representaciones de la Federación de CCOO y UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga.

Como se ha consignado con anterioridad, dicho Acuerdo es consecuencia del proceso de negociación abierto para poner fin a la huelga, por lo que es un Acuerdo de fin de huelga y tiene la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo, a tenor de lo establecido en el artículo 8.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo.

Dicha eficacia ha sido reconocida expresamente por la sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 2013, casación 47/2013 , en procedimiento de impugnación de despido colectivo, seguido a instancia de Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO e integrantes de la comisión, ad hoc, contra PRISA, que en el fundamento de derecho quinto establece: «a) En primer lugar, los acuerdos citados son consecuencia por su forma de negociación y por su contenido, del proceso de negociación abierto para poner

fin a la huelga, constituyendo la terminación de ese proceso que inició el acuerdo de 12 de abril de 2011 . Son, por tanto, acuerdos de fin de huelga».

En la citada sentencia se resuelve que la vigencia del Acuerdo se mantendrá hasta la ,finalización de los compromisos adquiridos,, situando su vigencia al menos hasta el 31 de diciembre de 2012, ya que la Comisión de seguimiento se mantiene vigente, en todo caso, hasta el 31 de diciembre de 2012.

3.- Dicha eficacia ha sido mantenida por una constante doctrina de la Sala, entre la que podemos citar la STS de 7 de febrero de 2011, recurso 102/2010, que señala:

« 1.- Los acuerdos de desconvocatoria o de fin de huelga, -- cuya naturaleza ostenta el ahora objeto de la interpretación cuestionada, del que no se discute la ratificación posterior del preacuerdo alcanzado por las partes representadas ni consta que hubiere sido impugnado --, tienen el valor de convenio colectivo, como establecen los arts. 8.2 ("... El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo ") y 24.1 del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 - marzo ("... Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo") y corrobora la jurisprudencia constitucional y social (entre otras, STC Pleno 11/1981 de 8-abril , SSTS/IV 31-mayo- 1995 -rco 1677/1994 , 29-octubre-2002 -rco 1244/2001 , 14-marzo-2005 -rco 6/2004 , 21-julio-2009 -rcud 3389/2008 , 21- septiembre-2009 -rcod 56/2009 , 23-septiembre-2009 -rcud 4065/2008 , 22-enero-2010 -rcud 925/2009 , 9-febrero-2010 -rcod 19/2009 , 3-junio-2010 -rcud 3008/2009 , 15-junio-2010 -rcud 680/2009 , 5-julio-2010 -rcud 2039/2009 , 4-noviembre-2010 -rcud 2907/2009 ); por tanto, su interpretación debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos.»

TERCERA.-1.- Sentada la eficacia de convenio colectivo del Acuerdo logrado el 20 de mayo de 2011, procede examinar si la misma es la de un convenio colectivo estatutario o extraestatutario. Hay que poner de relieve que en la fecha en la que apareció publicado el RD 17/1977, de 4 de marzo, aún no había sido publicado el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no existía la diferencia entre ambos tipos de convenio colectivo, atendiendo a que respetasen o no las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores.



2.- Una constante doctrina de esta Sala ha venido manteniendo la eficacia de convenio colectivo extraestatutario del pacto que ponga fin a la huelga, salvo que se celebre con arreglo a lo establecido en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, es decir, que cumpla los requisitos de legitimación de las partes negociadoras, así como los requisitos formales y procedimentales, entre ellos, el de presentación ante la autoridad laboral, a efectos de registro y publicación en el Boletín Oficial correspondiente. En dicho sentido se han pronunciado las sentencias de 28 de junio de 1994, recurso 2847/1993; 2 de noviembre de 1999, recurso 4786/1998 y 9 de marzo de 1998, recurso 2061/1997.

En la sentencia de 2 de noviembre de 1999, recurso 4786/1998, se contiene el siguiente razonamiento: «1.- Ha sido y es muy debatida la naturaleza y eficacia del pacto que pone fin a la huelga, si bien desde el prisma del derecho positivo parece clara la distinción entre convenio colectivo y pacto que pone fin a la huelga, ya que el artículo 8.2 de Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo de Relaciones de Trabajo, no afirma que dicho acuerdo se incorpora al convenio colectivo, sino que "el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo". En este sentido la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1.998, cuando trata de calificar y precisar el carácter de este pacto, diferencia, acorde con la dicción legal, entre su naturaleza, que es distinta al Convenio Estatutario y su "eficacia" que es la misma, para concluir que la modalidad procesal de conflicto colectivo, de carácter interpretativo y declarativo, es también idónea para reclamar el cumplimiento de estos pactos, a los que hay que otorgar idéntica eficacia.

2.- Sí parece pacífico que estos pactos deben incluirse dentro de la esfera de la tutela de la negociación colectiva, amparada en forma general en el artículo 37 de la Constitución Española y que el acuerdo tiene un significado obligatorio, como convenio extraestatutario, por lo que debe ser aplicado en sus propios términos, como afirma la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 1.994. Afirmación del carácter extraestatutario de estos pactos que, en el caso concreto litigioso, parece razonable, en cuanto, en puridad de términos, solo deben tener carácter estatutario los que se celebren con arreglo a lo establecido en Título III del Estatuto de los Trabajadores, es decir los que, cumpliendo los requisitos legitimadores de las partes y el régimen de mayorías

legalmente establecido, cumplan, a su vez, los requisitos formales y procedimentales, y, entre ellos el de presentación ante la autoridad laboral a efectos de registro y publicación en el Boletín Oficial correspondiente, como afirman las sentencias de esta Sala de 22 de enero y 8 de junio de 1.999.

3.- Sentada pues, esta diferenciación entre convenio colectivo estatutario, y pacto que pone fin a una huelga iniciada bajo su vigencia, su consecuencia es que, en términos generales, y específicamente en el presente supuesto, convenio y pacto -en conformidad a su diferente etiología, naturaleza y finalidad- tienen autonomía propia e independiente y no se encuentran en su desarrollo mutuamente condicionados. Por lo tanto el pacto litigioso de desconvocatoria de 29 de julio de 1.995, ni contiene cláusula de expiración -en todo caso esta se produciría tácitamente por expiración de los compromisos adquiridos en la relación jurídica obligatoria- ni ligo su propia existencia a la vigencia del Convenio Colectivo, que terminaba en 31 de diciembre de 1.993, sino que su eficacia obligatoria devino de las cláusulas pactadas en el mismo».

3.- No consta que el acuerdo logrado en fecha 20 de mayo de 2011 por la representación de la dirección de las empresas filiales o participadas que, a efectos de la negociación, se han venido considerando integradoras del "Grupo Prisa" y las representaciones de la Federación de CCOO y UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga, que ostentan la condición de representantes unitarios y han sido designados como representantes legítimos, a los efectos del proceso negociador, se haya realizado cumpliendo los requisitos establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, por lo que a dicho acuerdo habrá de reconocérsele la eficacia de convenio colectivo extraestatutarios, siguiendo la doctrina anteriormente consignada.

CUARTA.- 1.- Respecto a la naturaleza, eficacia y límites de los convenios colectivos extraestatutarios se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones, pudiendo citar, por contener un resumen de la doctrina aplicable, la sentencia de 16 de julio de 2014, recurso 110/2013.

2.- En la citada sentencia se contiene el siguiente razonamiento:

«1.- Delimitación, naturaleza y eficacia funcional y personal del convenio colectivo extraestatutario.

La sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 2013, recurso de casación 110/2012, siguiendo la sentencia de 9 de febrero de 2010, recurso 105/2009 establece:

"2.- La Constitución en su art. 37.1 ("La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios") reserva a los convenios colectivos negociados y pactados conforme a la ley (arg. ex art. 53.1 CE ), en este caso el Estatuto de los Trabajadores -ET (en especial, arts. 3.1.b , 3.5 y 82 a 92 ), además de su eficacia obligacional, la eficacia normativa en cuanto fuente de la relación laboral, creadora de normas jurídicas con fuerza vinculante dentro de su ámbito (funcional y territorial) y durante todo el tiempo de su vigencia ("erga omnes") (arg. ex art. 82.3 ET ), estando sometidos, por tanto, a las reglas, principios y límites constitucionalmente definidos, entre otros, aquellos derivados del libre ejercicio del derecho de libertad sindical (arg. ex art. 28.1 CE y STC 121/2001 de 4-junio). Se destaca con respecto al convenio colectivo estatutario que:

a) Precisamente: "el valor normativo del Convenio Colectivo y de su fuerza vinculante, con una eficacia «erga omnes», ha movido al legislador a sujetar su validez a unos presupuestos cuya intensidad va más allá de los límites generales a la autonomía negocial del Derecho privado", entre otros, remarca el que "la legitimación para la negociación se haya vinculado a la existencia de intereses organizados institucionalmente, sin perjuicio de que se haya dado un trato diferente al respecto, por su distintos alcance, a los Convenios de empresa o ámbito inferior, para los cuales no se establece la exclusividad sindical, y a los Convenios de ámbito superior, multiempresariales, para los cuales rige ésta" (STC 4/1983 de 28-enero); y que

b) "El convenio colectivo ... en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea per se contraria al art. 14

CE ( SSTC 177/1988, de 10 de octubre , ... 119/2002, de 20 de mayo , .... o 27/2004, de 4 de marzo )" ( STC 280/2006 de 9-octubre ).

3.- Pero además de los referidos convenios estatutarios, la doctrina y la jurisprudencia (constitucional y ordinaria), viene admitiendo la realidad de la existencia y eficacia, si bien limitada, de otros acuerdos adoptados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, al margen de las normas estatutarias (denominados pactos, acuerdos o convenios extraestatutarios o de eficacia limitada), los que gozan también de soporte en el art. 37.1 CE , aunque sin el carácter "erga omnes" del convenio estatutario.

4.- La problemática de su delimitación, naturaleza o carácter, normativa por la que se rigen, eficacia funcional y personal así como obligatoriedad limitadas, sujetos a los que se aplican y, en su caso, de su posible extensión a otros sujetos naturaleza, ha tenido acceso a la jurisprudencia constitucional (entre las primeras, SSTC 4/1983 de 28-enero , 12/1983 / de 22-febrero , 73/1984 de 27-junio y 981985 de 29-julio), habiéndose declarado:

a) En cuanto a la distinción entre uno u otro tipo de convenio (estatutario o extraestatutario ), que "El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el ET exige para la regularidad del convenio colectivo , al que se otorga en ese caso un plus de eficacia, por el carácter erga omnes del llamado convenio colectivo estatutario" ( STC 108/1989 de 8-junio ); o que cuando el resultado de la actividad negocial no se plasma "en un convenio colectivo estatutario que busque establecer una regulación general aplicable al grupo de empresas al carecer de los requisitos que legalmente se imponen para su válida conclusión", resulta que "el Acuerdo alcanzado entra, por ello, de lleno en el ámbito de los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, al derivar de una intervención sindical admitida y asumida por la empresa dentro de su ámbito de gestión empresarial y que limita sus efectos a la estricta esfera funcional en la que ha sido concluido" ( STC 121/2001 ).

b) En cuanto a su amparo constitucional ex art. 37.1 CE y a los límites de eficacia y obligatoriedad derivada de la normativa civil (no laboral) por la que se rigen, se ha señalado que "Tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE , en

cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal «erga omnes», y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias", que "Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil)", con la consecuencia de que "La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales" (STC 121/2001).

c) Por lo que respecta a los negociadores, con las derivadas consecuencias en orden a los sujetos a los que vincula y a la posible extensión personal de sus efectos, cuestiones de cuya resolución se trasluce la naturaleza y eficacia personal limitada de los efectos (no "erga omnes") de este tipo de pactos, se ha proclamado que "La singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean, pues, como este Tribunal tuvo oportunidad de señalar en su STC 108/1989, de 8 de junio, «la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron». De este modo, cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus disposiciones, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia «erga omnes», habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el ET" (STC 121/2001 de 4-junio). Debiendo significarse que "La protección del derecho de un sindicato a la negociación colectiva estatutaria no exige, por tanto, como la entidad recurrente reconoce, la exclusión de toda posibilidad de negociación

colectiva a los demás sindicatos, aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el art. 13 de la LOLS , o imposibilite jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general" ( STC 108/1989 ).

d) Por último en cuanto a los sujetos a los que se aplican y, en su caso, a la extensión a otros sujetos, se ha afirmado, por una parte, que solamente se aplican a los representados por el sindicato firmante y que, por tanto, "para aplicarlos a los representados por el sindicato que lo firma es preciso conocer a sus afiliados" y "existe un deber de sigilo profesional por ambas partes, y no se trata de un conocimiento de datos para publicarlos, ni tan siquiera en el ámbito de la empresa" ( STC 145/1999 de 22-julio ); y, por otra parte, que "La extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión de éstos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea, por lo que en ningún caso puede imputarse a tales cláusulas, jurídicamente irrelevantes, la lesión de un derecho ajeno" ( STC 108/1989 de 8-junio )."

## 2.- Normativa reguladora.

La sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2007, recurso de casación 71/2006 ha establecido:

"Puesto que no hay normas específicas que disciplinen estos pactos, habrá que estar a las disposiciones que el Código civil dedica a los contratos, limitando sus efectos a las partes que los otorgan, como señala el artículo 1257 del propio Código. No obstante aquella ausencia de normas reguladoras, en algunos asuntos aparece, normativamente mencionados, como sucede con el artículo 163 de la Ley de Procedimiento Laboral, que permite la impugnación en vía jurisdiccional de los convenios colectivos, "cualquiera que sea su eficacia". Acerca de la validez de los pactos extraestatutarios se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1989, declarando que la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato. La naturaleza meramente

contractual de estos pactos implica su sometimiento a la jerarquía de las fuentes de la relación laboral establecida en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo respeto a la ley, a los reglamentos y a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general".

Tal y como ha venido reiterando la doctrina de esta Sala, entre otras SSTs/Social 16-enero-1986 , 30-mayo-1991 -rco 1356/1990 , 29-septiembre-1993 -rco 880/1992 , 28-marzo-1994 -rco 3352/1992 , 22-enero-1994 -rco 2380/1992 , 17-octubre-1994 -rco 2197/1993 , 14-noviembre-1994 -rco 708/1993 , 21-diciembre-1994 -rco 2734/1993 , 27-marzo-1995 -rco 618/1994 , 18-julio-1995 -rco 949/1994 , 13-febrero-1996 -rco 2183/1993 , 14-febrero-1996 -rco 3173/1994 , 4-mayo-1995 -rco 346/1992 , 10-junio-1996 -rco 2582/1995 , 24-enero-1997 -rco 2833/1995 , 10-junio-1998 -rco 294/1998 - su regulación se rige, en esencia por la normativa civil de obligaciones y su valor es obligacional, no normativo, ya que dichos pactos de eficacia limitada no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral, al no estar incluidos en el artículo 3.1 ET .

### 3.- Límites de su eficacia.

La sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006, recurso 88/04, establece:

"Es doctrina jurisprudencial sólidamente establecida que los convenios extraestatutarios son lícitos y válidos en el ordenamiento español siempre que limiten su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben, y en su caso a quienes se adhieran a ellos; por eso se llaman también convenios o acuerdos de eficacia limitada. Partiendo de esta premisa, los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios no puedan regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia erga omnes se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET. El desbordamiento de este límite natural de eficacia lleva consigo consiguientemente la nulidad de los pactos o cláusulas afectados; como dice la sentencia de 30 de mayo de 1991 (rec. 1356/1990), "cuando se celebra convenio colectivo fuera de la disciplina estatutaria pero que en alguna de sus cláusulas persigue generalidad, de

tal manera que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia erga omnes, habría que convenir que dichas cláusulas no serían legalmente válidas"

Por su parte la sentencia de 9 de marzo de 2011, recurso 1181/10 establece:

"Pero, con la excepción de habilitación del art. 38. 3.2º de la LPRL sobre el acuerdo para el establecimiento del comité intercentros, estas remisiones de la LPRL en materia de organización de las formas de participación de los trabajadores han de entenderse referidas a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios. La razón estriba, como dijo la sentencia de 1 de junio de 2007, en que existen determinadas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme, y "en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo".

La sentencia de 11 de septiembre de 2003, recurso de casación 144/2002 razona lo siguiente:

"3) Es claro que un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir los derechos fundamentales, ni las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual, como expresión de la voluntad de las partes y fuente de los derechos y obligaciones que integran la relación laboral, de modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales, y eso es justamente lo que se dice en el artículo 3.1, c) al condicionar la validez de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, a que



su objeto sea lícito "y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados".

#### 4.- Eficacia obligacional.

La sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2007, recurso de casación 71/2006 ha establecido lo siguiente:

"No hay unanimidad en la doctrina acerca de si la eficacia de esta especie de contratos es normativa o simplemente contractual, pues en línea de principio el artículo 37.1 de la Constitución autoriza la validez de ambas tesis, en cuanto alude a la "fuerza vinculante de los convenios", en general; la duda también le ha asaltado al Tribunal Constitucional, como puede verse en sus sentencias 177/88, 171/89 y 27/04 , pero al igual que la sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1991, se inclina por atribuirle la eficacia propia de los contratos, si bien con eso no se da respuesta a la interrogante que formula el recurrente, sino que deberá aclararse el significado de la expresión "contenido normativo" empleada por el pacto. Dada la peculiar naturaleza de los pactos analizados, que son negociados al margen de las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores, no les resulta de aplicación la regla del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la denuncia del contenido y la suerte de las cláusulas normativas y las obligacionales, y así lo entendieron los negociadores del impugnado al fijar en el artículo 4 el ámbito temporal y la denuncia del pacto, con su particular dimensión.

El concepto "contenido normativo" de los pactos puede resultar equívoco si se le desvincula de su ámbito de aplicación; el término normativo significa el efecto regulador aplicable a una determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la ley o por los particulares; las cláusulas normativas de los convenios están destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos, pues este es justamente el papel que han desempeñado las cláusulas de los contratos, y el pacto colectivo extraestatutario lo es, que se conciertan con la finalidad de compatibilizar los intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que

permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador en el sentido indicado, es decir, únicamente respecto de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito en ningún sentido ni pueden ser calificados como normativos en el puro sentido de la palabra, sino únicamente con el alcance al que nos hemos referido, en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo. Por eso es aceptable el texto de la disposición adicional objeto de censura, entendida de la manera ya referida, con lo que el primer motivo del recurso claudica en todos sus planteamientos».

3.- Por lo tanto, al tener eficacia de convenio extraestatutario los pactos de fin de huelga tienen naturaleza y eficacia contractual, quedando limitada su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben, y en su caso, a quienes se adhieran a ellos, rigiéndose su regulación, en esencia, por la normativa civil de obligaciones, siendo su valor obligacional, no normativo, si bien se trata de un contrato colectivo.

QUINTA.-1.- Procede el examen de la posibilidad de modificación del pacto que pone fin a la huelga y quienes están legitimados para realizarlo.

El acuerdo no puede ser modificado por voluntad unilateral de una de las partes firmantes, ya que, a tenor del artículo 1256 del Código Civil, la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, deviniendo obligatorio su cumplimiento, a tenor del artículo 1258 del Código Civil . Tampoco puede ser modificado por terceros sin el consentimiento de las partes, ya que supondría vulnerar la normativa reguladora de los contratos y el propio derecho de huelga y libertad sindical que ha sido puesto en juego, precisamente para poner fin a la huelga, mediante unos acuerdos que, de ser dejados sin efecto por terceros ajenos a los firmantes del pacto, vaciarían de contenido estos derechos.

2.- El pacto de fin de huelga, durante su vigencia, puede ser modificado por una norma legal. En este sentido se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 25 de

marzo de 1998, recurso 3823/1997 y 28 de enero de 1999, recurso 2319/1998. La primera de las sentencias citadas establece:

«a) Es cierto que el pacto que pone fin a una huelga tiene la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo (artículo 8,3 del Real Decreto Ley de 4 de Marzo de 1.977) y que éste tiene fuerza vinculante (artículo 37,1 de la Constitución y 82,3 del Estatuto de los Trabajadores). Pero también es cierto que el artículo 9-3 de la Constitución garantiza el principio de jerarquía normativa y el artículo 85-1 en relación con el 3-3 del Estatuto de los Trabajadores imponen la sujeción del Convenio Colectivo -y con mayor razón de un Pacto colectivo- al imperio de la ley por lo que afecta a los mínimos de derecho necesario.

b) La cuestión controvertida estriba en determinar la incidencia que sobre los referidos Pacto y Acuerdo han tenido las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1.997 (Ley 12/96 de 30 de Diciembre) y de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 8/96 de 26 de Diciembre) en cuyos artículos 17.2 y 8.2, respectivamente, se dispone "que con efectos de 1 de Enero de 1.997, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrán experimentar variación con respecto a las del año 1.996, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad de los mismos. Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al presente artículo".

c) La solución a dicha problemática ha sido abordada por el Tribunal Constitucional que ha declarado en su sentencia 58/1985 que la limitación de la autonomía colectiva del Sector Público nace de la unidad del ordenamiento jurídico que supone, entre otras consecuencias, el respeto por la norma pactada del Derecho necesario establecido por la Ley, que en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente de forma excepcional, reservarse para si determinadas materias que quedan por tanto excluidas, de la negociación colectiva. Añadiendo que igualmente aquella limitación puede originarse en virtud de circunstancias que

aconsejen una política de control salarial que pueden legitimar condicionamientos y limitaciones temporales a la contratación colectiva. En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado positivamente a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública , declarando que esta limitación no vulnera el artículo 14 de la Constitución , sentencias 858/85 y 331/1.986 ; precisando, la sentencia nº 96/1.990 , que el límite retributivo del personal de la Administración Pública no vulnera el artículo 14, ni tampoco el 37,1 de la Constitución , añadiendo la sentencia 210/1990 que el Convenio Colectivo es una norma que solo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la ley le señala».

3.- Asimismo es posible modificar el pacto de fin de huelga por la voluntad conjunta de los firmantes del mismo pues, como todo contrato, puede ser modificado por el acuerdo de voluntades de los contratantes, tal como resulta del artículo 1255 del Código Civil , que faculta a las partes a establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes a la moral ni al orden público, existiendo en el concreto ámbito de las relaciones laborales que ahora examinamos las específicas limitaciones establecidas por el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores .

SEXTA.-1.- Procede examinar si el acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial de la Audiencia Nacional, en fecha 14 de enero de 2013, en el seno del procedimiento de impugnación del despido colectivo efectuado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y por el Comité Intercentros de Ediciones El País SL tiene virtualidad para sustituir al pacto de fin de huelga.

2.- Como ha quedado razonado, dada la naturaleza del pacto de fin de huelga, dicho pacto solo puede ser sustituido por la voluntad conjunta de los firmantes del mismo.

El pacto de fin de huelga fue suscrito, en fecha 20 de mayo de 2011, por la representación de la dirección de las empresas filiales o participadas que, a efectos de la negociación, se han venido considerando integradoras del "Grupo Prisa" -entre las que se encuentra Ediciones El País SL- y las representaciones de la Federación de CCOO y

UGT, que ostentan la representación absolutamente mayoritaria en el ámbito de las empresas citadas, así como una representación de los distintos Comités de huelga, que ostentan la condición de representantes unitarios y han sido designados como representantes legítimos, a los efectos del proceso negociador.

El acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial de la Audiencia Nacional, en fecha 14 de enero de 2013, se suscribió por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros de Ediciones El País SL, por una parte, y por Ediciones El País SL, por otra, y, si bien es cierto que esta última parte coincide con la firmante del acuerdo de fin de huelga de 20 de mayo de 2011, no coincide la otra parte, que en el asunto examinado es D<sup>a</sup> Noemí.

Resta por examinar si los sujetos colectivos que han suscrito el acuerdo de conciliación, validado por Decreto de la Secretaria Judicial de la Audiencia Nacional, de 14 de enero de 2013 -la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros de Ediciones El País SL- ostentan la representación de la actora D<sup>a</sup> Noemí.

Respecto al Comité Intercentros hay que señalar que, a tenor del artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores, dichos Comités, que únicamente pueden constituirse en el supuesto de que en el Convenio colectivo se pacte su constitución y funcionamiento, no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el Convenio colectivo en que se acuerde su creación.

El I Convenio Colectivo de Ediciones El País SL (BOE 03/02/2012), prevé la constitución del Comité Intercentros en el artículo 55, que dispone:

Artículo 55. Comités de empresa.

La representación de los Trabajadores de Ediciones El País, S.L., en el ámbito sindical y de negociación colectiva se articulará a través de un Comité Intercentros y de los Comités de Empresa de cada Centro, todos los cuales serán elegidos conforme a la legislación vigente y cuyas funciones serán las que se reseñan en los artículos siguientes.,

Las funciones de dicho Comité, así como de los Comités de Empresa de cada centro, aparecen recogidas en el artículo 56, que establece:

Artículo 56. Composición y funciones de los Comités.

1. Los Comités de Centro estarán constituidos por el número de miembros que resulte de aplicar la escala a que se refiere el artículo 66.1 del Estatuto de los Trabajadores y tendrán las siguientes funciones:

a) Recibir información previa que afecte a su centro de trabajo, relativa a las plantillas, reestructuraciones, modificaciones de jornadas, traslados de instalaciones, planes de formación, etc.

b) Controlar y asegurar el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral y de Seguridad Social, así como el respeto de los pactos, condiciones o usos vigentes en su centro de trabajo, formulando, en su caso, las acciones oportunas ante los organismos y tribunales competentes.

c) Control de la calidad de la docencia y de la efectividad de la misma en los centros de formación y capacitación del centro de trabajo.

d) Vigilancia de las condiciones de seguridad y salud en el centro de trabajo. El Comité podrá instar de la Dirección de Personal o, en su defecto, de los responsables localizables del centro de trabajo, la suspensión de la prestación del trabajo de los trabajadores afectados por el riesgo de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, comunicando, en su caso, su resolución a la Dirección y a la autoridad laboral.

e) En materia disciplinaria, para las faltas graves y muy graves, el Comité de Centro o Delegado de Personal, en su caso, habrá de ser oído previamente, cualquiera que sea su causa.

f) Corresponde, asimismo, a los Comités de Centro el ejercicio de todas las funciones que la legislación vigente encomienda a los representantes de los trabajadores de cada centro de trabajo, pudiendo interponer ante los organismos y tribunales competentes las reclamaciones y acciones que estimen convenientes para la defensa de los intereses y derechos de sus representados.

Deberán reunirse con la Dirección de la Empresa al menos una vez al mes, sin perjuicio de las reuniones de carácter extraordinario que pudieran solicitarse por cualquiera de las partes cuando el caso lo requiera.

2. Se crea un comité Intercentros constituido por un total de seis miembros, que serán elegidos por y entre los miembros de los Comités de Centro. El Comité Intercentros mantendrá al menos una reunión semestral con la Dirección de la Empresa en la que:

a) Será informado de la evolución general del sector económico de la prensa diaria; sobre la evolución de los negocios y la situación de la producción e inversiones y la evolución probable del empleo en la Empresa; sobre la situación contable de Ediciones El País, S.L., y, en general, sobre todo proyecto o acción empresarial que pueda afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores.

b) Será informado, con carácter previo a su ejecución y cuando se refiera a los centros de trabajo, sobre las reestructuraciones de plantilla, cierres totales o parciales, definitivos o temporales, así como de las reducciones de jornada; sobre el traslado total o parcial de las instalaciones empresariales; sobre los planes de formación profesional de la empresa; sobre procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la Empresa y sobre las modificaciones en la actividad empresarial.

c) Acordará con la Dirección de la Empresa, previamente a la negociación colectiva, la composición y demás cuestiones formales y presupuestarias de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo. En todo caso, a dicha Comisión Negociadora asistirán en calidad de asesores, con voz pero sin voto, los delegados de las Secciones Sindicales a nivel de Empresa que cuenten, como mínimo, con el 25% de los delegados totales en los Comités de Centro.

d) El Comité Intercentros podrá formular propuestas a la Dirección de la Empresa, que ésta deberá considerar y debatir conjuntamente con los miembros del Comité.

e) Los gastos del Comité Intercentros derivados de reuniones convocadas por la Dirección serán sufragados íntegramente por ésta de acuerdo con parámetros de razonabilidad y previa aceptación de su coste,.

Asimismo el artículo 56 reconoce al Comité de Empresa la facultad de convocar asamblea de trabajadores y, en su caso, presidirla, comunicando a la empresa la convocatoria con 48 horas de antelación y acordando con ésta las medidas oportunas para evitar perjuicios en la actividad normal de la empresa.

Resulta de la regulación contenida en el citado Convenio, que el Comité Intercentros de Ediciones El País SL se ha arrogado funciones que no tiene ya que en ningún caso puede representar a los trabajadores, ni realizar negociaciones, ni acuerdos, estando limitadas sus facultades a recibir información, acordar la composición de la Comisión negociadora de convenios colectivos, formular propuestas a la dirección de la empresa y convocar y presidir la asamblea de trabajadores. Tal y como resulta del artículo 56.1 f) del Convenio, corresponde a los Comités de Centro el ejercicio de todas las funciones que la legislación vigente encomienda a los representantes de los trabajadores de cada centro de trabajo, por lo que, a tenor del artículo 63.1 del Estatuto de los Trabajadores, es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses. En definitiva, el Comité Intercentros no tiene atribuida funciones de representación de los trabajadores, por lo que el mismo no representa de la actora D<sup>a</sup> Noemí.

En cuanto a la representación que ostenta la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, hay que señalar que no ha quedado acreditado que el citado trabajador pertenezca a CCOO, por lo que, al tener eficacia de convenio extraestatutario el acuerdo de fin de huelga de 20 de mayo de 2011, solo puede ser modificado por los firmantes del mismo, afectando únicamente a los citados firmantes y a los trabajadores por ellos representados. El actor estaría representado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, que firmó el acuerdo de conciliación, validado por Decreto de la Secretaria Judicial de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013, si perteneciera a CC OO, extremo que no ha quedado acreditado.



Al no coincidir los sujetos firmantes del pacto que puso fin a la huelga con los firmantes de acuerdo conciliatorio logrado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, no cabe entender que el citado pacto ha sido sustituido por el acuerdo conciliatorio. El pacto sigue plenamente vigente por lo que es exigible el cumplimiento de lo acordado, en sus propios términos.

3.- No cabe entender, como alega la demandada en su escrito de impugnación del recurso, que las partes decidieron sustituir válidamente, en el ámbito de su propia negociación y representación, conforme a la plena legitimación que les confiere el artículo 87 del ET y con aplicación del principio de modernidad, que determina que un acuerdo posterior sustituye a uno anterior, por lo que sustituye a los Acuerdos de Prisa, válidamente y con el mismo valor de convenio colectivo.

Como ya ha quedado razonado el pacto que pone fin a la huelga no tiene la eficacia de un convenio colectivo estatutario sino extraestatutario y, en consecuencia, no le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores, sino lo establecido en el Código Civil referente a la regulación de los contratos.

En todo caso, aunque se entendiera, a efectos meramente dialécticos, que el pacto que pone fin a la huelga tiene la eficacia de un convenio colectivo estatutario, el acuerdo de conciliación, alcanzado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, no tiene la eficacia de un convenio colectivo .de dicha naturaleza, ya que no ha sido negociado siguiendo los requisitos establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, tanto los referentes a legitimación como a procedimiento.

Siguiendo con el hipotético planteamiento de considerar que el pacto tiene eficacia de convenio colectivo estatutario, procedería señalar que el 22 de noviembre de 2011 se firmó el acta final de la negociación del I Convenio Colectivo de Ediciones El País SL, en su DA, cláusula 11, bajo el epígrafe ,Estabilidad del empleo,, se prevén una serie de medidas para el supuesto de que sea necesario adoptar medidas de reajuste de plantillas, y entre las mismas no se contempla la fijación de la indemnización por despido de forma diferente a la fijada en el Acuerdo de 20 de mayo de 2011, siendo así

que, si la eficacia del pacto fuera la de convenio estatutario, esta hubiera sido la forma adecuada de modificar la citada indemnización por despido.

Tampoco cabe entender que el hecho de que en el pacto de fin de huelga se disponga que „Se podrán establecer factores correctores o variabilidad en cada unidad empresarial, supone que se puede reducir la cantidad fijada como módulo indemnizatorio ya que dicha frase se refiere al conjunto del acuerdo, en especial, al apartado segundo que, de forma genérica, señala que „Constituirá un elemento prioritario y previo para cualquier supuesto de extinción colectiva de contratos de trabajo, la obligación empresarial de definir, concretar y causalizar la existencia y necesidad de los posibles excedentes laborales, tal como está previsto en la legislación laboral española,, sin que del contenido de la citada frase resulte que la voluntad de los firmantes del pacto fue la de permitir que se redujera el importe del módulo indemnizatorio fijado en el mismo. No podemos olvidar que se trata de un pacto de fin de huelga, que tiene su origen en el inicio de un expediente de despido colectivo, y que la finalización de la huelga se consigue por la oferta empresarial referida precisamente a evitar los despidos colectivos acudiendo a las desvinculaciones voluntarias -cláusula cuarta del pacto- y, en el caso de que se produzcan despidos, el módulo indemnizatorio que se fija es sustancialmente superior al legalmente establecido.

SÉPTIMA.- 1.- Procede examinar si el acuerdo de conciliación suscrito ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por Ediciones El País, por un lado y, por otro, la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, produce eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido derivados del despido colectivo efectuado.

2.- La redacción del artículo 124.13 de la LRJS aplicable, es la dada al precepto por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Artículo 124.13 de la LRJS, en redacción dada por Ley 3/2012, de 6 de julio:

«Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos

120 a 123 de esta Ley , con las siguientes especialidades:...b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores que, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley ».

Artículo 160.5 de la LRJS:

«La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquel tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como sentencia contradictoria».

Artículo 124.13 de la LRJS, en redacción dada por el artículo 11 del R D-Ley 11/2013, de 2 de agosto y, posteriormente por Ley 1/2014, de 28 de febrero:

«El trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley , con las especialidades que a continuación se señalan:...b) Cuando el despido colectivo haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores de este artículo, serán de aplicación las siguientes reglas:.. 2.<sup>a</sup> La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores».

3.- El examen del artículo 124.13 b) de la LRJS , en la redacción aplicable al supuesto examinado, la dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, nos conduce a concluir

que la conciliación lograda en el seno del procedimiento de impugnación del despido colectivo, validada por Decreto de la Secretaría Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, que tiene la consideración de conciliación judicial - artículo 84.1 de la LRJS - no produce efectos de cosa juzgada en los procesos individuales de impugnación del despido planteados por los trabajadores afectados.

Las razones son las siguientes:

Primero: El artículo 124.13 b) de la LRJS dispone: „Si una vez iniciado el proceso individual se presentase demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley „.

Por lo tanto se reconoce eficacia de cosa juzgada a la resolución de la demanda si la demanda de los representantes de los trabajadores se presenta una vez que ya se ha iniciado el proceso individual. En el asunto examinado la demanda formulada por los representantes de los trabajadores se presentó el 5 de diciembre de 2012 y la interpuesta por el trabajador individual se presentó el 9 de enero de 2013, es decir, con posterioridad a que se presentase la demanda de los representantes de los trabajadores, por lo que no se cumple el primer requisito para que la cosa juzgada despliegue su eficacia, a saber, que se haya iniciado el proceso individual cuando se presente la demanda por los representantes de los trabajadores.

Segundo: El tenor literal del precepto, primer canon hermenéutico, a tenor del artículo 3 del Código Civil, al establecer que la resolución de la demanda de despido colectivo „una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada, conduce a determinar que tal resolución, necesariamente ha de ser una sentencia.

En efecto, el carácter de firme únicamente se predica de la sentencia, no de la conciliación judicial.

Al reconocer el precepto a la resolución de la demanda eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual, en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley,

nos conduce a determinar que, dado que dicho precepto dispone que la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, únicamente cabe reconocer dicho efecto en el ámbito del despido colectivo, a la sentencia que ponga fin al mismo. El precepto vuelve a referirse a la sentencia firme, al señalar, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme.

Tercero: La modificación del precepto, operada por el artículo 11 del R D-Ley 11/2013, de 2 de agosto y, posteriormente por Ley 1/2014, de 28 de febrero, que ha variado profundamente su redacción.

En efecto, el artículo 124.13 b), en la redacción actualmente vigente, dispone: ,Cuando el despido colectivo haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores de este artículo serán de aplicación las siguientes reglas: 2ª) La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales,, No se exige que la impugnación del despido por los representantes de los trabajadores se efectúe una vez iniciado el proceso individual -a diferencia de la redacción anterior del artículo 124.13 b)- y se introduce la conciliación judicial, que antes no estaba contemplada, entre los supuestos de terminación del proceso, que producen efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales.

A mayor abundamiento hay que señalar que la nueva redacción del precepto no se ha limitado a añadir la conciliación judicial como supuesto que produce efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido pendientes de resolución, sino que ha fijado en que consiste la eficacia de cosa juzgada, no procediendo a remitir al artículo 160.5 de la LRJS , como en la redacción anterior del precepto, sino que dispone que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores.

Cuarto: El efecto que produce la cosa juzgada, tanto respecto a los elementos subjetivos - artículo 222.3 LEC -, como a los objetivos - artículo 400.2 de la LEC -, es diferente si la misma dimana de una sentencia que si tiene su origen en una conciliación -transacción judicial-, tal y como se consigna en el fundamento de derecho undécimo de

esta resolución, siendo mucho más amplio el efecto que acarrea la sentencia que el que deriva de la conciliación judicial.

Quinto: La exposición de motivos del R D Ley 11/2013, de 2 de agosto y de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, señalan que el artículo 11 modifica la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en relación con la modalidad procesal de despido colectivo para que la impugnación colectiva asuma un mayor espacio. En esta asunción de mayor protagonismo de la impugnación colectiva se encuentra, entre otros, la posibilidad de que la conciliación judicial, suscrita por los representantes de los trabajadores y la empresa, produzca eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de impugnación del despido que puedan plantear los trabajadores afectados.

4.- En definitiva, de los anteriores razonamientos resulta que la conciliación judicial, lograda en el proceso de impugnación por los representantes de los trabajadores del despido colectivo, en supuestos de despidos acaecidos bajo la vigencia del artículo 124.13 de la LRJS, en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, no tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido pendientes o que puedan plantearse. Si produce dicha eficacia la conciliación judicial en los supuestos de despidos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor del R D Ley 11/2013, de 2 de agosto.

En el asunto examinado, al haberse producido el despido -tanto la tramitación del despido colectivo como el despido individual- bajo la vigencia del artículo 124.13 de la LRJS , en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, la conciliación lograda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento de impugnación del despido colectivo, validada por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013 no tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales de despido y, por lo tanto, no tiene dicho efecto sobre el despido ahora examinado.

OCTAVA.- 1.- Procede examinar si puede predicarse el efecto de cosa juzgada del acuerdo de conciliación judicial en aplicación, no de las normas específicas que regulan la impugnación del despido colectivo y la demanda individual de impugnación

de los despidos derivados de dicho despido colectivo, sino en aplicación de las normas generales del Código Civil y LEC que regulan la materia.

2.- Respecto a la cosa juzgada hay que distinguir los dos efectos que puede producir la misma, el negativo o excluyente y el positivo o prejudicial. El primero aparece contemplado en el apartado 1 del artículo 222 de la LEC , al señalar: La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo,. El efecto positivo o prejudicial se regula en el apartado 4 del artículo 222 de la LEC , que dispone: Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal,.

En el asunto examinado nos estamos refiriendo al efecto positivo o prejudicial que supone que el efecto de cosa juzgada no excluye el ulterior proceso, pero si aparece como una premisa de la que se ha de partir, vinculando al Tribunal al resolver el proceso posterior.

3.- En cuanto a si la conciliación judicial tiene eficacia de cosa juzgada, hay que poner de relieve, en primer lugar, que no cabe identificar la eficacia de cosa juzgada con la ejecutividad de un título judicial o extrajudicial.

Títulos ejecutivos son los que llevan aparejada ejecución y la LEC, en el artículo 517.2 -aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 237.1 y DF cuarta de la LRJS y artículo 4 de la LEC - enumera dichos títulos, apareciendo entre los mismos, en el apartado 2.3º, las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso. Por su parte el artículo 84.5 de la LRJS establece: La conciliación y los acuerdos entre las partes aprobados por el secretario judicial o, en su caso, por el juez o tribunal se llevarán a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias,. Por lo tanto, está fuera de toda duda que la conciliación judicial -dicha consideración la tiene la conciliación lograda ante el secretario judicial, a tenor del artículo 84.1 de la LRJS - es un título ejecutivo ya que lleva aparejada ejecución.

NOVENA.-1.- Para determinar si la conciliación judicial produce efectos de cosa juzgada y con qué amplitud, debemos fijar, en primer lugar su naturaleza.

Se ha reconocido que tiene el carácter de una transacción judicial, tal y como resulta de la regulación de dicha figura.

A este respecto hay que señalar que el concepto de transacción recogido en el artículo 1809 del Código Civil - Es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado,- presenta como elementos esenciales: 1º) Una relación jurídica incierta. 2ª) La intención de los contratantes de sustituir a la relación dudosa una relación cierta e incontestable y 3ª) una recíproca concesión de las partes, por virtud de la cual, cada una de ellas dando, reteniendo o prometiendo algo sufra un sacrificio. En cuanto al último requisito resulta que pueden ser objeto de transacción todos los derechos controvertidos o dudosos, siempre que por ser de interés privado y estar en el comercio sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares. La transacción judicial -la que se concluye para poner término a un pleito comenzado, comunicándose al juzgado- puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos, o de la ejecución de sentencia, a tenor de lo establecido en el artículo 19.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- El artículo 1816 del Código Civil dispone que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.

La transacción judicial tiene reconocido el efecto de cosa juzgada, si bien en términos menos amplios, que los que establece el artículo 222 de la LEC para las sentencias firmes. En efecto, dicho precepto regula con mayor amplitud que el artículo 1816 del Código Civil el ámbito subjetivo al que se extiende la cosa juzgada negativa o excluyente, ya que afecta no solo a las partes -como el 1816 del Código Civil- sino también a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 222.3 de la LEC. Por su parte el artículo 400.2 de la LEC amplía el ámbito objetivo de la cosa Juzgada al disponer: De conformidad con lo dispuesto en el apartado



anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste,, es decir, que la cosa juzgada se extiende no solo a lo alegado en el proceso sino también a todos los hechos y fundamentos jurídicos que pudieron alegarse en el mismo. Tal previsión no aparece en el artículo 1816 del Código Civil respecto a la transacción.

3.- En principio parece que podría aplicarse al supuesto debatido la previsión contenida en el artículo 1816 del Código Civil y, por tanto, que el acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, alcanzado en el seno de un procedimiento de impugnación de despido colectivo, produjera efectos de cosa juzgada en los procesos individuales derivados del citado despido colectivo.

Ocorre, sin embargo, que el artículo 1816 del Código Civil, al igual que el 222.4 de la LEC -para el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada- exigen que las partes sean las mismas - artículo 1816 del Código Civil - o que los litigantes sean los mismos - artículo 222.4 de la LEC - y en el supuesto examinado no concurre la requerida identidad subjetiva.

En efecto, los sujetos que lograron el acuerdo conciliatorio, validado por Decreto de la Secretaria Judicial, en fecha 14 de enero de 2013, fueron la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y el Comité Intercentros de Ediciones El País SL, de una parte y, de la otra, la empresa Ediciones El País SL y, si bien es cierto que esta última parte coincide en el procedimiento de impugnación del despido individual, no coincide la parte actora, que en el asunto examinado es D<sup>a</sup> Noemí -sin que quepa entender que está representada por los sujetos colectivos firmantes del acuerdo conciliatorio, tal y como se razona en el fundamento de derecho noveno, apartado 2 de esta resolución-, por lo que no se produce el efecto de cosa juzgada.

4.- El artículo 222.4 de la LEC, prevé que la eficacia de la cosa juzgada, se extienda a otro proceso cuando así lo establezca una disposición legal. El artículo 124.13 de la LRJS, en redacción dada por Ley 3/2012, de 6 de julio, prevé esa extensión en el supuesto de que iniciado un proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores y respecto a la sentencia firme que resuelva la

impugnación del despido colectivo, pero no tiene dicha previsión para el supuesto de que la citada impugnación finalice con conciliación judicial. Por lo tanto tampoco cabe por este camino aplicar la eficacia de cosa juzgada.

DÉCIMA.- 1- Por todo lo razonado, entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar en parte el recurso de tal clase interpuesto por D<sup>a</sup> Noemí y, manteniendo la sentencia impugnada tal como se consignó, revocarla en el extremo relativo a la indemnización que ha de abonar la demandada por despido, condenando a EDICIONES EL PAÍS SL a abonar a la demandante la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, con el tope de 42 mensualidades, deduciéndose de la misma el importe de la indemnización ya percibida.

Madrid, a 28 de abril de 2017

QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO, EXCMA. SRA. D<sup>ña</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA N<sup>o</sup> 490/2016.

No se discrepa del signo del fallo sino de una de las razones esgrimidas para llegar al mismo, alcance del acuerdo alcanzado el 20-5-2011, y del carácter preponderante que a esa justificación se otorga habiendo relegado la sentencia a un segundo plano en cuanto al debido desarrollo el análisis de las cuestiones que sirven para dirimir la controversia cuestiones planteadas por el recurso atinentes al valor de cosa juzgada y su desarrollo al limitarse a dar por sentado que hasta la afirmación del valor de cosa juzgada sin razonar a que obedece esa conclusión.

Este voto particular parte en primer término de considerar el acuerdo de 20-5-2011 como un pacto que en relación al alcance de la cifra módulo, 45 días por año con un tope de 42 mensualidades el importe es claro y terminante y la mención de, factores correctores o de variabilidad en cada unidad empresarial, no contempla una minoración en la cuantía de tal entidad como es la reducción a 38 días por año a trabajadores que no cuentan 58 años).

A partir de este criterio se considera en el voto que lo trascendente es delimitar la naturaleza y efectos del acuerdo alcanzado en conciliación judicial el 14-1-2013 y la legitimidad y capacidad negociadora de quienes en él intervinieron.

La cuestión a resolver en la presente litis versa acerca si debe otorgarse prevalencia en materia de cuantía de las indemnizaciones por despido colectivo al Acuerdo alcanzado entre el Comité de huelga y las empresas que integran el grupo, el 20 de mayo de 2011 o bien al Acuerdo alcanzado en Conciliación el 14 de enero de 2013 en el curso de la tramitación de la demanda por despido colectivo, que incluía al actor, habiendo finalizado el periodo de consultas sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012 .

Como se ha visto al analizar la contradicción concurren en la controversia tres procesos separados y, en principio, independientes. De una parte, Ediciones El País S.L. negociaba un Convenio Colectivo cuyo Acta Final se firma el 22 de noviembre de 2011 en el que no se contiene previsión alguna acerca de las indemnizaciones por despido que pudieran tener lugar. Por otro lado, el Grupo PRISA y el Comité de huelga de todas las empresas que lo integran alcanzan un acuerdo el 20 de mayo de 2011, suscrito el 14 de junio de 2011, en el que se comprometen a acometer proceso de reestructuración que pueda afectar al volumen de empleo, incluyendo el pacto sobre la cuantía de las indemnizaciones por despido colectivo, a razón de 45 días por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades. Y por último, iniciado expediente de despido colectivo que finaliza sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012 y en el que estaba incluido el actor, se interpone demanda de despido colectivo ante la Audiencia nacional el 5 de diciembre de 2012 por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones obreras y por el Comité Intercentros de Ediciones el País S.A al tiempo que se inicia negociaciones entre representantes de los trabajadores y la empresa en las que se obtiene un preacuerdo sometido a la Asamblea de trabajadores que vota a favor del mismo, llegando el 14 de enero de 2013 a un Acuerdo Conciliatorio que entre otros particulares incluye una cuantía indemnizatoria que distingue entre trabajadores con 58 años y el resto siendo para estos últimos a razón de 38 días por año de servicios y abrir un plazo de adscripción voluntaria. De dicho acuerdo se instó la ejecución por los trabajadores al haber abonado la empresa la cantidad pactada solamente a quienes no pusieron tacha al

documento , no haciéndolo a los que pretendía formar con no conformidad. Paralelamente a la ejecución instada por los representantes de los trabajadores, éstos individualmente interpusieron sus demandas. La impugnación colectiva finalizó por Auto de la Audiencia nacional de 30 de enero de 2013 que con parcial estimación de lo pedido acordó requerir a la demandada de suerte que la indemnización sea abonada a los que la reciban sin mostrar disconformidad y en otro caso se consigne su importe al tiempo que razona acerca de la naturaleza y efectos del Acuerdo de Conciliación.

La controversia así planteada sugiere dos magnitudes que entran en concurrencia y la decisión bajo esa perspectiva debería ceñirse a decidir cuál de las dos debe anteponerse a la otra. Sin embargo, cabe cuestionar si esa es la óptica correcta para afrontar la resolución del conflicto planteado.

Comenzando el análisis de los dos supuestas fuerzas en oposición, la descripción del acuerdo obtenido el 20 de mayo de 2011 y suscrito por las distintas representaciones de los trabajadores el 14 de junio de 2011 presenta el resultado de una negociación colectiva llevada a cabo entre las empresas filiales o participadas que se han considerado integradoras del Grupo Prisa y la representación de los trabajadores (Comité de Huelga de todas ellas). En dicho acuerdo se establecía como plazo de vigencia de aplicación y desarrollo, hasta la finalización de los compromisos adquiridos.

En cuanto al Acuerdo de 14 de enero de 2013 su valor y características son las que le confieren los artículos 124-13 de la LRJS en la redacción anterior a la modificación operada en virtud del artículo 11.1 del R.D.L 11/2013 de 2 de agosto , y artículos 83 a 85 , ambos inclusive, del citado texto procesal.

Se trata de un acuerdo alcanzado en la Secretaría de la Audiencia Nacional posibilidad que la LRJS ofrece en los siguientes términos a tenor del artículo 84 del citado texto : "1. El secretario judicial intentará la conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia, y advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Si las partes alcanzan la avenencia, dictará decreto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones. Del mismo modo, corresponderá al secretario judicial la aprobación del acuerdo alcanzado por las partes antes del día señalado para los actos de conciliación y juicio. La conciliación y la

resolución aprobatoria, oral o escrita, se documentarán en la propia acta de comparecencia.

La conciliación alcanzada ante el secretario judicial y los acuerdos logrados entre las partes aprobados por aquél tendrán, a todos los efectos legales, la consideración de conciliación judicial".

"5. La conciliación y los acuerdos entre las partes aprobados por el secretario judicial o, en su caso, por el juez o tribunal se llevarán a efectos por los trámites de la ejecución de sentencias."

"6. La acción para impugnar la validez de la conciliación se ejercitará ante el mismo juzgado o tribunal al que hubiera correspondido la demanda, por los trámites y con los recursos establecidos en esta Ley. La acción caducará a los treinta días de la fecha de su celebración. Para los terceros perjudicados el plazo contará desde que pudieran haber conocido el acuerdo. Las partes podrán ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos y la impugnación por los posibles terceros perjudicados podrá fundamentarse en ilegalidad o lesividad", siempre en los términos de la indicada redacción, vigente en la fecha en la que Acuerdo tuvo lugar."

En cuanto a la conexión de las normas a las que nos acabamos referir con el proceso en el que concretamente se produce la conciliación el artículo 124-13 dispone que cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades:

"a) Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados."

"Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos, siempre que no se haya impugnado la decisión extintiva, de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, por los representantes de los trabajadores no firmantes del acuerdo."

"b) Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley. "

"c) El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de esta Ley, cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista."

"También será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia".

No requiere mayor esfuerzo de interpretación llegar a la conclusión de que el término „resolución" alude a la finalización del proceso, ya sea por sentencia ya lo sea a través de la conciliación judicial pues como hemos visto ese valor posee la conciliación formalizada con intervención de quien sea titular de la Secretaría, artículo 84.1 de la L J S, y cuya aprobación requiere para revestir validez, mismo apartado, hasta el punto de emitir resolución aprobatoria , lo que excluye toda incomodidad interpretativa a la hora de incluir dicho acto de aprobación en la noción de, resolución, a la que hace referencia el artículo 124-13 de la LRJS , cuyo significado es el de haber puesto fin al proceso, excluidos obviamente el desistimiento y el allanamiento.

Tampoco es discutible el valor de sentencia firme que posee dicha actuación por cuanto el artículo 84.5 de la LRJS le confiere virtualidad ejecutiva para ser cumplidos por los trámites de las sentencias firmes, como también lo hace con el acuerdo de

conciliación o mediación y los laudos arbitrales firmes regulados en los artículo 67 y 68 de la LRJS.

En cuanto a valor como cosa juzgada, examinado este concepto en forma genérica, es decir, al margen del supuesto específico del artículo 124-13 de la LJS, el Código Civil, en su artículo 1816 establece que la transacción tiene para las partes el valor de cosa juzgada, sin haber mediado aprobación judicial y solo en el caso de existir ésta procede la vía de apremio. Tampoco existe violencia interpretativa alguna en atribuir aquel carácter de cosa juzgada, con el mismo alcance limitado, a la conciliación judicial a la que se hace equivaler la alcanzada en la Secretaría del Juzgado o Tribunal.

Es cierto que el valor de sentencia firme supone en principio la virtud de servir de título para el apremio y así ocurre con la conciliación no judicial ante el órgano competente de la Administración, mediación y laudos contemplados en los artículos 67 y 68 de la LJS y con la conciliación judicial cuya consideración posee la celebrada en Secretaría, ex artículo 84. 1 y 5 de la LJS, que en principio la sentencia firme produce el valor de cosa juzgada y que todo caso ateniéndonos a lo dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil lo producirían ya que en la esencia de todas las modalidades citadas se encuentra la transacción pero eso sí, operando ésta en los términos del artículo 1251 del Código Civil , debiendo concurrir la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

No cabría por lo tanto hacer que la conciliación judicial sea hecha de peor condición que la transacción no judicial, debiendo producir el efecto de cosa juzgada en dichos términos dadas las condiciones de mérito con arreglo al artículo 1251 el Código Civil . Sin embargo, en el caso del artículo 124-13 de la LJS no nos hallamos ante una cosa juzgada que se ajuste estrictamente a los límites del artículo 1251 del Código Civil, razón por la que el legislador ha formulado una declaración específica de cosa juzgada.

Efectivamente, con ello se prevé que no concurra la más plena triple identidad y de no ser por esa expresa declaración, lo resuelto acerca del despido colectivo nunca podría alcanzar a producir el efecto de cosa juzgada en el despido individual.

No puede existir coincidencia en cuanto al objeto, un acuerdo o una decisión unilateral en el despido colectivo, y una extinción individual en el despido derivado de aquel.

Tampoco en la causa de pedir. Se encuentran tasadas las causas por las que se puede impugnar el despido colectivo, son las previstas en el artículo 124-2,a) b) c) y d) en tanto que las causas para la impugnación del despido individual serán las del apartado 13- del citado precepto, además del artículo 122 2. y 3, de la LJS y por las causas establecidas en el apartado 13-c) de la referida ley procesal.

En cuanto a las personas que figuran como partes demandantes y demandada y la calidad con que lo fueron , en el despido colectivo, el artículo 124.1 de la LJS, reconoce legitimación activa para el despido colectivo tanto a los representantes legales de los trabajadores como a los sindicales siempre que éstos tuvieran implantación en el ámbito del despido colectivo , figurado como parte demandada no solo la empresa sino también quienes hubieren firmado el acuerdo en el caso de que éste se hubiere producido.

Por el contrario en el despido individual la parte actora está representada por los trabajadores despedidos y la demandada por la empresa, determinados trabajadores cuando el objeto verse sobre preferencias atribuidas y los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquellos, siempre que no haya impugnado la decisión extintiva por los representantes no firmantes del acuerdo aprobación.

La situación descrita explica la razón por la que el artículo 124-13 formula un expresa declaración de cosa juzgada atribuyéndola a la, resolución, del litigio en vía colectiva. Dos son las razones, ni existe la triple identidad del artículo 1251 del Código Civil ni su extensión es completa ya que en la redacción anterior a la modificación operada por el artículo 11.1. del RDL 11 /2013 de 2 de agosto de la norma remite al artículo 160-5 de la misma Ley , efectos de la cosa juzgada de la sentencia dictada en conflicto colectivo, remisión genérica cuyos estrictos límites aun siendo previsibles fueron aclarados de manera pormenorizada a través de las menciones que a raíz de la



reforma de 2013 incluye la modificación del texto, pues las cuestiones ,de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en apartados anteriores, no pueden ser incluidas en el efecto de la cosa juzgada por ser contrario a su naturaleza, a tenor del artículo 1251 del Código civil con carácter general, y de modo especial porque al ser ésta una cosa juzgada creación del legislador, sobrepasando los límites de la formulación general, solo las cuestiones que afectan con carácter de generalidad, entre ellas el importe de las indemnizaciones acordadas para todos o las diferentes grupos de trabajadores, pueden ser materia de cosa juzgada.

Sentado como base de la discusión cuanto se ha dicho, y acerca de la especial naturaleza de la cosa juzgada tal como se contempla en el artículo 124 -13 de la LJS, antes y después de la reforma motivada por el artículo 11.1 del R D L 2272013 de 2 de agosto y de la modalidad de conciliación judicial en la expresión ,resolución de la demanda" también en las diferentes redacciones dada al citado precepto, resta por determinar qué efecto intrusivo puede tener el acuerdo alcanzado el 14-1-2013 entre los representantes legales de los trabajadores y dicha empresa, respecto al Acuerdo de desconvocatoria de huelga suscrito el 14 de junio de 2012 por el Grupo de empresas y las centrales sindicales UGT y CC.OO.

Es preciso deslindar en primer lugar la legitimación para interponer la demanda frente al despido colectivo en el entendimiento de que es esta la cuestión a analizar sin confundirla con una renegociación del pacto de desconvocatoria de huelga. Al respecto el artículo 124.1 de la LJS faculta por igual a los representantes legales de los trabajadores y a los representantes sindicales, siempre que éstos cuenten con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. Asumió la representación el Comité Intercentros y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras con el elemento sobreañadido de que el preacuerdo inicial fue sometido a votación en asamblea entre todos los trabajadores a quienes afectaba (H.P.4). No se ha discutido el grado de implantación de la central sindical lo que viene a salvar que el Comité Intercentros no tenga atribuida por Convenio Colectivo (B O E de 3-2-2012), la capacidad para representar a los trabajadores en el ejercicio de acciones y reclamaciones al venir atribuida a los Comités de centro (art. 56. 1. f del citado convenio).

Nos hallamos ante un supuesto de representación legalmente atribuida bastando con que se ajuste a las exigencias del artículo 124.1 de la LJS para que pueda desempeñar cuantas funciones ordinariamente tiene quien ejercita una acción ante la Administración de justicia, sin necesidad de específico apoderamiento lo que le faculta para transigir en el ámbito de su reclamación como lo prueba la posibilidad de conciliación.

En cuanto a los límites de la reclamación vienen definidos de manera específica en el artículo 124. 2 de la LJS y en cuanto a las posibles cuestiones conexas, para las que existe un margen dados los términos del segundo párrafo del punto 2. Apartado d) al disponer que, en ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo.

Que la controversia versaba sobre el importe de la indemnización no deja lugar a dudas y a la vista del hecho probado tercero de esta sentencia en la que se hace referencia al hecho cuarto de la demanda de despido colectivo y por cuanto el periodo de consultas acabó sin acuerdo y la empresa envió las comunicaciones apartándose del pacto suscrito el 14 de junio de 2011 con imposición unilateral de un módulo de 20 días por año. Del texto transcrito del artículo 124 no puede caber la duda de que la impugnación de la decisión empresarial venía motivada, entre otros extremos, por la cuantía indemnizatoria ya que la impuesta por la empresa se ajusta a la cifra legalmente prevista con o sin acuerdo. La empresa se había apartado unilateralmente de lo acordado el 14 de junio de 2011 y no se había llegado a un acuerdo tras el periodo de consultas. La reclamación judicial realmente abre una nueva negociación que culmina en la conciliación de 14 de enero de 2013. El acuerdo consiste en que no se mantiene ni el importe preconizado por la empresa ni tampoco el derivado del acuerdo alcanzado el 14 de junio de 2011.

En cuanto a la disponibilidad de los derechos de los trabajadores, el artículo 3.5 la niega para los derechos que nacen de los reconocidos por disposiciones legales de

derecho necesario y los originados en Convenio Colectivo reconocidos por el mismo como indisponibles, característica esta última que no consta que reúna el pacto de 14 de junio de 2011.

Lo anterior conduce a la conclusión de que no cabe negar a quienes legítimamente sostuvieron la pretensión impugnatoria de despido colectivo la capacidad para obtener un acuerdo de conciliación que no ha transgredido los límites establecido en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, habiéndose pronunciado con anterioridad esta Sala, si bien a propósito de otra cuestión acerca del efecto de cosa juzgada de la conciliación obtenida el 14-1-2013, en el ATS 25-3-2015 (R. 870/2014).

Es oportuno resaltar a través de este voto como el acuerdo de 20-5-2011 ha sido objeto de una suerte de abandono, por los interesados en las diferentes unidades o al menos así aparenta ser en el caso de Ediciones El País, S. L. habiendo servido tan solo como parapeto que pusiera fin a un despido grupal de PRISA.

Alcanzado el acuerdo con valor de convenio colectivo el 20-5-2011, firmado el 14-6-2011, a los cinco meses, 22-11-2011 se firma el acta final de la negociación del convenio colectivo de Ediciones El País, S.L. (2011-2013) en cuya Disposición Adicional Segunda se contempla una serie de previsiones sobre las posibles reestructuraciones en el futuro cuya formulación reviste el carácter de una fórmula de estilo que no hace alusión alguna al acuerdo de 20-5-2011, y ello teniendo en cuenta que el convenio colectivo se firma en noviembre de 2011 siendo inminente la puesta en marcha de un despido colectivo en la unidad empresarial en este caso demandada Ediciones El País, S.L. cuyo periodo de consultas finaliza el 8 de noviembre de 2012 sin acuerdo, seguido de un despido colectivo impugnado mediante la demanda de esa naturaleza fechado el 5 de diciembre de 2012. No obstante ese, abandono, material no obsta a su supervivencia formal y un conflicto de prevalencia con respecto a la conciliación judicial de 14-1-2013 debió ser resuelto con arreglo al criterio que sostiene este voto particular.

**24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017**  
**NÚMERO RECURSO: 1864/2015**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 26 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 5 de Granada dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « Que estimando las demandas interpuestas por Doña Carmela y D. Octavio contra la CONSEJERIA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA y la CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA declaro el derecho de los actores al cobro del Plus de Peligrosidad, Toxicidad y Penosidad desde el 29 de marzo de 2007 hasta la actualidad y en lo sucesivo mientras persistan las mismas condiciones, y se condena a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que abone a los actores la cantidad de DOCE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON TREINTA Y CINCO EUROS (12.654,35 €) correspondiente al periodo de tiempo devengado de 29 de marzo de 2007 a 31 de agosto de 2014.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

« PRIMERO: Doña Carmela con D.N.I. núm. NUM000 y D. Octavio con D.N.I. núm. NUM001, vienen prestando servicios para la CONSEJERIA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, en el espacio natural de Sierra Nevada (Granada), desde el día 1 de julio de 2006 con la categoría profesional de Interprete Informador y percibiendo en concepto de salario base las siguientes cuantías: Año 2007: 704,05 C. Año 2008: 718,14 C. Año 2009: 732,51 C. Año 2010 hasta mayo: 734,71€. Año 2010 desde junio hasta hoy: 697,98 C.

SEGUNDO: Los actores reclaman el abono del plus de peligrosidad del 20% del sueldo base devengado en el tramo temporal comprendido entre el 20 de marzo de 2007 hasta la actualidad y la continuidad de dicho abono mientras tanto persistan las condiciones laborales actuales.

TERCERO: Los actores vienen realizando en su puesto de trabajo las siguientes funciones: Realización de senderos-con escolares, asociaciones y todo tipo de público. Labores de control y seguimiento de actuaciones en el territorio con emisión de informes y comunicaciones. Acompañamiento y asesoramiento al personal técnico de! Espacio. Diseño y seguimiento de senderos en el Espacio Natural. Diseño y participación en la campaña de seguridad en montaña de! Espacio Natural. Seguimiento de infraestructuras de uso público en el espacio protegido (refugios de montaña, carriles, centros de visitantes, puntos de información, etc.). Colaboración con el SEREIM (Servicio de Rescate de Alta Montaña de la Guardia Civil) para localización de accidentados y/o perdidos. Servicio de control y seguimiento de actividades de uso público. Participación y colaboración en estudios realizados por asistencias técnicas y otras instituciones. Información y seguimiento de visitantes y ciudadanos de! Espacio Natural.

Su puesto de trabajo está situado a más de 1500 metros de altura en montaña en territorio por encima de los 2000 metros con alturas de hasta 3482 metros. Los riesgos a los que están sometidos en el cometido de sus funciones son:

Los riesgos a que están sometidos son: Riesgo de accidente en los medios de transporte debido a las irregularidades del terreno, falta de luz, pistas y caminos de alta montaña, etc. Riesgo de accidente en los desplazamientos entre las distintas poblaciones donde realiza sus funciones. Riesgo por caídas de distinta índole en los desplazamientos a pie, en ocasiones en terreno de alta montaña. Riesgo de exposición prolongada a la radiación solar. Riesgo a las picaduras de insectos y reptiles. Riesgo de exposición a venenos. Riesgo de exposiciones a condiciones extremas de calor y frío por inclemencias del tiempo. Riesgo de dificultad de atención y rescate en caso de sufrir un accidente. Riesgo por amenazas y agresiones por parte de cazadores furtivos, etc. Condiciones de trabajo en soledad y aislamiento, a veces en solitario, con dificultades para la cobertura tanto telefónica como por radio y con oscuridad en la franja horaria de invierno.

Las medidas de control puestas por la administración son: Vestimenta de trabajo tanto de invierno, como de verano, consistente en: 1.-Pantalones. 2.- Botas. 3.-

Calcetines. 4.- Camisas. 5.- Jersey. 6.-Chalecos etc... En la actualidad, en cuanto al vestuario se refiere no se le ha renovado desde el 1 de julio de 2006. Vehículos todo terrenos en buen estado, pasan revisión I.T.V., dotados de emisora, y de aire acondicionado, y extintor de incendios, aunque no en todos. Disponen de emisora portátil. No ha recibido formación específica en materia de lucha contra-incendios. Si la ha recibido en socorrismo y primeros auxilios. Disponen de botiquín de primeros auxilios, aunque no los revisan periódicamente. Han solicitado accesorios y complementos de alta montaña vía sindical.

CUARTO: En fecha de 7 de marzo de 2013 los actores formulan reclamación previa frente a la Consejería demandada. En fecha de 24 de abril de 2007 se solicita el preceptivo informe Técnico y se recibe el 31 de agosto de 2007 y en fecha de 9 de julio de 2013 se emite propuesta de resolución de la reclamación previa en sentido desestimatorio que se recibe el 31 de agosto de 2007 cuya resolución expresa no consta. Se interpone demanda en fecha de 4 de junio de 2013.

QUINTO: Resulta de aplicación el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Junta de Andalucía que en su Anexo I, dentro del Grupo Profesional III, describe el puesto de trabajo de Interprete -Informador como "Son los trabajadores que ejerciendo funciones administrativas, tienen como actividad principal la de atención al público en las Oficinas de Turismo, conociendo u aplicando, al menos, dos idiomas modernos.

Asimismo realizan cualquier otra función, de la misma o análoga naturaleza, que se les pueda encomendar".

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2015 en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA y la CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. CINCO DE GRANADA, en fecha 26 de septiembre de 2014 , en autos número

556-13, seguidos a instancia de Da. Carmela y D. Octavio , sobre materias laborales individuales, contra las referidas Consejerías, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, absolviendo a las demandadas de las peticiones en su contra, contenidas en dicha demanda.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Doña Carmela y de Don Octavio , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, en fecha 26 de noviembre de 2014, recurso nº 1862/14 , denunciando la infracción del art. 58.14 del Convenio Colectivo que regula los complementos y pluses salariales.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 14 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 27 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Los demandantes, que prestan servicios como "intérprete informador" en el Espacio Natural de Sierra Nevada por cuenta de la Junta de Andalucía a través de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio reclamaron cantidades que consideran devengadas en concepto de complemento de peligrosidad, toxicidad y penosidad desde el 29 de marzo de 2007 hasta la fecha actual El Juzgado de lo Social estimó las demandas y su resolución fue revocada en suplicación.

La sentencia recurrida considera que los riesgos alegados son inherentes al ejercicio de sus funciones y en todo caso de ser extremos se producirían con carácter ocasional.

Recurren los demandantes en casación para la unificación de doctrina y ofrecen como sentencia de contraste la dictada el 26-11-2014 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada.

En la sentencia de comparación se trata también de un trabajador que desempeña en el Espacio Natural de Sierra Nevada sus funciones de intérprete-informador con suficientes conocimientos técnicos y prácticos, tiene encomendadas las funciones especializadas en los casos de extranjeros o a los alumnos extranjeros en los Centros o cuidados correspondientes y traducción del material que se les encomiende al que se le deniega por la Junta de Andalucía el derecho a percibir el complemento de peligrosidad, toxicidad y penosidad. La sentencia de instancia había estimado la demanda y lo resuelto es confirmado en suplicación. La sentencia referencial mantiene el reconocimiento del plus controvertido pese a la percepción por el trabajador de un complemento específico de puesto de trabajo que ya retribuye y comprende los riesgos inherentes a tal desempeño y sus condiciones, por entender que existen notables diferencias entre con las condiciones en el centro al que se halla adscrito el demandante respecto del resto de los interpretes informadores que lo hacen en otras oficinas o centros turísticos, donde no existen las excepcionales condiciones climáticas, orográficas o de fauna potencialmente peligrosas.

Entre ambas resoluciones existe la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L J S, inclusive a fortiori ya que si bien en la sentencia de contraste se analiza la cuestión relativa a la compatibilidad del plus reclamado con otro que percibe el demandante, es lo cierto que el reconocimiento se efectúa a pesar de dicha circunstancia que no consta en la recurrida.

SEGUNDO.- Los recurrentes alegan la infracción de los artículos 57 y 58.14 del VI Convenio Colectivo del personal Laboral de la Junta de Andalucía, al considerarse acreedores a complemento de peligrosidad, penosidad y toxicidad regulado en el artículo 58.14 del citado convenio.

La definición de las tareas propias de su categoría, interprete -informador, nos da noticia de que "ejerciendo funciones administrativas, tiene como actividad principal, la de atención al público, en las oficinas de turismo, conociendo y aplicando al menos dos



idiomas modernos y que así mismo realizarán cualquier otra función, de la misma o análoga naturaleza, que se les pueda encomendar".

No obstante, la descripción que la sentencia recurrida ofrece de las funciones que los demandantes vienen realizando es la siguiente:

“Los actores vienen realizando en su puesto de trabajo las siguientes funciones: Realización de senderos-con escolares, asociaciones y todo tipo de público. Labores de control y seguimiento de actuaciones en el territorio con emisión de informes y comunicaciones. Acompañamiento y asesoramiento al personal técnico de! Espacio. Diseño y seguimiento de senderos en el Espacio Natural. Diseño y participación en la campaña de seguridad en montaña de! Espacio Natural. Seguimiento de infraestructuras de uso público en el espacio protegido (refugios de montaña, carriles, centros de visitantes, puntos de información, etc). Colaboración con el SEREIM (Servicio de Rescate de Alta Montaña de la Guardia Civil) para localización de accidentados y/o perdidos. Servicio de control y seguimiento de actividades de uso público. Participación y colaboración en estudios realizados por asistencias técnicas y otras instituciones. Información y seguimiento de visitantes y ciudadanos de! Espacio Natural.

Su puesto de trabajo está situado a más de 1500 metros de altura en montaña en territorio por encima de los 2000 metros con alturas de hasta 3482 metros. Los riesgos a los que están sometidos en el cometido de sus funciones son:

Los riesgos a que están sometidos son: Riesgo de accidente en los medios de transporte debido a las irregularidades del terreno, falta de luz, pistas y caminos de alta montaña, etc. Riesgo de accidente en los desplazamientos entre las distintas poblaciones donde realiza sus funciones. Riesgo por caídas de distinta índole en los desplazamientos a pie, en ocasiones en terreno de alta montaña. Riesgo de exposición prolongada a la radiación solar. Riesgo a las picaduras de insectos y reptiles. Riesgo de exposición a venenos. Riesgo de exposiciones a condiciones extremas de calor y frío por inclemencias del tiempo. Riesgo de dificultad de atención y rescate en caso de sufrir un accidente. Riesgo por amenazas y agresiones por parte de cazadores furtivos, etc. Condiciones de trabajo en soledad y aislamiento, a veces en solitario, con dificultades

para la cobertura tanto telefónica como por radio y con oscuridad en la franja horaria de invierno.

Las medidas de control puestas por la administración son: Vestimenta de trabajo tanto de invierno, como de verano, consistente en: 1.-Pantalones. 2.- Botas. 3.- Calcetines. 4.- Camisas. 5.- Jersey. 6.-Chalecos etc... En la actualidad, en cuanto al vestuario se refiere no se le ha renovado desde el 1 de julio de 2006. Vehículos, todo terreno, en buen estado, pasan revisión I.T.V., dotados de emisora, y de aire acondicionado, y extintor de incendios, aunque no en todos. Disponen de emisora portátil. No ha recibido formación específica en materia de lucha contra-incendios. Si la ha recibido en socorrismo y primeros auxilios. Disponen de botiquín de primeros auxilios, aunque no los revisan periódicamente. Han solicitado accesorios y complementos de alta montaña vía sindical.

Hay que convenir con la sentencia recurrida que a tenor de las funciones propias del puesto de trabajo de intérprete -formador , Anexo I del VI Convenio Colectivo, aquellas son administrativas y que la principal entre las mismas es la de atender al público en las oficinas de turismo, sin embargo , el relato histórico muestra un acompañamiento de actividades y de riesgos previsibles que, de acomodarse a la realidad, distan considerablemente de la labor administrativa y de las condiciones en las que habitualmente ésta se realiza .

El artículo 58.14 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía describe las circunstancias que dan lugar a percibir el discutido complemento en los siguientes términos : : "Responderá a circunstancias excepcionales, por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen, por lo que se tenderá a la desaparición de este plus a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones tóxicas o peligrosas que les dieran origen. Además de las circunstancias a que se hace referencia, podrán tenerse en cuenta y, en su caso, valorarse, la exposición a riesgos diversos por parte del personal.

La Comisión del Convenio será competente para el .reconocimiento o revisión del plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad, a propuesta de la Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo.

Aprobada la resolución y hasta tanto se eliminen las condiciones tóxicas, peligrosas o penosas, se abonará al personal que desempeñe el puesto un 20% del salario base del Grupo profesional en el que está encuadrado, desde la fecha que marque la resolución."

No cabe excluir el abono del complemento con base en que se trate de riesgos inherentes al puesto desempeñado puesto que parte de los descritos no lo son como tampoco forman parte de sus cometidos algunas de las tareas que desempeñan y es precisamente el precepto regulador del complemento el que señala que "responderá a circunstancias excepcionales" por lo que atendiendo a la descripción obrante en el tercero de los hechos declarados probados, que coincide con la que se conoce a través de la sentencia de contraste procede unificar lo resuelto de acuerdo con la sentencia de referencia como así se hizo en la STS de 21-12-2016 (Rcud. 451/2015 ) a cuya doctrina nos atenemos, expresada en el sexto de sus fundamentos de Derecho en los siguientes términos:

« La aplicación del art. 58.14 del VI Convenio Colectivo a los guías interpretes informadores del espacio natural de Sierra Nevada. 1. La anterior doctrina nos lleva a concluir, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que en el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala es la sentencia referencial y no la recurrida la que ha aplicado correctamente el precepto denunciado.

2. - Como se desprende de la regulación convencional, se trata de un plus que responde a condiciones excepcionales en el desempeño del puesto de trabajo, siendo la regla general la de su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones de penosas, tóxicas o peligrosas que les dieran origen, pero que en tanto no se eliminan debe mantenerse y abonarse al personal que desempeñe el puesto afectado.

No puede confundirse con los complementos ordinarios de puesto de trabajo a los que se refiere el número 5 del mismo art. 58 del Convenio, que está destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo en atención a su especial dificultad, responsabilidad y otros factores que comportan concepción distinta del trabajo ordinario, excepto, justamente, aquellos otros elementos que concurren en su desempeño y que sean retribuidos por el sistema de pluses, tal y como es el caso del complemento de penosidad, toxicidad y peligrosidad.

3. - Las líneas maestras para la aplicación de la escueta regulación del art. 58.14 del Convenio Colectivo se establecen en las sentencias que anteriormente hemos referenciado, y pasan por analizar en nuestro caso si concurren tales condiciones en quienes desempeñan el puesto de trabajo de intérpretes informadores en el espacio natural de Sierra Nevada.

Lo que merece una respuesta afirmativa a la vista de la definición que hace el Convenio Colectivo de la categoría profesional de interprete informador, que describe como aquel trabajador que ejerce funciones administrativas y tiene como actividad principal la de atención al público en las Oficinas de Turismo, conociendo y aplicando al menos dos idiomas modernos, admitiendo que puedan también realizar cualquier otra función de la misma o análoga naturaleza que se les pueda encomendar.

Nada que ver sin duda con las muy especiales y excepciones tareas que tienen encomendadas quienes realizan trabajos de esa misma categoría profesional en el espacio natural de Sierra Nevada, que pueden llegar a asumir funciones muy alejadas de las puramente administrativas de atención al público que se realizan de ordinario en una oficina de turismo.

Se indica en los hechos probados de la sentencia recurrida y la de contraste, que junto a las tareas de atención al público en las oficinas de turismo, y por extraño que parezca en una profesión de esas características, estos trabajadores realizan otras actividades tan variopintas como: caminar por senderos con escolares, asociaciones y todo tipo de público; acompañar al personal técnico del espacio; diseño y seguimiento de senderos en el espacio natural; seguimiento de infraestructuras de uso público en el espacio protegido (refugios de montaña, carriles, centro de visitantes, punto de

información, etc.); colaboración con el SEREIM (Servicio de Rescate de Alta Montaña de la Guardia Civil) para la localización de accidentados y/o perdidos, etc...

Sobra cualquier esfuerzo dialéctico para razonar hasta qué punto se aleja estas funciones de las ordinarias de atención al público en una oficina de turismo.

Y la mejor prueba de ellos es el catálogo de riesgos específicos de naturaleza extraordinaria a los que están sometidos, entre otros, los derivados de : la ubicación del puesto de trabajo en la mayoría de las ocasiones a más de 1.500 metros de altitud y en el entorno de la alta montaña, con alturas hasta 3.482 metros y gran parte del territorio por encima de los 2000 metros; riesgo de accidentes y caídas por las características de los medios de transporte, el desplazamiento por pistas y caminos de alta montaña en los que pueden darse condiciones climatológicas especialmente adversas agravadas por la falta de luz o por la exposición prolongada y continuada al frío extremo y a la radiación solar tan intensa y característica de la alta montaña; a picaduras de insectos y reptiles; o la dificultad de atención y rescate en caso de sufrir un accidente.

A lo que añadimos que no consta que la actividad que estos trabajadores deban desarrollar en el exterior pudiere ser meramente residual e insignificante por su duración y frecuencia,- cuando la sentencia declara probado lo contrario-, siendo además que muchos de esos riesgos afectan al solo hecho de que el trabajo se desempeñe en condiciones de alta montaña, lo que no es equiparable a la situación de quienes residen en poblaciones de España de elevada altitud, porque el trabajador no debe asumir en la prestación de su trabajo los mismos riesgos que libremente pueda afrontar el ciudadano que realiza una determinada actividad u opta por fijar su residencia en lugares o condiciones de mayor o menor dureza.

Tiene razón la sentencia recurrida cuando razona que esos riesgos se manifiestan con mayor intensidad en otras profesiones como las de vigilantes o guardas que realizan en solitario servicios de alta montaña, pero eso no quita que igualmente concurren en los interpretes informadores del espacio natural de Sierra Nevada, aunque sea con bastante menor intensidad, pero suficiente para que puedan considerarse verdaderamente excepcionales en su gravedad y frecuencia respecto a los que asumen de ordinario los trabajadores de la misma categoría profesional.

4.- Ninguno de estos riesgos es intrínsecamente consustancial e inherente a la actividad propia de la categoría profesional de interprete informador en la forma en la que viene descrita en el propio Convenio Colectivo.

Son todos ellos manifiestamente extraordinarios en comparación con los que afectan a los trabajadores que realizan ese mismo oficio y cuyos puestos de trabajo no se desempeñan con características tan extremas, recayendo en quienes que se ven obligados a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia, con lo que se produce un relevante desequilibrio en las condiciones de la prestación laboral que debe ser compensado.

5.- Es por ello la sentencia de contraste la que contiene la doctrina conforme a derecho, lo que lleva a estimar el primer motivo del recurso para casar y anular en este punto la sentencia recurrida.».

Por lo expuesto, y de conformidad con el informe del M F, procede la estimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L J S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Rosa María Benavides Ortigosa, en nombre y representación de Doña Carmela y de Don Octavio, contra la sentencia dictada en fecha 26 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, en el recurso de suplicación nº 2575/14. Casar y anular la sentencia recurrida y para resolver el debate de suplicación, estimar el recurso de esa naturaleza, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Granada estimando la demanda. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### **XXX. BIBLIOGRAFIA**

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament

de psicología social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.



- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. [www.acosolaboral.org.uy](http://www.acosolaboral.org.uy). 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. [www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm](http://www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm). 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.



- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RE, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

**T**ALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS  
ET SACRIFICIUM