

**DIRECTOR: IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED  
Director del Departamento Laboral de Uría Menéndez, Abogados

Nº 52

# Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

# Justicia Laboral

© Lex Nova 2012

**Lex Nova, S.A.U.**

Edificio Lex Nova  
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid  
T +034 983 457038 · F +034 983 457224  
E-mail: [clientes@lexnova.es](mailto:clientes@lexnova.es)  
[www.lexnova.es](http://www.lexnova.es)

**Impresión**

Rodona Industria Gráfica, S.L.  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

Depósito Legal: VA. 157-2000  
ISSN 1576-169X  
Printed in Spain — Impreso en España

**Dirección General**

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Ignacio García-Perrote Escartín, con la colaboración de Roberto Alonso y Conchi Obispo, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuyente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



CARHUS Plus



CSIC

Dialnet



IN-RECJ



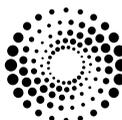
latindex



El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

LA VERSIÓN ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN **PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES**

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

## **DIRECTOR**

### **IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED  
Director del Departamento Laboral de Uría Menéndez, Abogados

## **DIRECTOR ADJUNTO**

### **JESÚS R. MERCADER UGUINA**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **JESÚS CRUZ VILLALÓN**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla

### **JAVIER GÁRATE CASTRO**

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad de Santiago de Compostela

### **JOAQUÍN GARCÍA MURCIA**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

### **JOSE MARÍA GOERLICH PESET**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia

### **JOSÉ LUIS GOÑI SEIN**

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad Pública de Navarra

### **JULIA LÓPEZ LÓPEZ**

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Pompeu Fabra

### **LOURDES MARTÍN FLÓREZ**

Uría Menéndez. Abogados

### **JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada

### **JESÚS R. MERCADER UGUINA**

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad Carlos III de Madrid

### **MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA**

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de La Rioja

### **LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL**

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo.  
Universidad Autónoma de Madrid. Abogado, Socio de Roca  
Junyent

### **LOURDES LÓPEZ CUMBRE**

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Cantabria

## **COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)**

### **MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

### **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Magistrado del Tribunal Supremo

### **SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA**

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad Pablo Olavide de Sevilla

### **MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de La Laguna

### **RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Alcalá

### **MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES**

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

## EDITORIAL

### **DESPIDOS COLECTIVOS Y NEGOCIACIÓN DE BUENA FE: LOS LÍMITES DE LA INAMOVILIDAD DE LAS POSICIONES EMPRESARIALES DURANTE EL PERÍODO DE CONSULTAS**

Como ha puesto de relieve la SAN de 25 de julio de 2012 (Proc. 109/2012): «El período de consultas, regulado en el art. 51.2 ET, constituye el centro de gravedad del despido colectivo». Dicho precepto traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que deberá desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros, tal y como dispone la exposición de motivos de la Directiva Comunitaria.

El art. 51.2 ET establece que, «durante dicho periodo, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo»; por su parte, los artículos 7.1 y 20.1 del Reglamento son, también, concluyentes: «las partes deberán negociar de buena fe». Tal precepto traspone al ordenamiento interno lo señalado en los apartados 1 y 2 del artículo de la Directiva 98/59, a tenor de los cuales: «1. Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. 2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos». Se pretende lograr, así, lo que constituye el objetivo principal de la Directiva: que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores.

La obligación impuesta al empresario de llevar a cabo consultas con el contenido mínimo expresado responde a una doble finalidad: por una parte, permitir a los representantes de los trabajadores formular propuestas constructivas, cuando menos, para evitar las extinciones de contratos proyectadas, o al menos reducir su número (especialmente en casos como el presente en que el expediente es parcial), y mitigar sus consecuencias, y someter esas propuestas a debate y negociación con la contraparte; y, por otra, posibilitar el acuerdo entre los interlocutores sociales sobre los despidos colectivos que se van a realizar.

En definitiva, el período de consultas es un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe. No obstante, el legislador no determina qué se ha de entender por «buena fe», por lo que la integración en el sistema de normas del citado principio no deja de crear conflictos hermenéuticos por su contenido general e inconcreto.

La buena fe actúa como criterio de ponderación de los intereses enfrentados de las partes en una relación. Se trataría de un criterio de ponderación que viene a resolver el conflicto planteado a la luz de una determinada concepción valorativa. Como dice Díez-Picazo, el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesta (*v.gr.*, no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (*v.gr.*, deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.). De este modo, se negocia de buena fe cuando no se defrauda o abusa de la confianza del otro, cuando se guarda fidelidad a la palabra dada y cuando ambas partes son colaboradoras y solidarias. Para saber si se está negociando de buena fe, en cada caso deberá hacerse un juicio valorativo.

El Convenio núm. 154 OIT señaló que la negociación colectiva solamente funcionará eficazmente si es dirigida con absoluta buena fe por las dos partes y la misma podrá únicamente obtenerse de los esfuerzos voluntarios y continuados de las dos partes. Este principio implica realizar esfuerzos para llegar a un acuerdo, desarrollar negociaciones verdaderas y constructivas, evitar retrasos injustificados, cumplir los acuerdos pactados y aplicarlos de buena fe. Por su parte, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración de la OIT en el año 1977, en el apartado relativo a la negociación colectiva se refiere expresamente a las negociaciones de buena fe (párrafo 52), reconoce el derecho a que las organizaciones representativas sean reconocidas a fines de negociación colectiva (párrafo 48) y postula que los Convenios Colectivos incluyan disposiciones para la solución de los conflictos que se derivan de la interpretación y aplicación de estos convenios y para asegurar el mutuo respeto de los derechos y responsabilidades (párrafo 53).

Los pronunciamientos dictados tras la entrada en vigor de la reforma laboral en esta materia han defendido que no cabe entender existente una verdadera negociación durante el período de consultas si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder. En definitiva, el período de consultas ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta. De este modo, no puede admitirse que dicho período se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero cambio de pareceres o a una mera propuesta, sino que la misma debe ir acompañada de una precisa, concreta y amplia documentación que posibilite una negociación real.

Reflexiones especialmente importantes incorpora, en este punto, la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 (R.º 8/2012). Esta subraya que lo que caracteriza la buena fe en la negociación colectiva es la lealtad entre las partes. Es por eso que no se tiene que confundir este principio jurídico, normativizado como elemento ético o moral, con el resultado de la negociación. En estos casos, se dice, lo que «es necesario analizar es si la conducta de una de las partes ha pretendido hacer imposible el pacto; o bien ha existido engaño u ocultación; o no ha existido coherencia en el posicionamiento de una de las partes, con cambios repentinos de sus pretensiones (...), o bien se ha efectuado un uso ilegítimo del marco legal». Todo ello dado que, como afirma la STS de 3 de febrero de 1998 (R.º 121/1997), «el principio de buena fe en la negociación colectiva, expresamente establecido en el propio

art. 89 ET, obliga a las partes a ser consecuentes con sus propias posiciones, y no alterarlas sustancialmente de un día para otro». En la medida que la Ley impone a las partes la obligación de negociar —lo que está claro en el periodo de consultas—, las partes tienen que intentar lograr un acuerdo, pero esto no determina que el fracaso en este hito determine la infracción del principio de buena fe.

En suma, en lo que respecta al alcance del deber empresarial de negociar, y de hacerlo conforme al principio de la buena fe, so pena de nulidad de la decisión extintiva (art. 124.9 LJS), es claro que ello no se traduce en la obligación de aceptar las reivindicaciones de los representantes de los trabajadores y alcanzar un acuerdo, pero sí en la de mostrar una actitud abierta y dialogante en las reuniones que se celebren, escuchar las propuestas de los representantes del personal, valorarlas y darles contestación, explicar las razones de su rechazo, argumentar las propias, etc.

Cuestión especialmente polémica es la relativa a los límites que plantea la inamovilidad de la parte empresarial en los procesos de negociación. Se ha abierto, de este modo, camino la idea de que el mantenimiento de la propuesta formulada por la empresa sin alteración alguna desde el inicio al final del periodo de consultas es demostrativo de la mala fe.

Así, en la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 (R.º 17/2012), la empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del E.R.E. con fijación de la indemnización mínima legal, y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. Dice el citado pronunciamiento que el «acuerdo» sólo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición. Obviamente, tal postura no constituye una negociación en el sentido de proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Y concluye afirmando que, quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con «una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas». La misma línea sigue la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012 (Proc. 11/2012), cuando precisa que el deber de negociar de buena fe en el período de consultas implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, y desde luego no se cumple manteniendo una única oferta definitiva e irrevocable. En estos casos, y de incumplirse lo dispuesto en el art. 51.2 ET, ello determinará la nulidad de la medida extintiva.

Con carácter general, esta interpretación es válida pero no puede descartarse que, en determinados casos, la situación empresarial no permita otra cosa que una negociación de mínimos sobre las indemnizaciones a alcanzar. La buena fe no se define por la variedad de propuestas sino por el debate sobre las realizadas por las partes. En casos como los que acaban de señalarse, una posición sincera de principio en esta materia podría ser considerada contraria a la buena fe. Tal modo de pensar lleva a la hipócrita táctica de partir de posiciones maximalistas para, progresivamente, acercarse a la auténtica realidad. En todo caso,

cualquiera que sea la conclusión sobre tal cuestión, se revela como esencial una elaboración cuidada de las actas que se levanten de las reuniones celebradas durante el periodo de consultas, pues en ellas ha de quedar constancia de los términos de la negociación y de la posición adoptada por las partes en cada momento. Tal actuar tendrá una enorme importancia a la hora de acreditar la forma, modo y contenido de la negociación en sede judicial.

Perfiles complejos plantean, también, aquellos casos en los que la posición de la empresa se muestra inamovible en relación con el número de trabajadores afectados por la decisión empresarial. La STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (Proc. 12/2012) es un buen ejemplo. En el caso por ella resuelto, la empresa manifestó que el ajuste de la plantilla de 60 personas no podía ser objeto de consideración aunque cabía la posibilidad de negociación en las condiciones de salida. Se parte de la premisa de que el periodo de consultas no constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los despidos colectivos, por lo que no basta con una actuación de las partes tendente a la simple observancia formal del trámite, «sino que es precisa la adopción de una conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido».

La sentencia referida considera contrario a la buena fe tal actuar empresarial con base en los siguientes argumentos:

a) La faceta excluida por la empresa de la negociación —el número de contratos a resolver— forma parte del contenido mínimo del período de consultas;

b) El carácter categórico de la negativa a abordar ese punto, y la ausencia total de explicaciones por parte de la demandada, acerca de los motivos por los que resultaba absolutamente innegociable;

c) La inexistencia, tan siquiera, de elementos de juicio de los que se pueda deducir la razonabilidad de la postura empresarial en el sentido de que la disminución del número de extinciones resultaba de todo punto imposible;

d) La posición de la demandada impidió a la representación de los trabajadores formular propuestas en torno a ese tema, y su posterior discusión;

e) El proyecto extintivo iba acompañado en paralelo por medidas de flexibilidad interna (suspensión de contratos, reducción de salarios y ampliación de la jornada laboral), objeto de negociaciones paralelas, lo que constituía un marco especialmente propicio para el intercambio de ideas encaminadas a reajustar a la baja el volumen de mano de obra sobrante, máxime si se tiene en cuenta que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal no afectado podía provocar rescisiones voluntarias de contratos de trabajo, como efectivamente sucedió, según se puso de manifiesto en la vista oral;

f) La proximidad del anterior expediente de regulación de empleo, en el que la empresa había obtenido autorización para extinguir 100 contratos de los 140 solicitados.

g) En el contexto del que se ha dado cuenta, la decisión empresarial de nominar *ab initio* a las personas a las que tenía intención de despedir e informarles individualmente de su propósito violentó las reglas de la buena fe, pues su finalidad fue la de llevar al ánimo de los afectados, y de sus representantes, que la extinción anunciada tenía carácter firme,

sin posibilidad de discusión alguna en cuanto al número y a la identidad de los trabajadores afectados.

Afirma a este respecto el citado pronunciamiento que «la empresa demandada optó, de manera consciente y voluntaria, por hurtar a la negociación colectiva la materia referida al número de contratos a extinguir, respecto de la cual mantuvo, y trasladó al Comité de Empresa, su posición inamovible e inflexible de resolver la totalidad de los inicialmente previstos, sin contemplar ninguna alternativa, decisión que intentó blindar y hacer irreversible por la triple vía de negarse de plano a reconsiderar esa cifra en las reuniones con los representantes del personal, proceder a la designación “ab initio”, de los concretos trabajadores afectados y comunicarles también desde el primer momento su condición de tales, y rechazar la posibilidad de admitir criterios de voluntariedad en los ceses».

Concluye la sentencia señalando que, con ello, «no estamos diciendo que la mercantil demandada, para cumplir la obligación de negociar de buena fe con los representantes de los trabajadores, se viese compelida a rebajar el número de trabajadores que se proponía cesar, pero sí, por todos los datos puestos de manifiesto, que al imponer como premisa previa y fundamental, antes de iniciar la negociación, que ni siquiera cabía hablar de un aspecto tan básico y relevante como el apuntado, cometió la infracción que se le imputa». El tribunal considera que la actuación empresarial constituyó «un grave e injustificado incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe, que desnaturalizó el proceso de consultas, al afectar a un elemento sustancial del mismo y a la propia finalidad de ese trámite, impidiendo toda posibilidad de acuerdo, y viciando de nulidad la decisión extintiva».

Aquellos pronunciamientos en los que se considera cumplida tal exigencia son conscientes de los problemas anteriores y tratan de aportar soluciones razonables frente a estas situaciones. Así, STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (Proc. 2/2012) indica que «resulta clara la existencia de una auténtica negociación de buena fe. La empresa no se ha limitado a exponer una posición inamovible, de proceder a la tramitación del despido colectivo, sino que hubo un intercambio de propuestas entre las partes, alcanzando finalmente, un acuerdo. Debe destacarse en este sentido, que la empresa modificó su última postura, en la que proponía la extinción de 24 contratos de trabajo, por la extinción de 19 (...), lo que evidencia que entre las partes, hubo un verdadero proceso negociador, en el que se produjo un intercambio de concesiones recíprocas y no un mero cumplimiento formal del trámite establecido legalmente».

Igualmente, la SAN de 21 de noviembre de 2012 (Proc. 167/2012) considera existente una verdadera negociación, dado que se ha demostrado que «la negociación no se polarizó en el número de trabajadores afectados, centrándose esencialmente en el importe de las indemnizaciones, ofreciéndose por la empresa en un primer esfuerzo veinticinco días por año y veintisiete días por año después, sin que ninguna de dichas propuestas fuera admitida por la representación legal de los trabajadores, quien reclamó treinta días por año, lo que nos permite concluir que sí hubo negociación, por cuanto hubo propuestas y contrapropuestas, como exige la jurisprudencia, (...) e incluso logros concretos, como la exclusión de los representantes de los trabajadores, sin que se les sustituyera por otros trabajadores, ni se les impusiera peores condiciones profesionales o retributivas por la empresa demandada».

Sin duda, la buena fe contractual constituye uno de los conceptos más difíciles de aprehender y, además, uno de los conceptos jurídicos que han dado lugar a una más larga

y apasionante polémica. Como ha escrito Miquel, este concepto indeterminado se considera como una herramienta imprescindible puesta en manos de los órganos judiciales para colmar y superar las lagunas propias e impropias en una labor de auxilio, complemento y corrección del Derecho. La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquella se orienta. La búsqueda de justos equilibrios de intereses debe ser su objetivo.

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN  
Jesús R. MERCADER UGUINA

# ÍNDICE GENERAL

Página

## EDITORIAL

DESPIDOS COLECTIVOS Y NEGOCIACIÓN DE BUENA FE: LOS LÍMITES DE LA INAMOVILIDAD DE LAS POSICIONES EMPRESARIALES DURANTE EL PERÍODO DE CONSULTAS

*Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina* ..... 3

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

SOBRE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL CONCURSO. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DEL LIBRO *DESPIDO COLECTIVO Y CONCURSO DE ACREEDORES* DE JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

*Aurelio Desdentado Bonete* ..... 13

LA SUSPENSIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL A CAUSA DE LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS POR CUENTA PROPIA Y AJENA: ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

*Belén del Mar López Insua* ..... 31

RELACIÓN LABORAL Y PROPIEDAD INTELECTUAL: LA ESPECIAL CONFIGURACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS AUTORES ASALARIADOS

*Elena García Testal* ..... 51

## CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

### I. FUENTES DEL DERECHO

*Óscar Fernández Márquez* ..... 75

### II. TRABAJADOR

*Luis Enrique de la Villa Gil (dir.); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Hogan Lovells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (coord.); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González* ..... 97

### III. EMPRESARIO

*Jesús Cruz Villalón; Macarena Hernández Bejarano; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; Rafael Gómez Gordillo; María Sepúlveda Gómez* ..... 119

IV. CONTRATACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer</i> .....	139
V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL	
<i>Lourdes López Cumbre (dir.); Ana María Badiola Sánchez (coord.); Fernando Breño-sa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Marina Revuelta García; Montserrat Ruiz Cuesta; César Tolosa Tribiño</i> .....	149
VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i> .....	185
VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS	
<i>Jesús R. Mercader Uguina; Ana Belén Muñoz Ruiz (coord.); Cristina Aragón Gómez; Patricia Nieto Rojas; Amanda Moreno Solana; Pablo Gimeno Díaz de Atauri; Daniel Pérez del Prado</i> .....	199
VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Javier Gárate</i> .....	225
IX. SEGURIDAD SOCIAL	
<i>Ignasi Areal Calama; Sergio Canalda Criado; Consuelo Chacartegui Jávega; Eusebi Colás Neila; Alexandre de le Court; Josep Fargas Fernández; Sixte Garganté Petit; Julia López López; Nuria Pumar Beltrán</i> .....	237
X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA	
<i>José Luis Monereo Pérez; M.ª Nieves Moreno Vida; Ángel J. Gallego Morales; José Antonio Fernández Avilés; José María Viñas Armada; Susana de la Casa Quesada</i> ..	253
XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra</i> .....	277
XII. EL PROCESO LABORAL	
<i>Lourdes Martín Flórez; Daniel Cerrutti Buendía; Isabel Rodríguez León; Jorge Serena Garralda</i> .....	281
XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernanz</i> .....	291

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS .....	301
-------------------------	-----

Revista de Derecho del Trabajo

---

# Justicia Laboral

---

---

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**

---



# **SOBRE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL CONCURSO. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DEL LIBRO *DESPIDO COLECTIVO Y CONCURSO DE ACREEDORES* DE JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE**

AURELIO DESDENTADO BONETE

*Magistrado del Tribunal Supremo*

## **RESUMEN**

**Sobre los despidos colectivos en el concurso.  
Algunas reflexiones críticas a propósito  
del libro *Despido Colectivo y Concurso de  
Acreedores* de José María Ríos Mestre**

En base al brillante trabajo como es el libro *Despido Colectivo y Concurso de Acreedores*, de D. José María Ríos Mestre, se debate sobre el complejo régimen jurídico de los despidos colectivos y el concurso, que ha estado sujeto a recientes cambios y de gran calado, motivados por las reformas estructurales que pretenden atajar la crisis, y donde confluyen el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil.

**Palabras clave:** Despido colectivo, Ley concursal, jurisdicción social, expediente de regulación de empleo, extinción del contrato de trabajo.

## **ABSTRACT**

**About collective redundancy on the  
bankruptcy. Some critical reflexions  
about the José María Ríos Mestre's book  
*Collective Redundancy and Bankruptcy***

Based on the brilliant work as the book *Collective Redundancy and Bankruptcy*, in D. José María Ríos Mestre, discusses the complex legal regime of collective redundancies and the bankruptcy, which has been subject to recent and far-reaching changes, motivated by structural reforms that aim to tackle the crisis, and the confluence of the Labour Law and Trade Law.

**Keywords:** Collective redundancy, Insolvency Law, social jurisdiction, employment regulation plan, dismissal.

---

**Fecha de recepción:** 13/11/2012.

**Fecha de aceptación:** 13/11/2012.

---

## **SUMARIO**

- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN; UNA RELACIÓN DIFÍCIL: DESPIDOS COLECTIVOS Y CONCURSO.
- II. LA TAREA DE SÍFIFO: UN ESTUDIO SOBRE EL DESPIDO COLECTIVO EN EL CONCURSO EN TIEMPOS DE CRISIS Y CONMOCIONES LEGISLATIVAS.
- III. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS.
  1. La discutible jurisdicción declarativa laboral del juez mercantil.

2. Las grietas de un proceso judicial construido sobre un procedimiento administrativo que a su vez se coloca sobre una negociación; muchas sombras, con algunas luces, en el ERE concursal.
  3. Breve indicación sobre las causas de los despidos económicos en el concurso; el impacto de la reforma de 2012 y la tentación del automatismo.
  4. Las resoluciones extravagantes y la huida del concurso.
- 

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN; UNA RELACIÓN DIFÍCIL: DESPIDOS COLECTIVOS Y CONCURSO

Hay cierta tensión dialéctica entre el despido colectivo y el concurso dentro de una relación que es, a la vez, de aproximación y de complementariedad, por una parte, pero también de oposición y de divergencia, por otra. Esa tensión ilustra lo que podríamos calificar como un elemento de ambigüedad que suele estar presente en determinadas instituciones jurídicas, en las que a veces laten intereses opuestos que no siempre es fácil conciliar. Sabemos que el concurso persigue funciones de distinto signo: la función solutoria para lograr una satisfacción de los acreedores de forma ordenada, de acuerdo con los principios de igualdad y jerarquía; la función de conservación, que trata de conciliar la satisfacción de los acreedores con el mantenimiento de la empresa cuando concurren razones para entender que cabe recuperar su eficiencia económica, y, por último, la función represiva, en la que late también un objetivo de prevención. Pero, aunque se ha teorizado la transición desde un modelo de mercado a un modelo gubernativo, pasando por un modelo de mercado corregido<sup>(1)</sup>, lo cierto es que la opinión común continúa insistiendo en que nuestro sistema otorga, antes y después de la Ley Concursal, una clara primacía a la función solutoria y, si bien se afirma que el convenio es la solución normal fomentada por la ley<sup>(2)</sup>, lo es en la medida en que es una solución aceptada por los propios acreedores, de la que además algunos pueden salir libremente. En este sentido, el preámbulo de la Ley 23/2003<sup>(3)</sup> afirma con rotundidad que «el objeto del concurso no (es) el saneamiento de las empresas», aunque reconoce que el objetivo de conservación puede conseguirse a través del convenio<sup>(4)</sup>, si bien se trata de un objetivo claramente contingente. Así lo destaca la doctrina mercantilista, para la que «entre

---

(1) J. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras. Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 34 y ss. Para Bisbal el modelo de mercado se funda en un método liquidatorio que trata exclusivamente de maximizar el activo a repartir y reducir costes de negociación en cuanto a la forma de reparto; es un modelo general, liquidatorio y judicial. Por el contrario, el modelo gubernativo se configura como un método de conservación de la empresa que se instrumenta a través de un plan de reorganización que permita maximizar el valor potencial de la empresa en funcionamiento. A medio camino entre ambos, el modelo de mercado corregido supone simplemente agregar ciertos elementos de flexibilidad al modelo tradicional para poder evitar la liquidación en las denominadas crisis reversibles por tratarse de situaciones de mera iliquidez (p. 127). El autor citado ve en la emergencia y expansión de los procedimientos paraconcursoales el signo de la transición de un modelo a otro.

(2) Ley 22/2003, preámbulo, VI.2.º

(3) En adelante, LC.

(4) Preámbulo. VI.7.º

el *interés del concurso*, entendido esencialmente como interés de la colectividad de los acreedores y el *interés del deudor* a la continuidad de la actividad, la Ley, sin vacilación, prima al primero» y ello —se añade— «aunque el cierre ... traiga consigo la extinción de las *Relaciones Laborales* con los trabajadores»<sup>(5)</sup>. El objetivo de la conservación como interés predominante queda relegado a las situaciones de emergencia o a las empresas que por su envergadura no pueden «dejarse caer»...<sup>(6)</sup> De eso sabemos algo desde que estamos en la gran crisis que ha seguido al estallido de la burbuja, con su secuela de intentos de salvamentos y rescates de los demasiado grandes. Sin embargo, no estamos ante compartimentos estancos. La regla es la flexibilidad y la legislación concursal deja abiertas las vías de la conservación o la liquidación para que juegue el interés de los acreedores.

¿Qué ocurre con los despidos colectivos? También aquí hay ambigüedad. En primer lugar, sorprende con qué desenvoltura juega, dentro de los despidos económicos, la ley de la transformación de la cantidad en calidad. Se salta un número y pasamos del despido individual al despido colectivo con un régimen jurídico distinto para cada uno de ellos. En principio, hay una explicación fácil: la dimensión colectiva del despido introduce un elemento que justifica la intervención de los representantes de los trabajadores en términos de consulta y de negociación. Pero sabemos que las diferencias no terminan aquí y que el despido colectivo tiene además ventajas sustantivas (planes sociales o de recolocación, pago de cotizaciones de convenio especial, prejubilaciones...) que no concurren en el despido individual. La experiencia muestra también que las consultas no siempre van por el camino de evitar o reducir los efectos de la crisis en el empleo, sino que en muchos casos se centran en incrementar las medidas de reparación y, en particular, las indemnizaciones dentro del fenómeno conocido como «monetarización» del ERE<sup>(7)</sup>. El régimen de autorización administrativa ha actuado además en la práctica como un mecanismo para «acorar» los despidos colectivos presionando al alza las indemnizaciones de acuerdo con la máxima «sin acuerdo, no hay autorización»; efecto benéfico que no se aplica a los despidos individuales. El número explica la diferencia, pero solo en la medida en que refuerza la capacidad reivindicativa y la percepción del ERE como un problema social o incluso como un problema de orden público. En segundo lugar, el régimen jurídico de los despidos colectivos limita las decisiones extintivas del empresario, pero, al mismo tiempo, las hace posibles. Es cauce para despedir, pero al mismo tiempo vía para limitar los despidos y otorgar una protección de las pérdidas de empleo. El problema es si lo hace de una forma eficiente y con criterios que puedan justificarse en términos de causalidad y de reparación, es decir, en términos de justicia y eficiencia.

---

(5) A. ROJO y E. BELTRÁN, «Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal» en AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2009, p. 962.

(6) Un panorama de la paraconcursalidad en I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Sector público e instituciones paraconcursoales*, Marcial Pons, 2004, en especial pp. 227-256, y R. GARCÍA VILLAVERDE, «La legislación sobre insolvencia de los empresarios en España: entre la economía de mercado y la intervención estatal», en *Legislación Mercantil Vigente*, Lex Nova, VII, Valladolid, 1997. Un planteamiento desde la perspectiva laboral que merecería una actualización puede verse en M. T. ALAMEDA DEL CASTILLO, *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

(7) A. DESDENTADO BONETE, «Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma», AA.VV., *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, pp. 33 y 34.

Desde 2003 los despidos colectivos han entrado en el concurso. Es una entrada extraña que suscita problemas de envergadura y que ha precisado ya algunos ajustes de importancia, los propios y los que vienen de las convulsiones del régimen jurídico de los despidos económicos en el marco de esta crisis.

## II. LA TAREA DE SÍSIFO: UN ESTUDIO SOBRE EL DESPIDO COLECTIVO EN EL CONCURSO EN TIEMPOS DE CRISIS Y CONMOCIONES LEGISLATIVAS

El libro de Ríos Mestre que aquí se comenta ha aceptado el reto que supone abordar esa tarea ya de por sí compleja de estudiar los despidos colectivos en el marco del concurso en un momento particularmente difícil. Un momento en el que la crisis ha provocado una transformación del régimen jurídico de los despidos colectivos a través de un proceso de reforma desbocado y prácticamente permanente, en el que antes de recuperarnos del choque con una reforma entramos en la siguiente. Cuatro reformas en paquetes de dos<sup>(8)</sup>, siguiendo la misma técnica de anticipar el cambio normativo a través de la legislación de urgencia para luego retocarlo en la tramitación parlamentaria del decreto-ley y quedar más tarde a la espera de regulaciones reglamentarias que a veces tienen sorpresas. Y por si fuera poco también la legislación concursal, aunque de forma más moderada, ha experimentado sus cambios, primero con el Real Decreto-ley 3/2009 y luego de forma más destacada con la Ley 38/2011<sup>(9)</sup>.

El libro se enfrenta a esta tarea a través de un esquema muy elaborado en el que se distinguen tres partes. La primera, más breve, está dedicada a precisar algunos conceptos generales de las dos instituciones —concurso y despido colectivo— a partir de su tratamiento en los respectivos ordenamientos sectoriales —Derecho concursal y Derecho del Trabajo—. La segunda parte aborda los presupuestos de la figura del ERE concursal: la polémica jurisdicción laboral del juez mercantil, la continuidad de la actividad empresarial durante el concurso y el concepto de despido colectivo. Un punto este último esencial en el desarrollo del discurso, que ocupa una buena parte de la obra, a través de un análisis de las normas de la OIT —Convenio 158 y Recomendación 166— y de las normas de la Unión Europea —las Directivas 75/129 y 92/56 y su refundición en la Directiva 98/59— y de un exhaustivo estudio de nuestro Derecho histórico.

Hay que llamar la atención sobre esta parte de la obra, porque constituye un instrumento de sumo interés para comprender la evolución del sistema español. En realidad, la parte histórica no se cierra en los precedentes anteriores al Estatuto de los Trabajadores (el largo periodo que va de 1931 con la Ley de Jurados Mixtos al Real Decreto-ley 17/1977), sino que llega a la etapa estatutaria, dentro de la que se abre otro ciclo histórico que se inicia en 1980 para pasar por la fase de las reformas pausadas de 1994 y 1997 y entrar en las actua-

---

(8) El Real Decreto-ley 10 /2010 y la Ley 35/2010, el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012. Los paquetes parten de posiciones ideológicas distintas sobre la reforma laboral, aunque es apreciable cierta continuidad tanto en el diagnóstico como en las medidas propuestas.

(9) Sobre el cambio legislativo *vid.* más ampliamente J. M. RÍOS MESTRE, *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 45-49.

les reformas desbocadas de 2010 y 2012. La evolución se construye sobre una hipótesis dogmática en la configuración del despido colectivo, que como un *ars combinatoria* resulta del juego variable de distintos elementos, unos de carácter sustantivo: el elemento causal (las causas económicas en sentido amplio, es decir, las vinculadas al interés empresarial) y el numérico-temporal (lo colectivo como suma de extinciones individuales), y otros elementos de orden procedimental: la consulta con los representantes de los trabajadores y la intervención de la Administración. Esos elementos se van combinando de manera distinta en cada regulación: predominio, por ejemplo, del elemento causal sobre el numérico en la regulación de la OIT<sup>(10)</sup> y del elemento numérico-temporal en las directivas europeas, que en lo causal se abren hacia los motivos no inherentes a la persona del trabajador<sup>(11)</sup>. En nuestra regulación histórica también han regido estas combinaciones con un claro predominio del elemento causal hasta la recepción en 1980<sup>(12)</sup> del elemento numérico y del periodo de consultas, todo ello dentro de un esquema permanente de intervención administrativa fuerte —la autorización— con el que sólo se rompe, de forma algo traumática, en la reforma de 2012, con la que se cierra esta parte, a la que sigue, sin embargo, una muy interesante coda sobre la evolución de la legislación concursal en la materia, en la que hay muy útiles observaciones sobre Derecho comparado.

La tercera parte constituye el núcleo central de la obra y está dedicada, según su rúbrica, al procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal, que, como el autor no tarda en aclarar, no es un procedimiento, sino un verdadero proceso en el que se ventila cuando trata de despidos colectivos una pretensión extintiva del contrato. Son seis capítulos claves —del VI al XI—, a los que sigue, como capítulo XII, un excurso sobre las acciones resolutorias del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores que ha sido también adaptada a la reforma concursal de 2011. El excurso, sobre todo después de esta reforma, nos lleva a otro tipo de problemas, por lo que creo que debería ser considerado como una cuarta parte y tratado como tal. El capítulo VI comienza con una introducción en la que late la tesis fundamental: en el procedimiento del art. 64 LC el juez mercantil ejerce una competencia social añadida dentro de un procedimiento en el marco del proceso concursal. Quizá, tras la reforma de 2012, la simetría no es tan perfecta, porque el juez mercantil ya no ocupa una posición similar —no idéntica— a la Administración laboral. Se sostiene que se ha instrumentado un procedimiento incidental de carácter declarativo y especial que opera dentro del concurso como proceso principal de ejecución general, del que, sin embargo, se advierte sobre su cuestionable naturaleza procesal<sup>(13)</sup>. El siguiente capítulo aborda el examen de los elementos estructurales del proceso, poniendo de relieve sus aspectos más problemáticos, desde los desfases temporales en el juego efectivo de la competencia del juez mercantil<sup>(14)</sup> hasta las dificultades de la dualidad de partes en algunos supuestos<sup>(15)</sup>, la peculiar posición del

---

(10) Hasta el punto de que se ha hablado por el comité de expertos de la necesidad de consultas para despedir a un solo trabajador por causas económicas (RÍOS MESTRE, *op. cit.*, p. 170).

(11) RÍOS MESTRE, *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 185 y 186.

(12) La aparición en el Real Decreto-ley 17/1977 tiene un alcance marginal (RÍOS MESTRE, *op. cit.*, pp. 208 y 209).

(13) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, en especial pp. 374 a 376.

(14) *Ibid.*, pp. 385-398.

(15) *Ibid.*, pp. 404 y 405.

deudor común en el periodo de consultas<sup>(16)</sup>, la entrada de los trabajadores individualmente considerados en el procedimiento<sup>(17)</sup> y las dificultades para establecer la representación de los trabajadores en determinados casos<sup>(18)</sup>. El equivalente de la demanda —la solicitud— es analizada en el capítulo VIII, que se detiene especialmente en su fundamento, la existencia de las causas determinantes de la extinción afectadas por la reforma de 2012, la documentación que ha de aportarse con este fin y la exigencia o no del plan social, problema que hay que entender superado con la eliminación de este plan y sus sustitución por la oferta de un plan de recolocación del que quedan excluidas precisamente las empresas en concurso<sup>(19)</sup>.

Pero el núcleo central del ERE concursal gira en torno al periodo de consultas en la denominada fase intermedia, que se estudia en el capítulo 9. Estamos, y así lo indica con claridad el autor a lo largo de su exposición, ante una fase atípica, en la que se produce el cruce entre regulaciones procesales de muy distinto signo. Por una parte, el periodo de consultas que tiende a la obtención de un acuerdo mediante la negociación. Por otra parte, la contradicción entre las partes cuando ese acuerdo no se produce. Y, por último, los residuos del procedimiento administrativo con la comunicación de la existencia de la pretensión de regulación de empleo a la Administración y la emisión de un informe por ella. La atipicidad surge por el indudable sincretismo de esta fase que se divide en dos: la subfase de negociación y la subfase procesal (audiencia complementaria del art. 64.7.2.º). Hay que leer con atención la parte dedicada al periodo de consultas en este capítulo, porque en ella hay indicaciones prácticas de interés para resolver algunas cuestiones como las que surgen en relación con las unidades empresariales dispersas<sup>(20)</sup> o el tratamiento de los grupos de empresa<sup>(21)</sup>, cuya posible llamada al procedimiento se vincula a un enjuiciamiento de las causas de extinción en la medida en que se sostiene que la situación económica puede resultar relevante en orden a valorar la situación económica de la empresa concursada<sup>(22)</sup>.

El auto resolutorio del Juez mercantil cierra el procedimiento y a él se dedica un capítulo clave, el X. El auto sustituyó en su momento a la autorización administrativa de la autoridad laboral y ahora hace lo mismo con la decisión del empresario tras el periodo de consultas y con la sentencia del órgano judicial social cuando aquella decisión se impugna por vía individual o colectiva. El auto es la forma normal e indispensable de terminación del procedimiento; una forma que excluye a otras (por ejemplo, el simple acuerdo o el laudo arbitral *dentro* del procedimiento), pero no a todas (renuncia, desistimiento...).

---

(16) *Ibid.*, pp. 415-417.

(17) *Ibid.*, p. 406.

(18) *Ibid.*, p. 423.

(19) *Ibid.*, pp. 52-474.

(20) *Ibid.*, pp. 487-497, con cita de la STSJ Aragón 4-2-2011, JUR 59272.

(21) *Ibid.*, pp. 500 y 501.

(22) Es cuestionable que sea así. La causa debe ser enjuiciada en el ámbito de la empresa salvo que el grupo sea el verdadero empleador, en cuyo caso no podrá entrar en el concurso, salvo a través de la acumulación que prevé el art. 25. *Vid.* E. DESDENTADO DAROCA, «Descentralización productiva, transmisión de empresas y grupos de sociedades en el concurso», *Temas Laborales*, núm. 108/2011, y E. ETXARANDIO HERRERA, «Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores», en AA.VV. (N. A. Orellana Cano, dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 239-251.

¿Por qué un auto? Se apunta una respuesta: se puede decidir por simple auto porque estamos en un incidente cognitivo en la ejecución y el art. 245.1.b) LOPJ autoriza esta forma de resolución, aparte de que lo prevé una norma con rango suficiente. Pero un auto parece poco para algo tan importante como una extinción colectiva de los contratos de trabajo. El capítulo destaca con acierto los cambios sobre el esquema tradicional del ERE que aparecen en el ERE concursal que sigue una línea de continuidad depurada. Ya no hay impugnación del acuerdo obtenido en el periodo de consultas, pero el juez mercantil puede decidir lo que proceda —incluida la no aplicación del acuerdo— cuando aprecie «la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho». También se ha cerrado el debate sobre la posibilidad o no de pactar indemnizaciones superiores a las legales, que, tras la reforma de 2011 se admite, en línea con la doctrina de suplicación, cuando la ponderación de los intereses afectados por el concurso lleve a pactar esas indemnizaciones superiores. El auto no autoriza, sino que acuerda la extinción y además relaciona a los trabajadores afectados y fija las indemnizaciones. De especial interés es lo que se dice sobre otra vía de incremento de las indemnizaciones legales cuando no hay acuerdo, pero concurren «factores atípicos» (resistencias injustificadas a la negociación, gestiones empresariales culposas en el origen de la crisis) que llevan a incrementar la indemnización como forma «más justa» de penalizar la posición de la empresa y de mejorar la reparación de los trabajadores<sup>(23)</sup>. Surge aquí el problema de la objetividad de las causas de los despidos que en la regulación vigente prescinde de los elementos subjetivos relativos a la conducta empresarial en el enjuiciamiento de las causas y en la determinación de las indemnizaciones. ¿Ha ido aquí el juez mercantil más allá de la ley? En la aplicación de la reforma laboral de 2012 puede observarse una línea semejante en algunas sentencias cuando se advierten resistencias y obstáculos en el periodo de consultas o cuando se aprecia fraude en la medida extintiva<sup>(24)</sup>.

Un tema particularmente polémico es el que se estudia en el capítulo XI, dedicado a la impugnación del auto resolutorio del ERE. La solución legal está llena de oscuridades y es además, a mi juicio, una mala solución. Por otra parte, la reforma de 2011 no ha incorporado correcciones en este punto, como ha hecho en otros. Luego volveré sobre este tema, que se ha estudiado con especial atención por Ríos Mestre. Comienza éste destacando que la parte dispositiva del auto ofrece dos caras: una colectiva que acuerda o deniega la extinción de los despidos de esta clase y otra que en caso de extinción detalla las consecuencias de ésta para cada trabajador afectado (identificación del personal afectado, salario, categoría, antigüedad, indemnización...). Pues bien, esa distinción se proyecta sobre las vías de impugnación: una impugnación colectiva a través del recurso de suplicación con una legitimación especial que apunta también hacia lo colectivo al menos del lado social (representantes de los trabajadores más la administración concursal, empresario concursado y el Fondo de Garantía Salarial) y más dudosamente en el objeto de la impugnación que apuntaría a la «parte colectiva» de la decisión (la extinción en sí misma y en su proyección general)<sup>(25)</sup>, y otra impug-

---

(23) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, pp. 555- 558.

(24) Vid. A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Primeros pronunciamientos judiciales tras la reforma de 2012», de próxima publicación.

(25) La faceta colectiva se identificaría con la valoración de las causas que determinan la adopción de la medida colectiva, mientras la individual se vincula a la afectación de las medidas adoptadas sobre los trabajadores singularmente considerados (*op. cit.*, p. 569).

nación individual que tendría por objeto la faceta individual, en la que la legitimación activa parece que se reserva a los trabajadores individualmente considerados, aunque lógicamente también se extenderá a la administración concursal y al propio concursado, así como a otros sujetos que puedan resultar afectados, como el Fondo de Garantía Salarial. El recurso de suplicación se abre sin reposición previa y sin exigencia de cuantía mínima; sigue el régimen general de la LRJS, dentro del que se ha suscitado un problema de especial trascendencia: la necesidad o no de realizar la consignación del importe de la condena, cuestión que se aborda en extenso por Ríos Mestre, que proporciona algunos argumentos alternativos<sup>(26)</sup> frente a la solución que ha acabado imponiéndose en el sentido de exigir la consignación<sup>(27)</sup>. Hay problemas a la hora de determinar si, estando la empresa concursada, deberá entregarse el importe de la consignación al trabajador o tendrá que reintegrarse a la masa activa<sup>(28)</sup>; también se cuestiona si cabe o no la transacción sobre la cantidad consignada<sup>(29)</sup>. En cuanto a la otra vía de impugnación —el incidente concursal—, la reforma de 2011 nos ha sacado, respecto al plazo, de la alternativa entre prescripción o caducidad para instalarnos en una solución intermedia: un plazo de un mes desde que se conoció o se pudo conocer el auto. El procedimiento se regula en el art. 195 LC y sobre esta regulación se apuntan algunas críticas: no tiene sentido establecer la conciliación cuando de lograrse el acuerdo, eliminando la sentencia, se privará al crédito de la protección propia de un crédito contra la masa (art. 84.2.5.2.º LC), al menos en el incremento que pudiera acordarse sobre lo concedido por el auto del art. 64.8, y tampoco tiene demasiado sentido distinguir dentro del procedimiento una primera parte laboral hasta la práctica de la prueba y otra civil tras ésta.

Con casi cien páginas, ya se ha dicho que el capítulo XII, dedicado al *excurso* sobre las acciones resolutorias del art. 50.1.b) ET y el proceso concursal, constituye realmente una cuarta parte del libro que comentamos. El capítulo ha sufrido el cambio normativo de la Ley 38/2011, que ha puesto fin a un sistema que hacía agua por todas partes. Ese cambio ha dado al capítulo XII un perfil histórico, pues, tras una introducción, la exposición, muy trabajada, pasa del análisis de la versión originaria del art. 64.10 LC (2003) a la versión reformada de 2011 para terminar con una observación final sobre el conflicto entre el interés del concurso y el interés del trabajador. El análisis diacrónico tiene interés, porque presenta la regulación vigente como una clara reacción «correctora» de su precedente inmediato, que fracasó por su formulación confusa, su excesiva complejidad y la ineficiencia de sus soluciones. La confusión comenzaba ya en el supuesto de hecho de la norma con el cruce del elemento numérico, el temporal y el material; seguía con la discutible competencia del juez mercantil en esta materia por falta de cobertura en la ley orgánica y terminaba con la impenetrable consecuencia jurídica: la entrada en tromba de las resoluciones colectivas en el ERE concursal, no se sabía muy bien para qué tanto en el plano

---

(26) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, pp. 590 y 591: 1) la condena al abono de las indemnizaciones se impone por auto y no por sentencia, como exige el art. 230.1 LRJA; 2) el auto es ejecutivo y no se suspende por el recurso, 3) la ejecución no garantiza ejecución alguna. Estos argumentos no sirven cuando se trata de resoluciones de los órganos del orden social, aunque para éstos vale el argumento de que la consignación no se entregará al trabajador si la empresa está en concurso (pp. 593, 594 y 598).

(27) Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo 7-6-2011, r. 21/11, 7-11-2011, r. 24/11, y 13-9-2012, r. 2012.

(28) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, pp. 593 y 594.

(29) *Ibid.*, pp. 595 y 596.

sustantivo (indemnizaciones ¿de 20 o de 45 días?), como en el procesal (¿vía ordinaria del ERE o incidente concursal laboral?). Ríos Mestre reconstruye los problemas del precepto hasta la STS 13-4-2011, de la que luego nos ocuparemos, y deja constancia de los defectos del sistema en sus observaciones críticas<sup>(30)</sup>. Termina con una reflexión de largo alcance sobre la difícil convivencia de las dos vías extintivas<sup>(31)</sup>: la que está dentro del ERE y la que intenta escapar de él, porque, como veremos, toda esta historia es solo la crónica de una huida —la huida del ERE para lograr mejorar las indemnizaciones de 20 a 45 días—; una huida que se quiere atajar después de haberla alentado a través de una doctrina jurisprudencial bastante discutible. Tras la crítica histórica, se pasa al nuevo art. 64.10 en la versión de 2011, una reforma necesaria y urgente que ha situado la relación entre el ERE concursal y las acciones resolutorias sobre bases más firmes y, desde luego, más claras. La observación final del autor nos devuelve, sin embargo, al comienzo: «la innegable tensión» entre «los intereses de los trabajadores y los intereses del concurso». Los avances técnicos de la reforma sirven al interés del concurso, pero «la posibilidad que tienen los trabajadores de resolver el contrato de trabajo con la indemnización propia del despido improcedente, ante incumplimientos graves del empresario desaparece por completo». El ERE, se dice, «es ya una calamidad» que se potencia con la declaración del concurso; la duración del ERE es exagerada en numerosos casos y durante su tramitación es muy probable que los trabajadores no perciban sus retribuciones y no puedan acceder a las prestaciones de desempleo. La crítica es acertada, aunque puede tropezar con la naturaleza de las cosas; volveremos sobre ella más adelante. Pero no creo que la solución esté en abrir la estampida por las indemnizaciones de 45 días si los incumplimientos vienen impuestos por la situación económica de la empresa. La estampida parece que no favorece a todos, sino únicamente a los más avisados. Por otra parte, no se puede querer todo a la vez: un periodo de consultas amplio para negociar mejores condiciones y un cese inmediato que permita el acceso rápido a las prestaciones de desempleo. Además el art. 1.1.e) del RD 625/1985 exige resolución judicial definitiva para apreciar la situación legal de desempleo en los supuestos del art. 50 ET; si se tratara de un despido la entrada sería directa (art. 209.4 LGSS).

### III. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

#### 1. La discutible jurisdicción declarativa laboral del juez mercantil

Los grandes libros suscitan grandes cuestiones y el libro de Ríos Mestre es un gran libro; no solo un libro grande por razón de su extensión. La primera cuestión sobre la que conviene reflexionar surge al hilo de la propia jurisdicción del juez mercantil en la materia que nos ocupa. En un trabajo publicado cuando estábamos todavía estrenando la nueva legislación concursal de 2003<sup>(32)</sup> ya expresé mi preocupación sobre la nueva jurisdicción declarativa del juez mercantil.

---

(30) *Ibid.*, pp. 664-665, 679.

(31) *Ibid.*, pp. 68-690.

(32) A. DESDENTADO BONETE, «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», *Relaciones Laborales*, núm. 23 y 24/2003.

El libro comentado recuerda las turbulencias de aquellos borradores y anteproyectos que anunciaban un programa radical de apropiación por parte del juez del concurso de la jurisdicción para conocer de todas las pretensiones declarativas, ejecutivas y cautelares de carácter social que se dirigieran contra el concursado y que tuvieran trascendencia patrimonial<sup>(33)</sup>. Los laboristas que, con nuestros privilegios y nuestras ejecuciones separadas, hemos vivido en un mundo ideal fuera del concurso, reaccionamos ante este desafío con «temor y temblor», como reza el título del famoso libro de Kierkegaard. Se habló de un «globo sonda» y de una finta táctica para que, tras una amenaza a todo el edificio laboral, se consiguiera lo más importante: el fin de las ejecuciones separadas y el control sobre los ajustes de las plantillas y de las condiciones de trabajo durante el concurso. Al final la sonda estalló y las aguas volvieron a su cauce: se terminaron las ejecuciones separadas, entrando en el concurso las de carácter patrimonial y las medidas cautelares de la misma naturaleza.

Pero, más allá de esa transferencia razonable de jurisdicción, el juez mercantil asumió también determinadas competencias declarativas laborales que son ya más discutibles. Eran, sin embargo, competencias estratégicas en orden a la economía del concurso: las extinciones, suspensiones y modificaciones colectivas de los contratos de trabajo y la extinción y suspensión de los contratos de alta dirección son materias que ocupan un espacio especialmente sensible en relación con los costes externos del concurso.

Esta competencia declarativa laboral del juez del concurso merece alguna reflexión crítica. En primer lugar, la transferencia jurisdiccional va más allá del efecto normal de lo que suele denominarse *vis attractiva* del concurso. Esta se mueve normalmente en el plano de la ejecución y de las medidas cautelares, pero no afecta a las pretensiones declarativas, salvo a las del propio orden civil, como puede verse en el art. 8 de la LC, y es que las pretensiones declarativas externas no perturban la coordinación de la ejecución general dentro del concurso y su asunción tiene, sin embargo, el coste adicional de llevar al juez mercantil una materia en la que no está especializado.

En segundo lugar, hay que advertir que para las extinciones colectivas del art. 64 LC el juez concursal no sustituía en 2003 al juez social, sino a la autoridad laboral en las autorizaciones administrativas que preveían los arts 51 y 47 ET, con lo que se produjo una judicialización cuestionable. Con la reforma de 2012, el juez mercantil va a sustituir la decisión del empresario en los despidos colectivos, que ahora, en el régimen común, se deciden directamente por el empresario tras el periodo de consultas. Se ha producido así un desfase en el que el juez mercantil sigue conservando una posición similar a la que tenía la Administración antes de 2012 en el ERE administrativo. Es ésta una medida que altera la distribución normal de funciones entre los órdenes jurisdiccionales, sin una justificación suficiente. La resolución de estas cuestiones en su jurisdicción «natural» —que es, desde luego, la social— no perturba en absoluto el funcionamiento del concurso, siempre que en el proceso social no se pase a la ejecución. La solución contraria rompe la especialización del juez mercantil, encomendándole unas funciones que van a constituir para él una sobrecarga importante y que, en realidad, le colocan en una posición muy poco jurisdiccional y bastante comprometida. Ciertamente, había que eliminar el arcaico y disfuncional sistema

---

(33) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, pp. 98-103.

de autorizaciones administrativas<sup>(34)</sup> y así se ha hecho en 2012, pero la solución no consiste en sustituir a la Administración por el juez mercantil, sino en dejar —una vez cumplido el periodo de consultas— la decisión en manos de quien le corresponde —el empresario o la administración concursal— y en prever un proceso urgente de impugnación ante el orden social.

La extensión de la competencia del juez mercantil es además una solución de instrumentación compleja, como muestra la rocambolesca introducción de los recursos extraordinarios laborales para llevar al orden social la unificación de doctrina en una materia que paradójicamente no es competencia de ese orden en la instancia. Curiosa situación: se «sale» del orden social en la instancia para volver a «entrar» en ese orden en el recurso extraordinario.

### **2. Las grietas de un proceso judicial construido sobre un procedimiento administrativo que a su vez se coloca sobre una negociación; muchas sombras, con algunas luces, en el ERE concursal**

Hay algo monstruoso en el proceso que regula el art. 64 LC; monstruoso en el sentido literal de algo contrario al orden regular de la naturaleza, como dice la primera acepción del Diccionario de la Lengua; en este caso contrario al orden regular del proceso.

¿De dónde viene esa impresión que nos domina cuando leemos el art. 64 LC? Sin duda de la observación de que se está produciendo una combinación precipitada y antagónica de elementos diversos que no encajan en una fórmula común. En primer lugar, un proceso de negociación —el periodo de consultas— que se introduce a golpes en un procedimiento administrativo —el ERE original—, que terminaba en un acto administrativo de autorización. En segundo lugar, la incorporación a esa figura híbrida de un conato de proceso, en el que se puede acabar despidiendo y fijando indemnizaciones a unas personas —los trabajadores afectados— que no son parte en el proceso, no han tenido oportunidad de personarse en él, ni de formular alegaciones o proponer pruebas.

El libro de Ríos Mestre da cuenta de estas inconsecuencias<sup>(35)</sup>. Sobre algunas de ellas he reflexionado ya en otro lugar<sup>(36)</sup>. En realidad, todo el procedimiento está dominado por el periodo de consultas en su recepción administrativa y esto ha provocado notables desajustes y serias dudas sobre su verdadera naturaleza. Las distorsiones se producen tanto si hay acuerdo como si no lo hay. Si el periodo de consultas termina con un acuerdo, éste no excluye una decisión judicial que podrá consagrar los despidos propuestos y señalar las correspondientes indemnizaciones. Es más, el acuerdo vinculará normalmente la decisión del juez, otra anomalía, sobre la que luego volveré. Pero de momento retengamos que esa resolución judicial va a afectar a unos trabajadores que no han estado en el procedi-

---

(34) A. DESDENTADO BONETE, «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y por fuerza mayor», *REDT*, núm. 100/2000.

(35) aproximación», *Relaciones Laborales*, núm. 23 y 24/2003.  
RÍOS MESTRE, *op. cit.*, en especial pp. 363-367, 374, 375, 400-419.

(36) A. DESDENTADO BONETE y N. ORELLANA CANO, *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 150-187.

miento y respecto a los cuales es muy dudoso que pueda considerarse que estén realmente representados por los sindicatos o por las representaciones unitarias. Si no hay acuerdo, ya no cabe duda que la resolución judicial decide un conflicto entre dos partes enfrentadas sobre un despido colectivo. Sin embargo, el procedimiento en la versión de 2003 se olvidaba de la necesidad de abrir cauce a la contradicción frente a una solicitud que acaba funcionando como una demanda, por lo que se sostenía la necesidad de incorporar una fase contradictoria «oculta» no prevista en la ley<sup>(37)</sup>. Ahora la reforma de 2011 la ha incorporado en el art. 64.7.2.º, pero de una forma insuficiente: en la comparecencia solo puede aportarse prueba documental, cuando la prueba pericial puede ser decisiva en los despidos colectivos; además la propia comparecencia puede además sustituirse por alegaciones escritas, sin más requisito que el juez así lo acuerde.

En la regulación de las partes las quiebras son también importantes: el empresario deudor, que puede formular la solicitud del ERE, desaparece, sin embargo, en el periodo de consultas, en el que es sustituido por la administración concursal, lo que es lógico cuando aquél tiene suspendidas sus facultades patrimoniales, pero no cuando está simplemente intervenido. La nueva redacción del art. 64.5.3.º prevé que el juez pueda autorizar la participación del concursado en las consultas, pero no se concreta qué alcance va tener esa participación.

Lo más grave, sin embargo, es la ausencia en el proceso de los trabajadores afectados por los despidos. Es una herencia que el ERE concursal ha recibido del ERE administrativo, donde esa ausencia se ha vinculado con la figura de las llamadas autorizaciones de extinciones innominadas, en las que se autorizaba a extinguir un determinado número de contratos sin determinar cuáles. Pero ¿cabe decidir en un proceso el despido de un trabajador sin que éste pueda ser parte, formular alegaciones y proponer prueba? La respuesta debería ser negativa y, respecto al ERE administrativo, ya se sostuvo que los trabajadores ostentaban por sí mismos y al margen de sus representaciones sindicales o unitarias la condición de interesados en el procedimiento administrativo<sup>(38)</sup>, aunque su exclusión ha sido avalada en algún caso por la doctrina contencioso-administrativa<sup>(39)</sup>. Esa exclusión de los trabajadores ha tratado de justificarse sosteniendo que lo que se ventila en el ERE es un interés colectivo del grupo en su conjunto. Pero no es así. Si por interés colectivo entendemos el interés genérico de un grupo de trabajadores, como decía el art. 151.1 LPL y como dice ahora el art. 153.1 LRJS<sup>(40)</sup>, en el despido colectivo no concurre ese elemento genérico, aunque lo colectivo se introduzca por el número de los trabajadores afectados, que puede incluso cubrir la totalidad de la plantilla. Pues bien, aunque se admita esa entrada cuantitativa de lo colectivo, permanece como decisivo el elemento individual, pues, al final, el despido se sufre por quien es despedido y además en el cese hay factores que tienen una proyección exclusivamente individual, como sucede con las preferencias de

---

(37) A. DESDENTADO BONETE y N. ORELLANA CANO, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

(38) E. DESDENTADO DAROCA, «La intervención administrativa en los despidos: naturaleza y procedimiento», *Relaciones Laborales*, 1996, t. I, p. 521 y ss.

(39) STS 21-11-2006, r. 4141/2004, con una argumentación muy centrada en la letra de las normas.

(40) Sobre la noción de interés colectivo *vid.* más ampliamente mi trabajo «El objeto del proceso de conflicto colectivo», *Actualidad Laboral*, núm. 46/1999.

permanencia, el salario, la antigüedad, y la categoría y el puesto de trabajo relevantes a la hora de fijar las consecuencias de la calificación. Sostener que los trabajadores afectados deben quedar al margen del ERE es llevar la colectivización de las acciones demasiado lejos, sobre todo cuando la experiencia muestra que puede haber conflictos entre los trabajadores y sus representantes y entre estos últimos sobre determinados aspectos del ERE, en particular sobre la selección de los trabajadores afectados<sup>(41)</sup>. Lo que sucede es que la negociación en el periodo de consultas tiene que realizarse por razones obvias con los sujetos colectivos, pero esto no excluye la presencia de los trabajadores en el proceso, aunque no participen en las negociaciones.

Hay algunos problemas más:

Primero. El art. 64. 7 LC nos dice que el juez mercantil debe decidir aceptando el acuerdo en el periodo de consultas, salvo cuando aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Es otra transposición de la regulación del ERE administrativo cuando regía la autorización de la autoridad laboral. Pero ¿puede el juez decidir en contra de la ley cuando no existen los supuestos que le permiten discrepar del acuerdo? Por ejemplo, cuando aprecie que no hay causa que justifique el despido o cuando estime que lo justifica, pero con alcance inferior al que le ha dado el acuerdo. Está aquí en juego la propia concepción de la función jurisdiccional conforme al art. 117.1 de la Constitución: el juez está sometido a la ley, pero la ley lo somete a un acuerdo de las partes.

Segundo. Persiste el tortuoso y complejo sistema de impugnación del auto con dos vías: por una parte, el recurso de suplicación en lo que se ha dado en llamar la impugnación colectiva a cargo de los representantes de los trabajadores, la administración concursal, el propio concursado y el FOGASA, y, por otra parte, el incidente concursal laboral, un incidente que se abre a los trabajadores, aunque solo en lo que la propia ley denomina «cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual». Pero ¿hay en el ERE alguna cuestión que no afecte a la relación individual de trabajo? Es obvio que no, porque lo que más afecta a la relación individual de trabajo es el despido que acaba con ella y resulta difícil sostener que la impugnación del despido por no existir la causa que lo justifique no puede ir por la vía del incidente concursal, pues está reservada a la impugnación colectiva. Con ello, se deja a los trabajadores en total indefensión, pues solo podrán impugnar el salario, la antigüedad, la categoría o el puesto de trabajo a efectos del cálculo de la indemnización o de la readmisión, pero no *su* despido. Recuérdese que tampoco se les permite entrar en el procedimiento del ERE concursal. No parece que esa interpretación sea compatible con el art. 24 de la Constitución. Hay otra interpretación posible más sencilla y menos lesiva para la tutela judicial efectiva. Consiste en afirmar que la impugnación colectiva tiene por objeto combatir en su totalidad el despido colectivo o la desestimación del mismo por el auto, mientras que la impugnación individual, aparte de las cuestiones ya mencionadas, no impugnaría todos los despidos, sino únicamente el despido del trabajador demandante o recurrente. Esto ya está inventado; es lo que ocurre con las impugnaciones

---

(41) *Vid.*, entre otras, SSTSJ Cataluña 9-7-2010, r. 2083/10, 23-7-2010, r. 2764/10, 29-11-2010, r. 2676/10 y 29-4-2011, r. 5919/10, en las que se debatía sobre una posible diferencia de trato en la lista de trabajadores incluidos en el ERE en función de la afiliación a un determinado sindicato.

de los arts. 40 y 41 del ET y con el ERE de régimen común, en el que las impugnaciones individuales conviven en el art. 124 LRJS con las colectivas. Cabe otra observación crítica: ¿por qué dos vías impugnatorias separadas cuando el resultado de la impugnación colectiva vincula a las reclamaciones individuales? La doble impugnación por vías separadas retrasa la resolución de las impugnaciones individuales<sup>(42)</sup>, fomenta las contradicciones y aumenta la complejidad de la gestión del concurso.

¿Dónde están, entonces, las luces del sistema del art. 64 LC?

Luces hay, aunque pocas. Quizá solo una: la configuración de un procedimiento unitario en el que todos los problemas del despido colectivo se deciden en una sola resolución. Es un logro muy importante frente al caos que se deriva del sistema común<sup>(43)</sup>. Lo que ocurre es que la LC, al regular la impugnación, no ha sido coherente con este logro y ha dividido así la decisión del despido.

Son necesarias, por tanto, algunas correcciones para aumentar las luces y reducir las sombras. Saquemos el periodo de consultas del art. 64. Llevemos a él de manera unitaria las impugnaciones de los acuerdos en periodo de consultas y las de las decisiones extintivas del empresario o de la administración concursal. Abramos ese proceso a los trabajadores y a los sujetos colectivos, pero manteniendo su unidad. Establezcamos también una vía unitaria de recurso que comprenda tanto las impugnaciones colectivas como las individuales. Y, por último, pensemos alguna fórmula para limitar los recursos. El tiempo es esencial en los enjuiciamientos de los despidos y más en el concurso.

### **3. Breve indicación sobre las causas de los despidos económicos en el concurso; el impacto de la reforma de 2012 y la tentación del automatismo**

El art. 64 LC no contiene una regulación sustantiva del despido económico en el concurso. Hay además algún desliz, pues el número 4 de este artículo nos indica que la solicitud deberá justificar 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». Una prescripción finalista que está ya anticuada y que hay que considerar inaplicable. Pero, con mejor criterio, el art. 64.11 LC nos aclara que «en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral».

La remisión nos coloca en el corazón de la reforma laboral de 2012, en el nuevo art. 51.1 ET, cuya interpretación no es fácil. La reforma laboral de 2012 sigue, de forma más radical o, si se prefiere, más decidida, la línea que ya se inició en 2010. Se trata de simplificar, clarificar y objetivar las causas del despido económico, eliminando la complejidad del sistema anterior, en especial en lo que respecta a las llamadas exigencias de justificación finalista de los despidos, que el preámbulo de la nueva ley critica porque «incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos,

---

(42) Con cuatro niveles de decisión: el ERE concursal, el incidente, el recurso de suplicación y el recurso de casación para la unificación de doctrina.

(43) A. DESDENTADO BONETE, «Los despidos económicos tras la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *Actualidad Laboral* núm. 17-18/2012.

que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa». Hay también aquí un mensaje a los jueces para moderar el alcance de su control. Pero la búsqueda de la claridad para dar seguridad a las previsiones empresariales sobre la calificación de los despidos tiene el riesgo de considerar el enjuiciamiento de los despidos como un automatismo excesivamente simplificado. En otro lugar<sup>(44)</sup> he indicado que si la ley anterior decía *demasiado*, la nueva peca de decir *demasiado poco*. No creo que la llamada cláusula del automatismo del segundo párrafo del art. 51.1 ET pueda lograr sus objetivos de simplificación del enjuiciamiento. Está bien que hayan desaparecido las justificaciones finalistas, que eran extraordinariamente inseguras y demasiado subjetivas, pero no me parece posible desvincular la causa del efecto a la hora de enjuiciar un despido económico, porque la causa vale en la medida en que es capaz de desplegar un efecto relevante. De ahí la necesidad de recurrir a lo que la doctrina de la Sala IV había definido como la conexión de funcionalidad o instrumentalidad<sup>(45)</sup> que permite enlazar la causa con el efecto (el ajuste de la plantilla o el cese total en atención a la situación económica de la empresa o al cambio organizativo o técnico). Tampoco debe desaparecer el canon de razonabilidad a la hora de determinar el alcance del control judicial, pues ese canon —también eliminado en la poda del automatismo— es el que rectamente interpretado permite situar el enjuiciamiento fuera de los excesos del control de óptimos y del «despido como último recurso», respetando así la discrecionalidad empresarial en la elección de las distintas alternativas ante la crisis.

#### 4. Las resoluciones extravagantes y la huida del concurso

Al comentar el capítulo final del libro de Ríos Mestre, ya hemos tenido ocasión de referirnos al problema de las extinciones extravagantes, que, como se sabe, no son las «raras», sino las que literalmente «vagan» —en el sentido de caminan— fuera del ERE concursal y, en general, de cualquier ERE. Este caminar fuera del concurso puede obedecer a razones objetivas —por ejemplo, un despido disciplinario o un acoso en una empresa que tramita un ERE concursal—, pero con frecuencia se advierte que puede responder a conductas estratégicas que lo que persiguen es *salir* del concurso para mejorar la indemnización. Dos cambios jurisprudenciales facilitaron esta vía, como nos muestra Ríos Mestre: en primer lugar, el criterio jurisprudencial permisivo que se afirma a partir de la STS 5-4-2001<sup>(46)</sup>, admitiendo el ejercicio de acciones resolutorias del contrato de trabajo durante la tramitación de los expedientes de regulación de empleo incluso cuando el incumplimiento deriva de la situación económica de la empresa, y, en segundo lugar, el carácter del incumplimiento resolutorio que juega al margen de la culpa<sup>(47)</sup>. Así se abre una vía de salida del despido

---

(44) «Los despidos económicos tras la Ley 3/2012...», *cit.*

(45) *Vid.* en especial las SSTs 14-6-1996, r. 3099/95, y 29-9-2008, r. 1659/07.

(46) Recurso 2194/2000.

(47) STS 22-12-2008, r. 294/2008, y las que en ella se citan. La sentencia tiene un voto particular que mantiene la necesidad de volver al de la culpa, pero reconociendo que, a la vez, hay que abrir paso al reconocimiento de las extinciones por incumplimientos objetivos al margen de cualquier reproche culpabilístico, dando lugar en estos casos a la aplicación de una indemnización más reducida de 20 días, como en el caso de las «resoluciones menores» de los artículos 40 y 41 ET.

colectivo. La respuesta de la LC 2003 fue, como vimos, la de llevar estas resoluciones al ERE concursal, pero esta solución era compleja, limitada<sup>(48)</sup> y bastante confusa en cuanto a su alcance real, pues no quedaba claro para qué iban al ERE estas resoluciones, ni cómo se tramitaban en él<sup>(49)</sup>. La STS 13-4-2011<sup>(50)</sup> resolvió la cuestión a favor de su tratamiento como despidos colectivos con indemnización de 20 días cuando ya estaba próxima la reforma de 2011, que iba a romper con esta solución, para instaurar un sistema más racional y eficiente.

El nuevo sistema se basa en dos principios básicos: 1.º) todas las acciones resolutorias, ya sean individuales o colectivas, que se amparen en el art. 50 ET y estén motivadas por la situación económica de la empresa, se suspenderán desde el momento en que se acuerde la iniciación del ERE concursal y hasta la firmeza del auto que decida el expediente; 2.º) el auto que se dicte en el ERE tendrá efectos de cosa juzgada en el pleito sobre la resolución.

La solución es sencilla, ortodoxa en el plano procesal y eficiente. Debería aplicarse también a los despidos colectivos no concursales. Pero quedan algunas cuestiones pendientes. La primera es su eventual extensión a la otra forma que en la práctica revisten las extinciones extravagantes. Me refiero a las acciones que, en lugar de pedir la resolución del contrato, alegan despidos «tácitos» por irregularidades en el pago de los salarios o por falta de ocupación efectiva que están motivadas por la situación económica de la empresa concursada. ¿Puede acudirse aquí a la analogía? Si es así, la solución del nuevo art. 64.10 podrá generalizarse.

En otro caso tendremos dos extinciones en marcha por la misma causa última —el ERE concursal y la extinción por despido tácito— que, si no se coordinan, pueden llevar a decisiones contradictorias. Lo mismo sucederá en los casos en que las dos vías extintivas se sigan realmente por causas distintas, sin mediar una conducta estratégica, como en los ejemplos ya mencionados de un despido disciplinario o de una resolución de contrato por acoso<sup>(51)</sup>. Hasta ahora la Sala IV del Tribunal Supremo ha solucionado estos casos aplicando la doctrina del carácter constitutivo de la sentencia que declara la resolución del contrato y argumenta que, si el contrato se ha extinguido ya por el despido colectivo, no cabe acordar su resolución<sup>(52)</sup>. Pero esta solución no se extiende a los despidos tácitos y puede

---

(48) Se aplicaba solo a las resoluciones colectivas.

(49) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, p. 649 y ss.

(50) R. 2194/2010.

(51) Para la primera es competente el juez mercantil, para la segunda el juez social. *Vid.* en este sentido el ATS (Conflictos) 19-7-2012 (cc. 16/2012), que declara la competencia del juzgado mercantil para conocer del expediente de regulación de empleo y de su impugnación a través del incidente concursal laboral, y la competencia del juzgado de lo social para conocer una demanda por resolución del contrato del mismo trabajador que había impugnado su despido en el ERE; demanda que se fundaba en una modificación lesiva de las condiciones de trabajo. El auto reconoce que se plantean importantes dificultades en orden a la coordinación de las decisiones que se adopten en los dos procesos —dos extinciones sometidas a regímenes distintos que pueden conducir a pronunciamientos contradictorios—, pero considera que estas dificultades no pueden resolverse desde la perspectiva de la jurisdicción.

(52) SSTS 22-6-2001 (r. 3198/09) y 11-7-2009 (r. 3334), *vid.* el comentario a estas sentencias en A. DESDENTADO BONETE, «La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo» en AA.VV. (N. Orellana Cano, coord.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 51-63.

hacerse más difícil tras la nueva doctrina sobre el carácter no necesariamente constitutivo de la sentencia de resolución del contrato<sup>(53)</sup>.

Una sentencia reciente —la STS 3-7-2012<sup>(54)</sup>— ha abordado por fin el problema del despido tácito, aunque combinado con resolución de contrato, para un supuesto anterior a la reforma concursal de 2011. La empresa fue declarada en concurso el 17 de febrero de 2009; el cese se acordó en el ERE concursal el 20 de marzo de 2009, pero el 23 de febrero de 2009 se había presentado demanda *por la casi totalidad de la plantilla*, alegando impago de salarios y falta de ocupación efectiva y pidiendo las correspondientes indemnizaciones por despido tácito o por resolución del contrato. La sentencia de suplicación desestimó estas pretensiones, porque no puede resolverse por la vía del art. 50 ET un contrato de trabajo ya extinguido por el auto que acordó el despido colectivo y porque no hay voluntad de despido tácito cuando el empresario se encuentra en concurso y ha iniciado el procedimiento reglamentario para un despido colectivo. En el primer punto —la resolución del contrato— no entra el Tribunal Supremo porque no se aprecia contradicción. Pero sobre el segundo punto la Sala IV llega a la conclusión de que, solicitado judicialmente el concurso, no puede ejercitarse una acción de despido tácito colectivo por hechos posteriores a dicha solicitud, pues lo procedente es instar la extinción colectiva por la vía del art. 64 LC, para lo que están legitimados los representantes de los trabajadores. Cabe preguntarse qué habría ocurrido si el despido *tácito* no hubiera sido colectivo. La respuesta correcta podría ser la que dio la sentencia de suplicación recurrida: no puede haber despido tácito si la voluntad de despedir se ha formalizado ya a través de una solicitud de despido colectivo fuera del expediente.

Pero subsiste el problema de qué sucede cuando las dos pretensiones extintivas siguen adelante. Ríos Mestre<sup>(55)</sup> cita el caso del auto del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao de 10 de 2010: dos créditos de un grupo de trabajadores por la extinción de su contrato de trabajo que tratan de incluirse como créditos de la masa, uno por una indemnización de 20 días establecida en el ERE judicial y otro derivado de una indemnización de 45 días por unas resoluciones extravagantes. El auto da prioridad a las indemnizaciones de 45 días de los trabajadores que ejercitaron la acción resolutoria antes de la iniciación del ERE<sup>(56)</sup>. Es una solución discutible, porque se funda en un criterio formal, como el criterio cronológico procesal, cuando debió aplicarse un criterio cronológico sustantivo que hubiera dado preferencia a la extinción en el ERE si el incumplimiento empresarial —resolución o despido tácito— hubiera sido motivado por la situación económica de la empresa. Esta es la tesis que la Sala IV ha mantenido para los supuestos de concurrencia entre acciones de despido y de resolución de contrato de trabajo, como puede verse en las SSTs 5-1-2007 y 10-7-2007<sup>(57)</sup>.

---

(53) STS (Pleno) 20-7-2012 (r. 1601/2011), con voto particular.

(54) R. 3885/2010.

(55) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, pp. 687-690, donde se incluye también la referencia a la STSJ Galicia 30-5-1991, JUR 224.157/11, que abre una vía para una posible extinción doble, con indemnizaciones coordinadas hasta el tope de 45 días. *Vid.* también «Nota de urgencia sobre la resolución del contrato por impago y retrasos salariales y el Proyecto de reforma concursal de 2011», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151/2011.

(56) RÍOS MESTRE, *op. cit.*, pp. 784 y 785.

(57) R. 2851/2005 y r. 604/2006.

En todo caso parece claro que estamos ante una solución compleja y costosa, pero que se mantendrá mientras continúe la división jurisdiccional de esta materia, porque entre órdenes jurisdiccionales distintos no cabe recurrir a la acumulación.

Hay que cerrar el comentario, pero no sin decir que Ríos Mestre nos ha ofrecido a lo largo de su obra una información muy valiosa sobre el concurso y los despidos colectivos; ha trazado con rasgos seguros las líneas de una historia que se ha vuelto cada vez más accidentada y ha profundizado en los numerosos y graves problemas que se presentan en esta zona de encuentro y desencuentro entre el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo. Hay aquí, como dice el profesor MONTROYA en el prólogo, pasión investigadora y profundo conocimiento del Derecho. Y todo ello dentro de una obra plenamente lograda a pesar de las graves dificultades con las que se ha enfrentado ante el cambio incesante de las normas en la legislación de la crisis. En este libro, tan sugerente, están expuestos con rigor y con brillantez los elementos fundamentales no solo para el debate sobre la posición de los despidos colectivos en el concurso, sino también para entender esos despidos en el agitado marco de nuestro Derecho del Trabajo.

# LA SUSPENSIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL A CAUSA DE LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS POR CUENTA PROPIA Y AJENA: ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL<sup>(\*)</sup>

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Contratada FPD. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

## RESUMEN

### **La suspensión de la incapacidad temporal a causa de la realización de trabajos por cuenta propia y ajena: aspectos laborales y de Seguridad Social**

En tiempos de crisis el miedo al despido se encuentra a la orden del día, por esta razón, quizás, podría pensarse que suspender temporalmente la prestación incapacitante resultaría una medida eficaz a corto plazo, en tanto se superen por la empresa sus graves deficiencias económicas. Sin embargo, bien es cierto que no toda interrupción de la prestación temporal esconde tras de sí una situación fraudulenta.

De entre las tres causas suspensivas que enumera nuestro artículo 132 de la LGSS (*Ley General de la Seguridad Social*), la que más dificultades presenta para ser detectada, precisamente, es cuando el beneficiario realice trabajos por cuenta propia o ajena durante el disfrute del subsidio por incapacidad temporal. En muchas ocasiones, el temor al absentismo injustificado y al fraude han constituido una razón de peso para que las empresas y Mutuas de Trabajo (en adelante MATEPs) se decanten por controlar estas «situaciones de baja» de una forma privada y, en algunos casos, conculcando derechos fundamentales garantizados con la máxima protección constitucional. Y es que, ya sea por una regulación defectuosa o por una falta de mecanismos preventivos e incentivadores

## ABSTRACT<sup>(\*\*)</sup>

### **The suspension of short sick-leave due to working as employed or self-employed person: labor and about National Health Service issues**

When economic crisis strikes the trademarks, the fear to dismissal grows little by little among workers and, because of that, it could be thought that a transient suspension on payment benefit for short sick-leave might efficiently work the enterprises' problem of those who pretend a fictitious sickness out, at least in a short term whilst or until the company in question reorganizes its economic deficiencies. However, it's essential to be aware of a basic fact: not always there is fraud behind a payment benefit suspension.

The 132<sup>th</sup> section of the Spanish National Health Service General Law (LGSS) states three main dismissal cases. Among them, the most difficult to be detected is that one which involves a beneficiary working as employed or self-employed person during the enjoyment of the pay-sick for s short sick-leave. Many times suspicions about an unjustified absenteeism from work or even fraud have become a valuable reason for companies and health insurance companies (since now named as MATEPs) to decide to watch privately these «situations of illness» and even in some cases to violate fundamental rights guaranteed by the maximum constitutional protection. And due to a defective

---

(\*) Trabajo que forma parte mi tesis doctoral: *La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*.

(\*\*) Traducción que ha sido realizada por Pablo FERNÁNDEZ RUBIO, becario FPU del departamento de Bioquímica y Biología molecular III e Inmunología de la Universidad de Granada.

para los trabajadores, han proliferado en la práctica estos procedimientos de moralidad cuestionable, al margen de los controles que otorga nuestro sistema público social.

Todo ello solo ofrece un panorama desolador y lamentablemente manchado por esa filosofía del «fraude» que tanto ha inspirado a nuestro legislador y que, incluso, le ha motivado a operar reformas de gran calado, que llegan a alterar las bases del sistema de Seguridad Social. El juego de intereses contrapuestos entre las distintas entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social y la ansiedad de todas ellas por adquirir un mayor número de competencias en la materia no solventan para nada las deficiencias que presenta esta compleja y parcheada normativa, requiriéndose en la mayoría de los casos de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales para precisar muchos de sus extremos.

**Palabras clave:** Incapacidad temporal, fraude, suspensión del subsidio, absentismo, despido disciplinario.

regulation or to a lack of preventive processes and incentive mechanisms to workers, these dishonest actions have spread out all around the Spanish labour scene, sneaking out of the borders controlled by our National Health Service.

All of this regrettably shows a distressing and ominous view, stained by a philosophy of fraud which, indeed, has inspired our lawmaker with the wish of carrying out severe amends that, as a matter of fact, have staggered the basic structure of National Health Service. The clash of interests amongst all the manager and collaborator organizations of the National Health Service and their craving for acquiring a larger amount of powers and liabilities in the field don't solve at all the deficiencies of the complex and barely patched Spanish labour guideline. Moreover, it is required in the most of cases a doctrinal and jurisprudential pronouncement to completely clarify any single detail of the procedure.

**Keywords:** Short sick-leave, fraud, sick benefit suspension, absenteeism from work, disciplinary dismissal.

---

**Fecha de recepción:** 12/10/2012.

**Fecha de aceptación:** 13/10/2012.

---

## SUMARIO

- I. CAUSAS GENERALES DE SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL.
  - II. SUPUESTOS QUE PUEDEN PLANTEARSE CUANDO SE TRABAJE POR CUENTA PROPIA O AJENA Y SUS CRITERIOS INTERPRETATIVOS. EL ETERNO CONFLICTO ENTRE EL FRAUDE Y LA REALIDAD.
  - III. DIFICULTADES A LA HORA DE DELIMITAR LAS COMPETENCIAS ENTRE LAS DISTINTAS ENTIDADES IMPLICADAS.
  - IV. CONCLUSIONES.
  - V. BIBLIOGRAFÍA.
- 

## I. CAUSAS GENERALES DE SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Como prevé el artículo 132 de la LGSS, el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido siempre que concurren algunas de las siguientes

circunstancias: a) que el trabajador estuviese actuando fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, b) cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena, y también, c) cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado<sup>(1)</sup>.

Desde la reforma de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, son precisamente estas tres causas señaladas las únicas que pueden acarrear algunos de los supuestos suspensivos, anulatorios o denegatorios del artículo 132 de la LGSS. Y es que, tras la entrada en vigor de esta normativa de 1994, se entiende eliminada del actual precepto regulador la cuarta de las razones de suspensión de la IT, que aparece referida a cuando la incapacidad sea debida o prolongada a consecuencia de la imprudencia temeraria del beneficiario [artículo 11.1.b) de la Orden de 13 de octubre de 1967]<sup>(2)</sup>.

El vigente artículo 132 de la LGSS se caracteriza, fundamentalmente, por ser un texto tremendamente confuso y necesitado de la intervención de nuestros tribunales, en orden no sólo a determinar cuándo se producen las razones de denegación, anulación y suspensión, sino incluso para concretar los efectos que cada uno de estos motivos producen en los beneficiarios. A lo cual, como resulta habitual en esta materia, se unen los constantes y controvertidos problemas de competencias de los que son protagonistas las mutuas de accidentes de trabajo en su intento por ejercer los mismos poderes que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS)<sup>(3)</sup>. Conflictos que, como seguidamente se verá, no clarifican la panorámica existente, sino todo lo contrario, la complican de manera relevante, llegando hasta el punto de dividir a la jurisprudencia en diferentes corrientes de pensamiento<sup>(4)</sup>. Y es que efectivamente, como bien apunta la doctrina científica, llama desde un principio la atención esa falta de correlación entre el título con el que se presenta esta disposición de la LGSS «pérdida o suspensión del derecho al subsidio», y aquel con el que se identifica la jurisprudencia, esto es, anulación, denegación y suspensión<sup>(5)</sup>. Como bien opina la tesis mayoritaria, con dicha falta flagrante de concreción se están confundiendo dos conceptos, el de extinción o pérdida de la prestación que regula el artículo 131 bis de la LGSS con el de suspensión del artículo 132 del mismo conjunto normativo<sup>(6)</sup>. De

---

(1) Ver artículo 132 de la LGSS.

(2) BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1967; corrección de errores en BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1967. Señala la profesora Celia Fernández Prats que, en un principio, aunque continúe todavía vigente en la Orden de 1967 esta cuarta causa, podría la misma ser englobada dentro de la actuación fraudulenta para obtener o conservar un derecho que regula la letra a) del apartado 1 del artículo 132 de la LGSS. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 304. BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 92.

(3) PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *Actualidad Laboral*, núm. 08-2.ª quincena, de abril de 2007, p. 3.

(4) Ver la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467), concretamente en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto. En esta sentencia se exponen de una manera exhaustiva y perfectamente ordenada las tres líneas de pensamiento, así como el razonamiento sobre cada una de ellas.

(5) FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 304.

(6) JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 373. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *op. cit.*, p. 3.

ahí que si el término pérdida equivale al de extinción, a efectos prácticos, los supuestos de suspensión podrían encubrirse como los de fin de la IT, ya que al no precisarse un plazo de duración de la interrupción del disfrute del subsidio se estaría produciendo automáticamente la terminación de la prestación<sup>(7)</sup>.

Otro de los problemas adicionales que plantea la redacción del artículo 132 de la LGSS se refiere al hecho de que no se especifica cuándo se está ante una denegación, una anulación y una suspensión, y del mismo modo tampoco se aclara en qué circunstancias se producen cada una de ellas, pues es evidente que en unos casos el derecho ya ha sido reconocido (suspensión y anulación), mientras que en otros no (denegación)<sup>(8)</sup>. Las distintas consecuencias jurídicas que producen las conductas de los beneficiarios deben diferenciarse por tanto en cuanto al momento de producirse cada una de ellas: al inicio o con posterioridad<sup>(9)</sup>. Así pues, la denegación se refiere al reconocimiento previo y la ausencia de los requisitos para motivar el comienzo de la prestación; la anulación supone, en cambio, que dichos presupuestos constitutivos desaparecen una vez iniciada la IT; y, por último, la suspensión se concede de manera temporal cuando se efectúen trabajos incompatibles con la percepción del subsidio<sup>(10)</sup>, de tal manera que, una vez que cese dicha causa interruptora de la relación laboral, se reanuda el normal pago de la prestación por el tiempo que reste<sup>(11)</sup>. En cualquier caso y aunque aparentemente parezca que se trata de un listado cerrado, lo que es obvio es que estas tres medidas sancionan las conductas contrarias a la buena fe contractual por parte del trabajador<sup>(12)</sup>, de ahí que entre en juego la normativa reguladora de

---

(7) Véase STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2005 (AS 2005/1880) y el comentario a la STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2006 que realiza la profesora María del Junco Cachero en DEL JUNCO CACHERO, M.: «Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 92, 2007, p. 222.

(8) GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A. (coordinador): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 76 y 77. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *Tribuna Social*, núm. 61, 1996, p. 82. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., p. 304.

(9) A este respecto la profesora Julia Muñoz Molina señala que «procederá la denegación cuando el solicitante hubiese actuado fraudulentamente para obtener la prestación, o cuando rechace *a priori*, sin iniciar el mismo el tratamiento indicado por el facultativo competente; mientras que la anulación de la prestación tendrá lugar cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para conservar la prestación que ya venía disfrutando o, una vez iniciado el tratamiento prescrito, lo abandona sin causa razonable, y, finalmente, originará la suspensión la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, si se cesa en la realización de los mismos y se siguen reuniendo los requisitos para la prestación, pues en otro caso, procederá la anulación». Ver MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 217.

(10) BURGOS GINER, M.<sup>a</sup> A.: «La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2006, p. 2906. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», op. cit., p. 3.

(11) OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid, CES, 1997, p. 241.

(12) ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad», *Tribuna Social*, núm. 53, 1995, p. 11. GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», op. cit., p. 77. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», op. cit., pp. 83 a 90. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, op. cit., p. 218. BURGOS GINER, M.<sup>a</sup> A.: «La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)...», op. cit., pp. 2906 a 2908. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., p. 304.

las infracciones y sanciones en el orden social, esto es, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la LISOS.

A continuación, me voy a centrar en la segunda de estas causas suspensivas, es decir, cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena [artículo 132.1.b) de la LGSS].

### II. SUPUESTOS QUE PUEDEN PLANTEARSE CUANDO SE TRABAJE POR CUENTA PROPIA O AJENA Y SUS CRITERIOS INTERPRETATIVOS. EL ETERNO CONFLICTO ENTRE EL FRAUDE Y LA REALIDAD

La situación suspensiva de la relación laboral que se produce a causa de riesgos comunes y profesionales comporta una imposibilidad transitoria para trabajar que precisa de la concesión de un subsidio para compensar la pérdida de rentas que ocasiona dicho estado de necesidad. Y es que, si el individuo no puede trabajar porque carece de la capacidad necesaria para el desempeño de una actividad profesional, tampoco puede, por consiguiente, recibir el salario compensatorio del mismo<sup>(13)</sup>, ya que no se admite en nuestro sistema normativo compatibilidad alguna entre subsidio y salario<sup>(14)</sup>.

Las consecuencias que se derivan del desempeño de una actividad profesional mientras se encuentra el trabajador de baja por IT no sólo alcanzan a abarcar la esfera de la Seguridad Social, sino que también despliegan sus efectos dentro del campo de la relación laboral, pues aparte de la suspensión o extinción de la prestación económica, que según cada caso pudiese adoptarse, el individuo en la inmensa mayoría de las ocasiones suele ser despedido por transgresión de la buena fe contractual [artículo 54.2.d) del ET]<sup>(15)</sup>. En todo este entramado jurídico se generan una serie de cuestiones conflictivas a las que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de dar una solución uniforme. No obstante, el juego de intereses contrapuestos que se presentan dificulta enormemente la respuesta a muchos de estos interrogantes, de ahí que se hallen pronunciamientos muy divergentes.

De lo anterior expuesto, resultan problemáticas las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. El objeto de la discusión radica aquí no sólo en la determinación sobre si procede o no la denegación de la prestación por incapacidad temporal cuando el trabajador se encuentre dado de alta en más de una empresa pero dentro del mismo régimen de la Seguridad Social (pluriactividad), sino, además, cuando se encuentre éste desempeñando distintas actividades y, por tanto, dado de alta en más de un régimen (pluriempleo).

---

(13) BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 95.

(14) ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Décima cuarta edición, 1995, p. 255. GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», *op. cit.*, p. 80. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *op. cit.*, p. 84. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 308.

(15) ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Incapacidad temporal y maternidad...*, *op. cit.*, p. 11. GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», *op. cit.*, p. 80. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *op. cit.*, p. 84. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 220.

Existen a este respecto dos opiniones doctrinales contrapuestas: de una parte, la que defiende que no cabe la realización de ninguna actividad durante el ejercicio de la IT, en base a que si se está incapacitado para un régimen también se está para el otro, siendo asimismo aplicable esta misma solución cuando se trate de ejecutar distintas actividades<sup>(16)</sup>. Y de otro lado, se encuentra el sector que entiende que sí resulta perfectamente compatible el disfrute de la prestación temporal con el desempeño de un trabajo para el que se está capacitado<sup>(17)</sup>.

El TS en su sentencia de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/4364) se ha pronunciado finalmente sobre este asunto, afirmando que el percibo del salario y el cobro del subsidio por IT son perfectamente compatibles<sup>(18)</sup>. Mientras la realización de un trabajo no perjudique la salud del empleado con tal intensidad que retrase su proceso curativo, no entrará en juego la regla que se establece el artículo 132 de la LGSS sobre la suspensión del pago de la IT<sup>(19)</sup>. Corriendo, asimismo, idéntica suerte los supuestos de pluriempleo tal y como nos recuerda el TS en su sentencia de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651). Así pues, lo realmente incompatible con la enfermedad es el trabajo efectivo, no el figurar en alta en el RETA mientras se está de baja laboral en el RGSS<sup>(20)</sup>, pero además de esto<sup>(21)</sup> habrá de examinarse hasta qué punto las carencias o impedimentos físicos imposibilitan para realizar otra actividad diferente en el mismo o en distinto régimen de encuadramiento, con independencia de que ello tenga lugar de forma simultánea o sucesiva.

---

(16) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social...*, op. cit., pp. 254 y 255, nota al pie 43. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, op. cit., p. 221: «... consideramos que no cabe actividad laboral alguna durante la situación de IT, con independencia de que perjudique o no el proceso curativo, ya que la normativa vigente no permite que el trabajador en situación de baja pueda continuar o reanudar otro trabajo para el que no esté incapacitado o que pueda permitirle una eventual capacidad residual, siendo así que en los casos de pluriempleo el trabajador debe cesar en todos ellos para acceder al subsidio, e igual en los supuestos de pluriactividad. Conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 b) de la TRLGSS, no parece que pueda existir la correspondiente baja incapacitando para el desarrollo de un trabajo pero no para el de otros».

(17) JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., p. 380. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., p. 310. BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, op. cit., p. 96.

(18) «Aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para igualmente, provocar la baja en otra actividad que le permite su capacidad residual» (STS de 19 de febrero de 2002, RJ 2002/4364).

(19) Expone el TS: «Ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes —una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria—, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de IT (artículo 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio de un trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro. Bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que se está de alta y cotiza, en estado de clara desprotección. Y además, semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al efecto útil de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social».

(20) Véase el fundamento de derecho segundo en su punto tercero de la sentencia mencionada.

(21) Ver STSJ de las Islas Baleares de 16 de febrero de 2012 (AS 2012/214) en su fundamento de derecho tercero.

De la literalidad del artículo 132 de la LGSS, conjuntamente examinado con el 128 de esa misma norma, se desprende la preocupación del legislador por evitar el fraude de quien esté trabajando y a la vez cobrando el subsidio por IT<sup>(22)</sup>. Sin embargo, a mi juicio, el que un trabajador esté dado de baja por IT no impide que por esa causa vea mermadas sus capacidades para la realización de otras actividades profesionales<sup>(23)</sup>. Por supuesto, tal compatibilidad sólo es posible siempre que no perjudique su normal curación<sup>(24)</sup> y se inicien estas situaciones (es decir, la de pluriempleo y pluriactividad) con anterioridad a la IT<sup>(25)</sup>, para lo cual habrá de estarse al caso concreto<sup>(26)</sup>.

Relacionado con todo este debate, se ha pronunciado el TS en su sentencia de 8 de abril de 2006 (RJ 2006/2326), sobre la procedencia o no de la suspensión de la IT cuando sea el trabajador miembro del comité de empresa y decidiese ejercitar su derecho a la negociación de un convenio colectivo en curso. La interpretación que aquí debe seguirse es la misma que hasta ahora se ha dicho, por lo que queda claro que el incapacitado podrá seguir desempeñando su actividad representativa de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la IT. Y además de esto, cabe señalar también que de suspenderle al trabajador del ejercicio de estas funciones, podría incurrirse en una violación del derecho a la libertad sindical que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 28<sup>(27)</sup>.

Para el supuesto de que el trabajador esté realizando actividades lúdicas durante el disfrute de la IT, a diferencia de lo anteriormente expuesto, aquí sí que ha mostrado unánimemente su conformidad la doctrina científica y la jurisprudencia, al admitir la compatibilidad entre subsidio y la realización de esa actividad cuando exista recomendación médica<sup>(28)</sup>.

---

(22) Ver STS de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651) en su fundamento de derecho segundo.

(23) SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 62 y 63: «... con base en una interpretación teleológica del precepto, el trabajo prohibido ha de ser el coincidente con el habitual presumiéndose de tal hecho que el trabajador no está impedido para el trabajo, o bien de un trabajo que perjudique el proceso de recuperación alargando la baja. En este sentido, es cada vez más frecuente que la jurisprudencia analice las circunstancias de cada caso para determinar la gravedad del comportamiento a estos efectos».

(24) GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», *op. cit.*, p. 80. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *op. cit.*, p. 84. JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 381.

(25) JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 381. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 310.

(26) Ver STS de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651). En este sentido, GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 239 y 240.

(27) Ver STS de 8 de abril de 2006 (RJ 2006/2326). DEL JUNCO CACHERO, M.: «Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa», *op. cit.*, pp. 222 y 223. En contra, MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 224.

(28) LÓPEZ ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> J.: «La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido. Comentario a la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002», *Actualidad Laboral*, núm. 31, 2003, pp. 2697 y siguientes.

Concretamente, se trata de casos en los que, a causa de una depresión<sup>(29)</sup>, estrés, estados de ansiedad... etcétera, el médico recomienda al paciente que: participe en otras actividades de entretenimiento<sup>(30)</sup>, realice trabajos, haga ejercicio físico o se relacione con los demás para superar su enfermedad. Sin embargo, precisamente es en este campo en donde más se produce la intervención de la esfera laboral, pues en la mayoría de estos casos, haciendo uso el empresario del poder que se le confiere para verificar el estado de la enfermedad de sus trabajadores (artículo 20.4 ET), pone en marcha distintos mecanismos para controlar el absentismo y la posible existencia de fraude<sup>(31)</sup>. De este modo, si el empleador comprueba la existencia de una flagrante deslealtad o transgresión de la buena fe contractual (*bona fides*)<sup>(32)</sup>, podrá proceder al despido disciplinario por la vía del artículo 54.2.d) del ET<sup>(33)</sup>. Y es que no se trata, este artículo 20.4 del ET, de una norma garantista con los derechos de los trabajadores, sino que, inspirada en el artículo 5 del *Statuto dei lavoratori*, crea un sistema de control que pretende evitar las conductas fraudulentas y antiabsentistas en las empresas, facultando para ello la utilización de una serie de mecanismos que no se paran en analizar si interfieren o no en los derechos de las personas<sup>(34)</sup>.

---

(29) Ver las sentencias de los TTSSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006 (LA LEY 1666225/2006); Comunidad de Valencia de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3004) y de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (AS 2009/2527).

(30) Por ejemplo, en la STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006 (LA LEY 1666225/2006), en la que tras padecer el trabajador un trastorno adaptativo mixto (ansioso depresivo) a causa de contingencias comunes, se le aconseja participar en actividades que le hiciesen sentir bien.

En la STSJ de Valencia de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3004) se analiza el caso de un trabajador de la comercial Carrefour, S.L. que sufre una depresión debido al consumo de drogas y a las malas relaciones familiares que mantiene (se encontraba en fase de separación matrimonial), siéndole recomendado por el facultativo sanitario público, como parte de su terapia para evitar el aislamiento y mejorar su autoestima, que realice aficiones y tareas de entretenimiento que le permitan fomentar su intercomunicación social y humana.

Y finalmente, la STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (AS 2009/2527). Aquí el trabajador de la empresa Mercadona, S.A. es dado de baja médica por presentar una sintomatología ansiosa-depresiva, que se produce con motivo del mal ambiente de trabajo (*mobbing*) que viene sufriendo por su condición de homosexual. Al comprobarse que durante el transcurso de su IT realizaba actividades por cuenta ajena (en el bar del que era propietario su compañero sentimental) fue despedido por la empresa. No obstante, los informes médicos confirmaban que desde que realizaba otras actividades y se relacionaba con otras personas su evolución había mejorado notablemente, siendo finalmente dado de alta a los tres meses siguientes de la fecha del despido. Por esta razón el TSJ entiende que, como la actividad que realizaba no revestía el carácter de laboral, sino que era realizada en régimen de amistad o familiar [artículo 1.3.d) del ET] y no ponía en peligro, ni dilatava en el tiempo su mejoría, era perfectamente compatible con la percepción del subsidio por IT.

(31) GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, op. cit., pp. 213 a 223: «El control de las ausencias por enfermedad es un tema enmarañado en el que confluyen diversos elementos de análisis. desde las causas sociológicas sobre el absentismo, hasta las económicas directamente ligadas a aquéllas, pasando por las de restablecimiento de la salud y las normas deontológicas elaboradas para el conjunto de profesionales médicos».

(32) GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», op. cit., p. 81. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», op. cit., p. 84.

Véase también el examen exhaustivo que sobre esta materia realiza la profesora Marta Puig Sánchez, en PUIG SÁNCHEZ, M.: «La transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal», en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A (coordinador): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 372 a 390.

(33) ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Incapacidad temporal y maternidad...*, op. cit., p. 11. GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», op. cit., p. 81. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», op. cit., p. 84.

(34) GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, op. cit., pp. 215 a 217. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», op. cit., p. 85.

Normalmente, ese control por parte del empresario se lleva a cabo a través de la vía de los detectives privados<sup>(35)</sup> y el sometimiento del enfermo o accidentado a controles médicos adicionales a los de Seguridad Social<sup>(36)</sup>, los cuales resultan en ocasiones abusivos<sup>(37)</sup>.

En lo que respecta a los detectives privados, la simple verificación por el empresario<sup>(38)</sup> de la realización por el beneficiario de otras actividades por cuenta propia o ajena supone el despido inmediato de este. Ahora bien, la valoración de los efectos que esa carta de despido produce (procedente, improcedente o nulo) se debe dejar en manos del Juez<sup>(39)</sup>. Del mismo

---

(35) VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, séptima edición, 2011, pp. 294 y 295.

Lo más frecuente es que sean las empresas que colaboren en la gestión de la prestación por IT y las MATEPs las que utilicen esta vía de control privado de los estados de enfermedad, siendo menos habitual cuando es el INSS el que se responsabiliza del abono de este subsidio. Evidentemente, cuando la IT sea originada por contingencias comunes el uso de detectives privados es más solicitado que cuando se trate de riesgos profesionales, ya que es ahí en donde más se presume el fraude.

(36) GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», *op. cit.*, pp. 82 y 83. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *op. cit.*, p. 85.

(37) Por ejemplo, se suele dar mucho esta práctica a la hora de negociar en los convenios colectivos la protección social complementaria «externa» a la del sistema público de Seguridad Social. Me refiero en particular, dentro de los diferentes instrumentos existentes, a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Asistimos cada vez más a un aumento de las medidas de control de la situación de baja por IT llevada a cabo por la empresa para el acceso del trabajador a dicha mejora voluntaria, a saber: mediante reconocimientos médicos, acreditación de la situación de hospitalización, presentación de partes de baja emitidos por el Servicio Público de Salud... etcétera. No obstante, algunas de estas cláusulas resultan ciertamente abusivas, tal y como es el ejemplo del artículo 37 del II Convenio Colectivo de «Nuclenor S.A.» (BOE de 16 de febrero de 2010) cuando establece que «La omisión o incumplimiento de estas normas —se refiere a la no acreditación de la baja laboral por IT mediante visitador o telefónicamente— no sólo tiene como consecuencia la pérdida del sueldo, sino también la calificación como injustificada de la inasistencia al trabajo, con las consecuencias que de ello se deriven».

Parece entonces evidente que ese sentimiento de preocupación del legislador, en los últimos tiempos, por evitar comportamientos presumiblemente fraudulentos de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social y reducir así los niveles de absentismo se ha trasladado de manera innegable a los negociadores colectivos. Dejando clara la desconfianza que tienen acerca de esta materia, de ahí la presencia de las cláusulas restrictivas y en ocasiones acompañadas de medidas disciplinarias (por ejemplo: en el Convenio Colectivo de Lufthansa Cargo AG, Sucursal en España, para el año 2011 (BOE de 29 de septiembre de 2011) en su artículo 6.1.4. se recoge lo que sigue: «La omisión o incumplimiento de estas normas no sólo tiene como consecuencia la pérdida del sueldo, sino también la calificación como injustificada de la inasistencia al trabajo, con las consecuencias que de ello se deriven».

Para un análisis más completo, ver GARCÍA NINET, J.I.: «La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992», en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A (coordinación), *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

(38) Los detectives privados aportan como prueba a la empresa vídeos y fotografías en las que se ve al trabajador enfermo realizando otras actividades o desempeñando otros empleos en lo que no se evidencia signo algún de sufrir una incapacidad. Por ejemplo: levantando peso al tiempo que padece una lesión de espalda (ver STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de febrero de 2006, La Ley 30522/2006); pintando mientras se encontraba de baja por justificar un dolor en los dedos (STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005, La Ley 165627/2005)... etcétera.

(39) GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, *op. cit.*, p. 249.: «... el informe del agente investigador será ilegítimo y, por tanto, inatendible siempre que concierna a hechos de la personalidad privada del trabajador; y será válida y admisible cuando tenga por objeto bien hechos extraños a la esfera de la privacy o bien hechos pertenecientes a esta esfera, pero conscientemente expuestos al conocimiento general del público o cognoscibles por cualquiera, es decir, vicisitudes personales que son de dominio público (por ejemplo: la participación en un partido de fútbol, la asistencia a bares o similares, la realización de trabajos en comercios abiertos al público... etcétera)». Como dice la STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005 (La Ley 165627/2005), para que no se produzca una

modo, se legitima al empresario para supervisar (por sorpresa o no) las calificaciones realizadas por los facultativos de la Seguridad Social<sup>(40)</sup> y, en el caso de que el trabajador se negase a someterse a dichos controles privados, la empresa estará facultada para proceder a la imposición de una sanción que normalmente supone la retirada de la mejora voluntaria por incapacidad temporal<sup>(41)</sup>. Con referencia al valor probatorio de esas pruebas en sede judicial, los resultados no producen valor vinculante alguno o superior a la certificación médica del sanitario del trabajador, por lo que no pueden ser alegados como causa que justifique el despido o la suspensión de la prestación económica<sup>(42)</sup>.

Al margen de lo anterior, cabe destacar también otras particularidades más que se producen dentro de esta prismática laboral, así por ejemplo, una primera cuestión que surge es la relativa, a qué ocurre con el devengo de los correspondientes salarios de tramitación, y en segundo lugar, ¿se genera o no derecho al percibo de las mejoras voluntarias hasta la declaración firme de la sentencia?

Sobre el primero de los temas, el TS viene ya reiterando<sup>(43)</sup> la improcedencia del devengo de los salarios generados desde que el trabajador es despedido hasta que la sentencia resulte firme<sup>(44)</sup>. Ahora bien, en lo que respecta al abono del subsidio por IT, el TS ha afir-

---

violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen, el seguimiento debe hacerse en lugares públicos, entradas y salidas de establecimientos, siendo ilegítimo si las grabaciones o fotografías se toman estando el trabajador en su casa.

El valor de la prueba de los detectives privados no es documental, sino simplemente testifical. Véanse las SSTSJ de 13 de Cataluña de 13 de mayo de 2005 (La Ley 107574/2005) y de 27 de julio de 2005 (La Ley 165627/2005) y del TS de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987/781).

En algunas ocasiones, los jueces han estimado favorablemente los informes y el documental audiovisual que realizan estos detectives privados sobre el trabajador incapacitado para declarar el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual [véase STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de febrero de 2006 (La Ley 30522/2006)]. Sin embargo, en otros casos se ha desestimado esta prueba porque o bien no se acredita la falta imputada al sujeto (ver STS de 5 de febrero de 1987, RJ 1987/781); o se detecta que la conducta del individuo ha sido inducida por el detective privado (STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006, la ley 1666225/2006); o incluso, se considera que la actividad puntualmente realizada por el enfermo no reviste la suficiente gravedad y proporción como para acarrear su despido (STSJ de Cataluña de 29 de septiembre, AS 2009/2527).

(40) Señala a este respecto el TSJ del País Vasco, el 24 de enero de 1994: «... no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho de controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a su salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado...».

Como indica José Luis Goñi Sein: «... nuestro ordenamiento jurídico conoce dos modelos de control médico: el público, instituido en el marco de las normas de seguridad social que regulan la prestación de incapacidad laboral transitoria, y el privado, previsto en el ET, que puede ser dispuesto por el empresario a cargo de personal médico de su confianza». Ver GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, op. cit., p. 234.

En esta línea, VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social...*, op. cit., p. 294. Afirman estos autores que los únicos derechos económicos que puede suspender el empresario son los derivados de la mejora voluntaria de la Seguridad Social, pero no los de la prestación básica.

(41) GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», op. cit., p. 83. GARCÍA NINET, J.I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», op. cit., pp. 85 y 86.

(42) GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, op. cit., pp. 243 y 244.

(43) Ver SSTs de 28 de mayo de 1999 (RJ 1999, 5002); 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3310); 10 de febrero de 2009 (RJ 2009/1836), y 21 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7567).

(44) Puesto que no hay remuneración dejada de percibir durante la tramitación de la acción contra el despido, no surte el derecho al abono de los salarios de tramitación por parte del empresario. Ver, en este sentido, MORENO CÁLIZ, S.: «Incapacidad temporal y despido disciplinario», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2009, p. 57.

mado que será la entidad gestora de la Seguridad Social la responsable de su pago cuando se hubiese producido ésta durante el periodo en el que trabajador debiese haber recabado los salarios de tramitación por despido improcedente o nulo, liberándose por consiguiente al empresario de dicha obligación<sup>(45)</sup>.

En cuanto al segundo de los asuntos mencionado, el TS ha afirmado<sup>(46)</sup> que «dado que el periodo correspondiente a los salarios de tramitación se considera como “ocupación cotizada a todos los efectos”<sup>(47)</sup>, y si, durante el mismo subsiste la obligación de cotización<sup>(48)</sup>, hasta la fecha en que se extingue el contrato de trabajo, es clara consecuencia que el trabajador tiene derecho a la mejora voluntaria de la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los repetidos salarios de tramitación —que no percibió por encontrarse en situación de incapacidad temporal— y que se califican de ocupación cotizada».

Desde la vertiente de la Seguridad Social los efectos que produce el trabajar por cuenta propia o ajena mientras se está de baja por IT no son otros que la suspensión de la prestación económica por un período de tres meses como máximo<sup>(49)</sup> o la extinción del subsidio

---

(45) «Como afirma el Tribunal Supremo, la obligación de la entidad gestora de abonar el subsidio de ILT, no puede resolverse en el sentido de que es la entidad gestora la liberada de su obligación y no el empresario y ello por las siguientes decisivas razones: a) la indemnización por ILT es una prestación contributiva que sólo está condicionada a la imposibilidad de trabajar y a la necesidad de recibir asistencia médica... b) esta prestación no se pierde por no tener otros ingresos y sí por trabajar... c) es una situación que suspende el contrato de trabajo, artículo 45.c) TRET, que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo; d) por último, no puede desconocerse que la única previsión legal que contemple la percepción por parte del trabajador de una cantidad que cubra lo adeudado por salarios de tramitación libera al empresario deudor de estos salarios, y no al que satisface la cantidad, artículo 56.1b) TRET». Ver BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, op. cit., p. 98.

(46) Ver STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009/1836).

(47) Merece la pena leer con detenimiento la STS de 19 de enero de 2011 (RJ 2011/918), en la que se debate sobre el reintegro o no al empresario de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los periodos de IT concurrentes con la tramitación demorada del despido. Entiende el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, que el empresario podrá solicitar al Estado el reintegro de las cuotas abonadas durante el periodo que corresponde al devengo de los salarios de tramitación, cuando ello se deba al anormal funcionamiento de la justicia, es decir, que se hayan superado los sesenta días desde la presentación de la demanda, hasta la notificación de la sentencia por la que se declara improcedente el despido, o cuando la Administración de Justicia tenga el propósito de aliviar a las empresas de determinados costes por el mero hecho del transcurso del tiempo en la resolución de los procesos de despido (artículo 57.1 y 2 del ET). Por el contrario, el voto particular formulado por los Magistrados, Fernando Salinas Molina y Jordi Agustí Juliá, opinan que no cabe extender la responsabilidad del abono a supuestos no previstos legalmente, en concreto a las cotizaciones no vinculadas a salarios de tramitación (interpretando el artículo 57.1 y 2 del ET).

(48) GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», op. cit., p. 87.

(49) Comienzan a contar esos tres meses desde el mismo día en que se hubiese efectuado la comprobación, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la realización de trabajos durante el percibo de la prestación. El INSS es la única entidad competente para declarar interrumpido o suspendido el percibo de la IT. Concluido el procedimiento sancionador conforme a lo previsto en los artículos 51 y 52 de la LISOS (en el que impone la necesidad de la previa tramitación de un expediente contradictorio, para el que resulta esencial la previa audiencia del interesado), la Entidad Gestora deberá comunicar al beneficiario su decisión de suspender temporalmente la prestación mediante resolución expresa. En este sentido la Inspección de Trabajo tiene firmados varios convenios de colaboración con el INSS, en los cuales se compromete fielmente con esta Entidad Gestora en la tarea de verificación y comprobación de todas aquellas situaciones que pudiesen resultar fraudulentas para la Seguridad Social. Ahora bien, no todas las situaciones abusivas que se produzcan en la realidad llegan a ser detectadas por la inspección, pues en la práctica este órgano soporta una excesiva carga de trabajo que dificulta bastante la realización de esta misión. Por lo que, si se trata de una baja de corta duración y la investigación se produce con posterioridad, está claro que dicha actuación carece completamente de sentido y no podrá ser sancionada.

[artículo 47.1.c) de la LISOS]<sup>(50)</sup>, así como el posible reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas (artículo 47.3 de la LISOS)<sup>(51)</sup>.

### III. DIFICULTADES A LA HORA DE DELIMITAR LAS COMPETENCIAS ENTRE LAS DISTINTAS ENTIDADES IMPLICADAS

Uno de los problemas más conflictivos que se plantean es principalmente determinar quién es el órgano o la entidad competente para declarar esta suspensión de la IT, pues como ya sabemos los encargados de hacerse cargo del pago de la prestación pueden ser: el INSS, la MATEP o incluso la empresa. El artículo 132 de la LGSS no precisa ni aclara esta cuestión, sino que es el artículo 11.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967, por el que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la IT, el que se pronuncia a este respecto, indicando que la suspensión del derecho al subsidio<sup>(52)</sup> podrá llevarse a cabo por la Entidad Gestora, Mutua de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social<sup>(53)</sup> o Empresa a la que corresponda el reconocimiento

---

(50) Procede la extinción automática de la prestación cuando se compruebe que la incapacidad ha desaparecido y, por tanto, ha sido recuperada la aptitud laboral para el trabajo. Lo normal es que, una vez que transcurran los tres meses de suspensión cautelar de la prestación, el INSS no reanude el disfrute de la prestación, sino que por el contrario lo extinga. Ver en este sentido BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, op. cit., pp. 97 y 125.

(51) En la práctica el INSS tramita de manera diferenciada el procedimiento de sanción por el desempeño de otra actividad incompatible con el trabajo habitual y el de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Es decir, se trata de dos procedimientos distintos aunque consecutivos. De un lado, se encuentra la suspensión del subsidio por tres meses como máximo. Y de otro lado, una vez que finalice el procedimiento sancionador por el que se suspende la prestación, entonces es cuando el INSS podrá solicitarle al sujeto el reintegro de las prestaciones indebidas desde el mismo día en que se efectuó la visita por parte de la Inspección de Trabajo hasta el día en que esta Entidad Gestora hubiese decidido suspenderle «cauteladamente» el subsidio por IT. Solo en algunos supuestos muy particulares, como por ejemplo cuando se trata de trabajadores autónomos, se podrá solicitar el reintegro de la IT desde el inicio del disfrute del derecho. Por ejemplo, se ha dado el caso de que a través de facturas de luz, agua, ingresos bancarios, pago de otros recibos, firma de correspondencia..., etcétera, el INSS ha tenido conocimiento de que un trabajador de baja por enfermedad seguía desempeñando su actividad. Siempre que un autónomo caiga en IT deberá acudir al INSS para comunicar cuál es la decisión que ha adoptado respecto al porvenir de su negocio, es decir, si decide cerrarlo temporalmente o, por el contrario, continuar con la actividad colocando en su lugar a otra persona para que se ocupe del mismo durante su ausencia.

En la práctica, la persona que es sorprendida trabajando durante el disfrute de la incapacidad temporal suele solicitar, a los pocos días de la actuación inspectora, el alta médica con la única intención de «amortiguar los efectos del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas». Ahora bien, si a los pocos días de la visita efectuada por la inspección, el trabajador fuese dado de alta médica por curación, aquí solamente el INSS podrá solicitar el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas desde el día en que se efectuó la visita hasta el día del alta, pero no podrá suspenderle la prestación porque ya el trabajador no disfruta de esa baja por incapacidad temporal.

(52) En cualquiera de las cuatro circunstancias que enumera la Orden de 13 de octubre de 1967 en su artículo 11.1:

- a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la incapacidad sea debida o se prolongue a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario.
- c) Cuando el beneficiario sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.
- d) Cuando el beneficiario trabaje durante la situación de incapacidad temporal por cuenta propia o ajena.

(53) De acuerdo con los artículos 80 y 81 del Reglamento de Colaboración de las Mutuas (RD 1993/1995, de 7 de diciembre, RCL 1995/3321), se le reconoce a las MATEPs, en relación con la prestación por IT, las facultades de suspensión, anulación o extinción de una IT concedida. Este artículo cabe señalar que ha sido por reformado en el año 2004 por el Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo, por el que se modifica el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

del derecho<sup>(54)</sup>. No obstante, en la actualidad, se ha discutido mucho en sede judicial esta previsión para el concreto supuesto de que el beneficiario trabaje estando de baja por IT, encontrándose en este último sentido dividida la jurisprudencia en tres grandes posturas<sup>(55)</sup>.

La primera de las líneas reconoce a las MATEPs el poder de suspender la IT cuando el beneficiario lleve a cabo una actividad laboral, en base a que se trata de un acto de gestión, no de sanción, y que por tanto le viene conferida a la Mutua como entidad colaboradora en la gestión del Sistema de Seguridad Social por el artículo 80 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, sobre colaboración de las mutuas<sup>(56)</sup>.

La segunda de las líneas admite no sólo la competencia de las Mutuas para suspender la prestación por IT, sino también para sancionar. La MATEP deberá comunicar su decisión al final al beneficiario de forma escrita y motivada siguiendo el procedimiento sancionador previsto en los artículos 51 y 52 de la LISOS<sup>(57)</sup>.

En la tercera de las líneas se afirma que no cabe atribuir a las Mutuas la facultad de suspender el subsidio por IT, pues únicamente atribuye la LISOS competencia en materia sancionadora al INSS<sup>(58)</sup>.

---

(54) Ver artículo 11.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1967; corrección de errores en BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1967).

(55) PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *Actualidad Laboral*, núm. 08-2.ª quincena de abril de 2007, pp. 4 y 5. Asimismo, véase también la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467).

(56) En esta línea, véase las SSTSJ de Madrid de 26 de abril de 2001 (PROV 2001, 223545); 3 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3420); 25 de abril de 2003 (PROV 2003, 239174); de 7 de mayo de 2003 (AS 2003, 2438); 22 de octubre de 2003 (AS 2004, 1) y 26 de noviembre de 2003 (AS 2004, 30).

GIL PLANA, J.: «El alcance de la colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de la incapacidad temporal por contingencias comunes. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2004, p. 3030 a 3035. Este autor señala que no existe una contradicción entre la normativa de Seguridad Social y la normativa sancionadora, pues las MATEPs no imponen sanciones, sino que colaboran en la gestión de la prestación por IT de acuerdo con lo que se establece en nuestro ordenamiento jurídico.

(57) Ver STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2005 (AS 2005/1880) a propósito de un supuesto en el que la Mutua suspende del derecho a la prestación económica sin especificar la duración total de la misma. Aclara este tribunal que dada la confusión que produce el artículo 132 de la LGSS al no especificar el plazo máximo de este acto interruptorio, ello podría conllevar a suspender *sine die* la IT o, lo que es lo mismo, a extinguir la prestación. Así pues, al no determinarse un plazo de duración se entiende que la IT se ha extinguido. El plazo de suspensión que debe aplicar la Mutua es el de tres meses (tal y como se deduce de la puesta en conexión del artículo 132.1 de la LGSS con la LISOS), «sin que haya razón alguna para que este régimen jurídico no sea de aplicación en los casos en los que corresponda a las Mutuas la gestión de la prestación de incapacidad temporal, cuando la normativa legal que regula esta materia no contiene disposición alguna que permita excluir a las Mutuas del régimen jurídico aplicable, y ningún sentido tendría que el Instituto Nacional de la Seguridad Social se vea obligada a respetarla y en cambio queden exentas las Mutuas cuando a ellas les corresponda gestionar la prestación». Además añade este tribunal que, si bien «es verdad que el artículo 80.1.2 del RD 1993/95 (RCL 1995, 3321), modificado por el RD 575/97 de 18 de abril (RCL 1997, 995), establece entre las facultades de las Mutuas de Accidente de Trabajo y enfermedad profesional en su colaboración con la gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes la posibilidad de suspender el derecho al subsidio de incapacidad temporal, (...) no es cierto que lo dispuesto en este precepto sea suficiente para entender que las Mutuas no hayan de atenderse a lo que establece la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social».

(58) Véase las Sentencias del TSJ de Cataluña de 28 de abril de 2004 (La Ley 99445/2004) y de 22 de septiembre de 2006 (rec. 3299/2005). Añade en este sentido la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467) que en esta línea «... no ha reconocido la competencia de la Mutua para ejercitar tales facultades de

Finalmente, este dilema ha sido resuelto por el TS<sup>(59)</sup>, quien de hecho ha señalado que esa facultad que le viene atribuida a las Mutuas por el artículo 80.1 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social, para declarar el derecho al subsidio, así como para la denegación, suspensión, anulación y extinción de los procesos de IT, tan sólo se corresponde con los trabajadores dependientes de empresa de trabajo asociado y de los trabajadores por cuenta ajena adheridos<sup>(60)</sup>. Además, añade el TS que «... de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contempla en los artículos 131 bis y 132, únicamente carece la MATEP de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario; medida que únicamente puede adoptar la Entidad Gestora (artículo 48.4 LISOS), que ha de ejercitarla en el oportuno procedimiento sancionador (artículo 51 y siguientes de la LISOS). Como tampoco se extiende —la competencia de la Mutua— a decidir la causa extintiva cuya apreciación comporta valorar clínicamente la situación existente (alta médica), y que en la actualidad está atribuida a los facultativos del Servicio Público de Salud (artículo 1.4 RD 575/97), al no haber tenido desarrollo reglamentario la previsión de atribuírselo también a las Mutuas de Accidente (artículo 44 del RD-Ley 5/2000, RCL 2000, 1804, 2136)»<sup>(61)</sup>.

Por tanto, de una parte el TS reconoce la potestad de suspender la prestación y sancionar únicamente al INSS por un período máximo de tres meses<sup>(62)</sup>, siguiendo el procedimiento que viene establecido en la LISOS<sup>(63)</sup>. Debe comprobar la Entidad Gestora, antes de proceder a suspender e iniciar el procedimiento sancionador, la efectividad de

---

gestión, al menos de manera definitiva, bien por considerarlo una sanción, bien por entender que únicamente cabría instar propuesta de alta médica o por entender que la Mutua no tendría facultades para resolver de manera definitiva en vía administrativa la cuestión sino que tendría que ser el INSS en caso de reclamación del trabajador... Luego aunque la Mutua pudiera resolver como gestión o extinción del derecho, nunca podrían resolver definitivamente la cuestión, pues según el artículo 71 de la LPL cabe impugnar ante el órgano correspondiente de la entidad gestora o servicio común la resolución expresa dictada por una entidad colaboradora, por una Mutua o empresa colaboradora. Así pues en definitiva siempre quedará la competencia omnicompreensiva del INSS, por lo que las decisiones de las Mutuas en relación con la gestión de prestaciones deben ser refrendadas por la entidad gestora...».

(59) Ver SSTS de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6620) y de 9 de octubre de 2006 (RJ 2007/204); también las SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467), de Cataluña de 14 de noviembre de 2006 (AS 2007/1157) y 29 de noviembre de 2007 (JUR 2008/73972) y de Galicia de 17 de marzo de 2009 (AS 2009/2741).

(60) Tal y como establece en su redacción actual el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 80 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social, modificado por el RD 428/2004, de 12 de marzo (RCL 2004, 840).

(61) Véase STS de 9 de octubre de 2006 (RJ 2007, 204) y STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2009 (AS 2009/2741).

(62) «La sanción que al ser legalmente una suspensión, según establece el artículo 132.1b) de la Ley General de la Seguridad Social y no una extinción, no puede tener “per se”, una duración indefinida en el tiempo, ya que entonces se confundirían ambas en sus efectos» (STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2005, JUR 2005/117353).

(63) «No cabe justificar las facultades de las Mutuas atendiendo a la diferenciación —artificiosa— de dos planos en la regulación de la materia: la normativa de Seguridad Social (artículos 131 bis y 132 LGSS) y la sancionadora (LISOS). Y ello, porque las consecuencias jurídicas que por una y otra vía se pueden derivar para el beneficiario y por un mismo hecho resultan ser las mismas (pérdida o suspensión del derecho)», ver STS de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6620).

ese trabajo por cuenta propia o ajena<sup>(64)</sup> mediante la actuación de la Inspección de Trabajo (artículo 48 de la LISOS)<sup>(65)</sup>. Sin embargo, el TS sí le reconoce a la MATEP la posibilidad de interrumpir el disfrute de la prestación, únicamente por el tiempo de acreditación efectiva de desempeño real del trabajo por el beneficiario que resulte verificado a través de un detective privado u otro medio probatorio<sup>(66)</sup>. En ningún caso puede la Mutua sancionar al trabajador, aunque sí puede instar al INSS a que inicie el correspondiente procedimiento sancionador de acuerdo con la LISOS<sup>(67)</sup>. No obstante a lo expuesto y siguiendo lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, puede la Mutua, a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de baja, seguir considerando que el trabajador no está impedido para el trabajo y efectuar una propuesta motivada de alta médica en la que se aporten todos los elementos de prueba que justifiquen dicho juicio. Dichas propuestas de alta médica «... se harán llegar, a través de las Unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, a los facultativos o servicios médicos correspondientes, los cuales deberán pronunciarse en el plazo de diez días, bien confirmando la baja médica, señalando las atenciones o controles médicos que consideren necesarios, o admitiendo la propuesta de alta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica». De no recibirse alguna de dichas contestaciones de los facultativos o de los servicios médicos, en el plazo señalado, o en caso de discrepar con ellas, la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata, y comunicará, en todo caso y dentro del plazo de los cinco días siguientes, la actuación

---

(64) «No se pone de manifiesto en modo alguno la realización por parte del demandante de una actividad laboral por cuenta propia incompatible con la situación de incapacidad temporal en que se encontraba, ya que lo único que consta en su presencia en el centro de trabajo manteniendo una reunión privada, pero sin que ello implique necesariamente la constatación de una actividad laboral, pues no puede equipararse la presencia esporádica en el lugar de trabajo con la realización de una actividad laboral que deba calificarse como trabajo por cuenta propia o ajena» (STSJ de Málaga de 16 de junio de 2005, AS 2005/3468).

(65) MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 221. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *op. cit.*, p. 6.

Puede también el empresario denunciar ante el INSS la posible realización de trabajos por cuenta ajena o propia por parte del trabajador de baja por IT. Sin embargo, no toda denuncia del empresario conlleva que el INSS traslade hasta la Inspección de Trabajo la petición de verificación de tal situación posiblemente fraudulenta, sino que solamente llegan a surtir efectos aquellas denuncias que el INSS «considere suficientemente relevantes».

(66) PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *op. cit.*, p. 5. En esta línea, las SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467) y de Galicia de 17 de marzo de 2009 (AS 2009/2741).

(67) Para lo cual, la Entidad Gestora habrá de seguir el Criterio Interno núm. 2001/51 emitido el 31-12-2001 por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, el cual prevé la actuación a seguir en los casos en los que la Mutua aseguradora solicite el inicio del expediente sancionador. Ver PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *op. cit.*, p. 8, en su nota al pie número 21.

Cabe destacar que en ningún caso el INSS valora como comprueba fehaciente los informes elaborados por detectives privados, ya que, siguiendo la exposición que hace el TS en su sentencia de lo Contencioso-administrativo de 12 de mayo de 1998 (RJ 1998/4912), entiende esta entidad gestora que con ello se vulnera la intimidad del trabajador por cuanto «se le ha sometido de modo arbitrario e injustificado a un seguimiento indiscriminado y una vigilancia abusiva por parte de la agencia de detectives privados, más allá de su horario laboral; para después utilizar el informe elaborado por los empleados de dicha agencia como prueba inculpativa en un expediente administrativo sancionador...». Y además, como precisa el TS (Sala de lo Social) en su sentencia de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987/781), «... el valor del informe del detective no tiene valor documental, sino puramente testimonial...».

realizada a la Entidad Gestora de la Seguridad Social o a la Mutua, según corresponda (apartado 2 del artículo 5 del RD 575/1997, de 18 de abril).

De otra parte, siguiendo con lo expuesto por el TS en cuanto al segundo de los temas debatidos, esto es, la extinción por alta médica, considera este tribunal que cuando se trate de contingencias comunes las Mutuas no podrán extender altas médicas por curación o mejoría, en cambio, si se tratan de contingencias profesionales éstas sí estarían habilitadas para ello<sup>(68)</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Actualmente, la incapacidad temporal constituye una de las prestaciones más problemáticas e importantes que existen en nuestro sistema jurídico. Tal es así que, desde los últimos años, el continuo vaivén de movimientos normativos que le han acontecido no han dudado en ningún momento de complicar, si cabía aún más, el panorama existente. Lo que ha llegado hasta el punto de convertir a esta contingencia en el punto de mira de nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente a causa de su compleja estructura, caótica regulación y controvertida interpretación. Si bien es cierto que gran parte de la problemática que arrastra continúa aún vigente, quizás porque las reformas legislativas fueron insuficientes, carecieron del necesario desarrollo reglamentario y, singularmente, no han sido objeto de replanteamiento en el sentido de corregir o completar las insuficiencias originarias.

Si nos centramos a analizar, en particular, la suspensión del subsidio por IT (artículo 132 de la LGSS), comprobaremos cómo toda esta espinosa y confusa redacción de la que líneas más arriba me refería se refleja y proyecta en este articulado. Todo ello por no hablar de las constantes remisiones a otros textos normativos, como por ejemplo: la ley reguladora de las Mutuas de accidentes de trabajo, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales... etcétera, así como el sinfín de interpretaciones que durante años llevan realizando los estudiosos en esta materia y los tribunales.

Entre las tres causas vigentes de suspensión de la IT, he considerado que sería más oportuno examinar la segunda de aquellas, es decir, «cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena». Si nos detenemos a analizar meticulosamente este artículo 132.1.b) de la LGSS comprobaremos que no se concretan en él los supuestos prácticos que se encierran dentro del mismo, ni asimismo se detallan los efectos que esta situación produce: suspensión, anulación, denegación o pérdida. Por esta razón entiendo que debería volver a plantearse la redacción de esta disposición con la intención de precisar cada uno sus extremos. De este modo, evitaremos la indefensión ante supuestos similares y que son interpretados de manera contradictoria por nuestros tribunales, como por ejemplo ocurre: en los

---

(68) La doctrina considera sobre esto último, es decir, la prohibición de que la Mutua no puede extender altas médicas por curación o mejoría cuando se trate de una IT originada por contingencias comunes, que el TS está confundiendo dos planos completamente independiente en la gestión, por una parte la de conceder altas médicas y por otra parte la de suspender el procedimiento, máxime cuando ambas puede llevarlas a cabo la MATEP cuando se trate de una IT por contingencias profesionales. Ver PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *op. cit.*, p. 5.

casos de pluriempleo y pluriactividad, realización de funciones sindicales, competencias de MATEPs..., etcétera.

Opino que todos aquellos aspectos que giran alrededor de la esfera de la relación de trabajo podrían verse mejorados de llevarse a cabo una correcta política de prevención de riesgos laborales (principalmente centrada en los procesos psicosociales) y de perfeccionamiento de las condiciones de salud y trabajo, así como mediante el establecimiento de programas concretos acordados entre trabajador y empresario<sup>(69)</sup>. Y es que resulta bastante indignante pensar que, sin detenerse en cada caso en concreto, se esté presumiendo para todos aquellos procesos de incapacidad temporal y, más aún, para todas aquellas situaciones que deriven de contingencias comunes (a diferencia de lo que sucede en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional) el fraude. Efectivamente, queda en evidencia cómo ese miedo por evitar el recurso a posibles situaciones abusivas ha crecido y se ha extendido a lo largo y ancho de todo este articulado, incluso desde mucho antes de que comenzara esta fuerte crisis financiera en la que actualmente nos encontramos inmersos. De ahí que el legislador, obsesionado con esta idea, recurra una y otra vez a modificar los parámetros marcados para esta compleja normativa. Sin embargo, se comprueba cómo el problema no sólo no ha terminado de solucionarse, sino que además, no se ha conseguido ese objetivo tan ansiado por el poder público, como es ahorrar para alimentar, suficientemente, las arcas de las que se nutre el sistema de Seguridad Social. Por supuesto, defiendiendo que debe perseguirse y castigarse el fraude; ahora bien, no a costa de sospechar de una manera enfermiza que detrás de cada baja que se concede se oculta una situación fraudulenta. Se tiene que examinar cada caso en concreto, analizando de una manera escrupulosa cada una de las circunstancias que se producen, tal y como acertadamente preconizan los últimos pronunciamientos jurisprudenciales habidos en esta materia. Y es que no todas las circunstancias son iguales, por lo que no puede elevarse una solución única para todas ellas.

La desconfianza sobre la veracidad de los estados de las bajas se traslada y refleja también en la actuación de las empresas, quienes cada vez más recurren al uso de «visitadores» y «detectives privados» fundamentalmente por tres razones: 1) por la posibilidad que les concede el artículo 20.4 del ET de comprobar el estado de las enfermedades de sus empleados; 2) la ineficaz normativa de control, que tras la cascada de transformaciones legislativas que ha sufrido todavía no ha conseguido establecer el equilibrio justo entre la protección de las situaciones de necesidad (finalidad primordial del sistema social) y la evitación del absentismo injustificado; y por último, 3) en razón a los múltiples gastos que viene soportando el empresario por esa ausencia en el trabajo (a saber: el pago de los tres primeros días de baja en caso de riesgos comunes, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, la contratación de nuevo personal que supla esas bajas, utilización de otros compañeros..., etcétera). No obstante, recordemos que existe un catálogo de derechos constitucionalmente amparados (entre otros: el derecho a la intimidad, la propia imagen, la dignidad..., etcétera) que deben ser respetados en todo momento, lo cual no siempre se produce. Y es que ha tenerse presente que, aunque el empresario pueda despedir disciplinariamente a sus trabajadores por transgresión de la buena fe contractual, al comprobar que

---

(69) En esta línea véase JOVER RAMÍREZ, C.: «Incapacidad Temporal y reducción del absentismo injustificado», *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pp. 39 a 66.

no era real la situación alegada, no podrá éste sancionar con la extinción de la incapacidad temporal.

Al hilo de todo lo anterior, considero que también debería modificarse el actual título en el cual se encierra este controvertido artículo 132 de la LGSS: «Pérdida o suspensión del derecho al subsidio». Ciertamente, a lo único que nos conduce semejante error es a favorecer que las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, esto es, las Mutuas, fijen *sine die* la suspensión del subsidio incapacitante, lo que a efectos prácticos equivale a extinguir la prestación y, sobre ello, ya ha indicado el Tribunal Supremo que carecen de competencia. Las Mutuas aspiran cada vez más a atribuirse nuevas facultades que en realidad le corresponden por ley al INSS a través de las EVIs. Además, está más que demostrado que son las MATEPs las que utilizan con mayor número de frecuencia la vía de los detectives privados, pues les resulta más preocupante contener sus partidas económicas que amparar situaciones de necesidad. La razón de ello se debe a que estas entidades caminan por otras sendas bien diferenciadas a la del sistema público.

En definitiva, se evidencia cómo todo este entramado a lo único que nos lleva es a perjudicar a los trabajadores que realmente se encuentran enfermos por miedo a evitar el fraude y el absentismo en las empresas. Así pues, si el fin por el que se crea el sistema público de Seguridad Social es precisamente para amparar los estados de necesidad de las personas, no se entiende cómo en vez de evolucionar para mejorar ese objetivo se vuelve para atrás favoreciendo el desarrollo de situaciones anteriores que resultaron claramente insuficientes.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Décima cuarta edición, 1995.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Incapacidad temporal y maternidad*, *Tribuna Social*, núm. 53, 1995.
- BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- BURGOS GINER, M.<sup>a</sup> A.: «La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2006.
- DEL JUNCO CACHERO, M.: «Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 92, 2007.
- FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal», en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A (coordinador), *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.
- «La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992», en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A (coordinación): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

- «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *Tribuna Social*, núm. 61, 1996.
- GIL PLANA, J.: «El alcance de la colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de la incapacidad temporal por contingencias comunes. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2004.
- GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988.
- JOVER RAMÍREZ, C.: «Incapacidad Temporal y reducción del absentismo injustificado», *Temas Laborales*, núm. 106, 2010.
- *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> J.: «La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido. Comentario a la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002», *Actualidad Laboral*, núm. 31, 2003.
- MORENO CÁLIZ, S.: «Incapacidad temporal y despido disciplinario», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2009.
- MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid, CES, 1997.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *Actualidad Laboral*, núm. 08-2.<sup>a</sup> quincena de abril de 2007.
- PUIG SÁNCHEZ, M.: «La transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal», en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A (coordinador): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.
- SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, séptima edición, 2011.
- VV.AA. (OJEDA AVILÉS, A., coordinación): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- VV.AA. (OJEDA AVILÉS, A. coordinador): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.



# RELACIÓN LABORAL Y PROPIEDAD INTELECTUAL: LA ESPECIAL CONFIGURACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS AUTORES ASALARIADOS<sup>(\*)</sup>

ELENA GARCÍA TESTAL

*Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València*

## RESUMEN

### **Relación laboral y propiedad intelectual: la especial configuración de la prestación de servicios de los autores asalariados**

La relación laboral de los denominados autores asalariados obliga a replantearse alguna de las principales características que condicionan la existencia de un trabajo dependiente por cuenta ajena. El desarrollo de una actividad creativa como objeto del contrato y el nacimiento de una serie de derechos sobre la obra creada ponen a prueba algunas de las bases que sustentan tanto la normativa laboral como la legislación sobre derechos de propiedad intelectual. En el presente trabajo se acomete el estudio de las notas que configuran la relación laboral cuando se trata de trabajadores que desarrollan una actividad creadora a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, así como de la problemática transmisión al empresario de los derechos que dicha norma atribuye al autor.

**Palabras clave:** Relación laboral, autor, Ley de Propiedad Intelectual.

## ABSTRACT

### **Employment relationship and intellectual property: the special configuration of the employee authors**

The employment relationship of the wage-earning authors forces to rethink some of the main characteristics that determine the existence of a dependent work as employee. The development of a creative activity that is the object of the contract and the source of the rights on the created work questions some of the bases that sustain both the employment relationship and legislation about intellectual property. This paper carries out a critical study of the notes that shape the employment relationship when the employee is an author regarding the Intellectual Property Act, and the rights transmission to the employer that the above mentioned regulation confers to author.

**Keywords:** Employment relationship, author, Intellectual Property Act.

---

**Fecha de recepción:** 12/7/2012.

**Fecha de aceptación:** 12/7/2012.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: DERECHOS DE AUTOR Y CONTRATO DE TRABAJO.
- II. EL OBJETO DEL CONTRATO DEL AUTOR ASALARIADO.

---

(\*) Este estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Educación DER2011-23528 «Los derechos de autor en el ámbito de las relaciones de empleo públicas y privadas».

III. LA CONFIGURACIÓN DE LAS NOTAS DE LABORALIDAD.

1. **Ajenidad y art. 51 de la LPI.**

- A) El art. 51 LPI.
- B) La ajenidad del autor.

2. **Los contornos de la dependencia.**

3. **La remuneración.**

IV. LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

V. LOS AUTORES ASALARIADOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS.

VI. LOS PROGRAMADORES DE ORDENADOR ASALARIADOS.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

---

I. INTRODUCCIÓN: DERECHOS DE AUTOR Y CONTRATO DE TRABAJO

Se considera autor a la persona natural que crea una obra literaria, artística o científica<sup>(1)</sup>. La creación de una obra puede nacer tanto de una actividad de carácter autónomo como en el marco de un contrato de trabajo<sup>(2)</sup> y aunque pueda aparecer como típico el supuesto del autor autónomo e independiente, el de los autores asalariados no es, en cambio, un supuesto marginal<sup>(3)</sup>.

La configuración en el ámbito de la propiedad intelectual de una relación laboral supone la existencia de un trabajador que, de manera voluntaria, se obliga a trabajar por cuenta y dependencia ajenas a cambio de una remuneración, consistiendo el objeto de la prestación en la creación de obras que generan derechos de propiedad intelectual<sup>(4)</sup>. En efecto, como se analiza más adelante, en el contrato de trabajo de autor se conviene la realización de una actividad creativa, existiendo una desvinculación entre el derecho a la remuneración y la efectiva creación o conclusión de la obra proyectada<sup>(5)</sup>. Partiendo de esta delimitación del concepto de contrato de trabajo de los autores asalariados es posible valorar la presencia de rasgos propios que pueden moralizar algunos elementos esenciales del contrato, por la intervención de los derechos de propiedad intelectual. Esta circunstancia ha conducido

---

(1) De acuerdo con el art. 1 de la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido aprobado por el RDLeg. 1/1996, de 12 de abril), en adelante LPI, «La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación».

(2) Por todos, HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», en *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2001, p. 54.

(3) Así lo señala PÉREZ PÉREZ, M., «Derechos de autor y relación de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1989, tomo II, p. 269.

(4) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001, p. 101.

(5) HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual...», citado, p. 58.

a algunos autores a estimar que nos encontramos en presencia de una de las *zonas grises* del Derecho del Trabajo<sup>(6)</sup>, y ello porque, en estos supuestos, tanto la relación laboral como el régimen de transmisión de derechos de explotación de la obra pueden adquirir peculiaridades específicas, que exijan un tratamiento normativo. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) no contiene referencia alguna al régimen jurídico aplicable a los autores asalariados<sup>(7)</sup>, a diferencia de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) que sí contempla un régimen de transmisión de derechos de explotación de la obra creada por un autor asalariado en su art. 51<sup>(8)</sup>.

A estas especialidades que se puedan encontrar en el objeto del contrato de trabajo como en la configuración de las notas de laboralidad trata de dar respuestas este estudio.

## II. EL OBJETO DEL CONTRATO DEL AUTOR ASALARIADO

La primera cuestión a resolver es precisamente la relativa al objeto del contrato de trabajo. La doctrina científica ha coincidido en precisar que el objeto del contrato de trabajo del autor asalariado ha de consistir en la prestación de una actividad vinculada a la creación de una obra que genere derechos de propiedad intelectual. La precisión es importante ya que viene a limitar la aplicación del art. 51 LPI. El señalado precepto de la LPI únicamente resultará aplicable a aquellas prestaciones de servicios de autores asalariados en las que exista vinculación objetiva con la creación de una obra literaria, artística o científica<sup>(9)</sup>, esto es, aquellos contratos en que se pacta como actividad a realizar por el trabajador precisamente la creación de la obra. De acuerdo con ello quedará lógicamente al margen del régimen señalado en el artículo 51 LPI la transmisión de derechos al empresario o a terceros de aquellas obras creadas por el trabajador que sean ajenas al objeto del contrato de trabajo, deviniendo especialmente relevantes aquellas obras creadas con ocasión del

---

(6) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 142.

(7) No así las Leyes de Contratos de Trabajo de 1931 y de 1944. El art. 26 de la LCT aprobada por Decreto de 21 de noviembre de 1931 señalaba: «Los contratos en virtud de los cuales el trabajador transmita de antemano al patrono o a terceras personas sus derechos de autor respecto a obras de literatura, de música, de las artes gráficas, de la telegrafía, etc., habrán de hacerse por escrito. Se excluyendo este precepto los escritos de propaganda, relaciones, anuncios y otros medios semejantes, propios de la vida comercial». El art. 31 de la LCT-44, aprobado por Decreto de 31 de marzo de 1944, también se refería a la cuestión en los mismos términos.

(8) Artículo 51 LPI: Transmisión de los derechos del autor asalariado.

«1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se registrará por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.

2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.

3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.

4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato.

5. La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se registrará por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley».

(9) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 91.

contrato, de manera casual, accidental o que surja de manera inesperada, y sobre todo cuya ejecución no ha sido convenida con el empresario, no formando parte del contenido de la actividad contratada<sup>(10)</sup>. Nos encontramos así con un diferente régimen jurídico aplicable a la transmisión de los derechos de autor en virtud de cual sea el objeto del contrato de trabajo. Si éste ha sido la creación de una obra, resultará aplicable el art. 51 de la LPI. En caso contrario, si el objeto del contrato de trabajo era otro pero del trabajo realizado resulta la creación de una obra generadora de derechos de propiedad intelectual, el régimen jurídico no será el previsto en el art. 51 LPI. En estos casos, sería preciso analizar si la obra ha sido creada en tiempo y lugar de trabajo, utilizando los medios de la empresa, o si su realización ha supuesto el incumplimiento de las actividades contratadas, todo ello con la finalidad de aplicar las normas laborales ante posibles incumplimientos de las obligaciones contratadas. Pero no podrá aplicarse el régimen de transmisión de derechos de propiedad intelectual previstos en el art. 51 LPI. Finalmente, con mayor motivo quedan al margen de estas previsiones las obras realizadas por un trabajador asalariado pero cuya ejecución no tienen ninguna vinculación con el trabajo realizado.

La vinculación entre la obra y el objeto del contrato requiere de importantes precisiones, para no incurrir en la confusión entre el objeto de la relación laboral y el objeto de un contrato civil de ejecución de obra (arts. 1588 y ss. Cci). En efecto, en estos momentos aparece como necesaria la delimitación entre el contrato laboral y el civil, y la diferencia entre ambos la encontraremos en que, tratándose de una relación laboral, el objeto lo constituirá una prestación de *actividad* y no de resultado, aunque, de acuerdo con lo ya señalado, indudablemente éste no se encuentra totalmente desvinculado, por lo que se ha afirmado que el *objeto del contrato está altamente casualizado y puede ser caracterizado como tendente a un resultado*<sup>(11)</sup>, siendo pues el resultado el mero reflejo de una actividad. En este sentido, la STS de 25 de enero de 1990<sup>(12)</sup>, después de señalar las dificultades que, en ocasiones, plantea la distinción entre el contrato civil de ejecución de obra y determinadas formas de contrato de trabajo, señala cómo la ejecución de obra se define por la presencia predominante de una obligación de resultado con sustantividad propia y no como reflejo de una actividad. Por el contrario, en el contrato de trabajo lo que se contrata es la aportación exclusiva de trabajo, esto es, una actividad medida por el tiempo. La diferencia entre ambos regímenes deviene de la obligación asumida por el autor, la entrega de la obra o la actividad dirigida a la realización de la obra y, en consecuencia, de la dependencia o independencia existente entre la contraprestación económica y la obra realizada<sup>(13)</sup>.

Desde este punto de vista, será trabajo por cuenta propia aquel en que la actividad se desarrolla en el marco de una relación jurídica que obliga a crear y entregar una obra, en tanto que si la obra no es creada decaerá el derecho a la contraprestación, lo que supone la asunción de riesgos, que resulta incompatible con la relación laboral, como veremos más

---

(10) HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual...», citado, p. 54. VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 92; ALTÉS TÁRREGA, J.A., «El contrato de trabajo del autor asalariado: supuestos de aplicación del art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2011, p. 33 y ss.

(11) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 94.

(12) RJ\1990\212.

(13) HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual...», citado, p. 56.

adelante<sup>(14)</sup>. Por el contrario, en el contrato de trabajo del autor asalariado se compromete la realización de una actividad, medida por tiempo, aunque en este caso el resultado de esa actividad adquiera una singular importancia, dado que solamente existirá utilidad económica para el empresario si la obra es efectivamente creada, y no por el mero proceso de creación<sup>(15)</sup>.

### III. LA CONFIGURACIÓN DE LAS NOTAS DE LABORALIDAD

#### 1. Ajenidad y art. 51 de la LPI

La creación de obras literarias, artísticas o científicas genera una serie de derechos de propiedad intelectual sobre la obra creada, *derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra*<sup>(16)</sup>. Cuando esa obra se crea en el ámbito de una prestación de servicios laborales, al atribuir la LPI al autor la plena disposición sobre la obra y el derecho de explotación de la misma es preciso cuestionarse acerca del régimen jurídico de cesión de los frutos de su trabajo al empresario, lo que genera una incertidumbre que se manifiesta en dos aspectos: los contornos del poder de disposición del empresario sobre los frutos del trabajo y la especial caracterización que la situación genera sobre la nota de ajenidad, dada la no concurrencia de la adquisición previa de los resultados del trabajo, propia del trabajo asalariado<sup>(17)</sup>.

#### A) *El art. 51 LPI*

De ambos aspectos me ocuparé a continuación, pero para ello es preciso recordar previamente el tenor del art. 51 LPI, precepto normativo que establece el régimen jurídico de transmisión de los derechos del autor asalariado. Según señala el precepto, la transmisión se regirá en primer lugar por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. En ausencia de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral. Ahora bien, en cualquier caso deberán tomarse en consideración los límites que los siguientes apartados del art. 51 señalan. Y así, con carácter específico, se dispone que el empresario en ningún caso podrá utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los apartados anteriores; y de forma más general se declara la aplicación de las demás disposiciones de la LPI, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato. Finalmente, queda al margen de estas disposiciones la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado

---

(14) HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual...», citado, p. 55.

(15) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 93.

(16) Art. 2 de la LPI.

(17) En este sentido, VALDÉS ALONSO, A., «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», en *El empleador en el Derecho del Trabajo*, coord. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, Sevilla, 1999, p. 100 y 108 y ss. Del mismo autor, VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 77 y ss.

en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario, que dispone de un régimen específico en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley.

Del precepto señalado es posible destacar los siguientes aspectos.

En primer lugar, conviene traer a colación el art. 1 de la LPI, que atribuye al autor la propiedad intelectual de la obra literaria, artística o científica.

En segundo lugar, ya que es el autor a quien se atribuye la propiedad intelectual de la obra, el art. 51 LPI determina cómo puede producirse la transmisión de los derechos de autor cuando éste es un trabajador asalariado. Es necesario precisar que el precepto únicamente se está refiriendo a los derechos patrimoniales, y no a los derechos morales<sup>(18)</sup>. Por disposición expresa de la LPI, sobre el resultado de la actividad, esto es, sobre la obra, existen unos derechos personalísimos e inalienables, derechos que el empresario no adquiere, permaneciendo siempre en poder del autor. Son los denominados derechos morales, que facultan al creador a proteger su obra; son derechos que tutelan el proceso intelectual-volitivo que se establece entre el autor y la obra, ajenos a la utilidad económica que pueda extraerse<sup>(19)</sup>. Algunos de estos derechos morales adquieren un carácter medial para la posible explotación de la obra, facultándose al autor por ejemplo a exigir su autorización expresa para cualquier transformación que pueda sufrir la obra<sup>(20)</sup>. Estas facultades que el autor conserva pueden suponer la imposición de limitaciones al empresario sobre el resultado del trabajo.

En tercer lugar, el art. 51 LPI permite al autor pactar los términos concretos de la cesión de los derechos patrimoniales. En estos supuestos la utilidad que obtendrá el empresario se limitará a aquellos elementos que hayan sido objeto de cesión, por lo que el propio pacto se configura como un límite a las facultades empresariales de explotación.

En cuarto lugar, en caso de falta de pacto escrito se entenderá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva, y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario<sup>(21)</sup>. De este modo se configura un concepto de fruto limitado en las posibilidades que puede conseguir el empresario.

### B) *La ajenidad del autor*

Si contemplamos desde esta perspectiva la relación laboral de los autores observamos diferencias sustanciales con la relación laboral común.

En ésta el empresario adquiere de forma anticipada el resultado del trabajo, sin necesidad de pacto alguno de cesión; pero además, el trabajador asalariado es ajeno a las posibles utilidades del trabajo realizado. En efecto, como se ha señalado, el vínculo laboral se cimienta sobre el axioma en virtud del cual el empleador ha de poder acceder libremente a los frutos de la actividad desarrollada por sus trabajadores en el ámbito de su empresa y,

---

(18) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 110.

(19) VALDÉS ALONSO, A., «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», *cit.*, p. 100.

(20) VALDÉS ALONSO, A., «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», *cit.*, p. 110.

(21) Artículo 51.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. VALDÉS ALONSO, A., «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», *cit.*, p. 110.

en su caso, explotarlos económicamente; por su parte, el trabajador renuncia a los frutos a cambio de una compensación económica<sup>(22)</sup>. El esquema que se deriva de la LPI para los autores asalariados es distinto: no se produce una cesión anticipada de los frutos, sino que por el contrario se atribuyen al autor (art. 1 LPI), y permanecen en el patrimonio del trabajador una vez producida la obra, realizándose posteriormente una determinación de las facultades de explotación que se ceden, y requiriéndose además, incluso con posterioridad a la transmisión, el consentimiento del autor en caso de una nueva transmisión de los derechos cedidos en exclusiva<sup>(23)</sup>, por lo que ni siquiera en este momento la transmisión es absoluta<sup>(24)</sup>. Finalmente, el autor asalariado no es indiferente a la explotación que se realice de su obra, sino que en ella entran en juego factores tan relevantes como su propio prestigio<sup>(25)</sup>.

En definitiva, la posición del empresario respecto de la obra creada resulta difuminada por las disposiciones contenidas en la LPI. Ni adquiere los frutos del trabajador asalariado *ab initio* sino en un momento posterior a su creación, ni adquiere todos los derechos sobre la obra, ya que el autor asalariado mantiene en todo momento una cierta disposición sobre ella.

Sin duda esta configuración resulta peculiar en la determinación de la nota de ajenidad laboral, lo que no debe excluir plenamente la laboralidad de la relación, aunque sin lugar a dudas la modaliza, adquiriendo por ello peculiaridades específicas.

A esta cuestión se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997<sup>(26)</sup>, que analiza la figura de los reporteros gráficos que prestan sus servicios en medios de comunicación<sup>(27)</sup> y determina la laboralidad de la misma<sup>(28)</sup>. La relevancia de la Sentencia se acentúa respecto al análisis que la misma efectúa de la nota de ajenidad, ya que viene a señalar en su Fundamento Jurídico 4.º la compatibilidad existente entre los derechos

---

(22) SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 1999, “Don D.S.E. contra B., SL”», *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 209-210, p. 136.

(23) Artículo 49 de la Ley de Propiedad Intelectual.

(24) VALDÉS ALONSO, A., «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», *cit.*, p. 111.

(25) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 119.

(26) Rec. 3555/1996. Sobre esta Sentencia puede verse FERNÁNDEZ RUBIO, M., «Existencia de relación laboral: reportero gráfico y editorial de prensa diaria. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997)», en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 47.

(27) Las condiciones en que se prestan servicios son las siguientes: el reportero es el propietario de la máquina de fotografiar y de un coche que utiliza en su trabajo; la empresa le suministra material fotográfico y le facilita zona de trabajo en los locales de la empresa; la empresa selecciona fotografías y adquiere la propiedad, pero el fotógrafo mantiene los negativos; se trata de servicios permanentes y continuos; el reportero acudía diariamente a la delegación del periódico y en ocasiones fue llamado para cubrir imprevistos; la retribución era a la pieza; el reportero podía prestar servicios por cuenta de otra empresa.

(28) Anteriores a esta Sentencia de unificación, y estimando del mismo modo la laboralidad de la relación son las SSTSJ de Andalucía-Sevilla de 10 de mayo de 1993, AS 2370, de Baleares de 3 de julio de 1996, AS 2539, y de Andalucía-Granada de 12 de julio de 1993, AS 3256. Con posterioridad a la Sentencia de Unificación los Tribunales Superiores de Justicia también han declarado la laboralidad en las siguientes Sentencias: de Asturias de 14 de mayo de 1997, AS 1690, de Cataluña de 13 de enero de 1998, AS 159, de Asturias de 9 de enero de 1998, AS 221, de Castilla y León-Burgos de 6 de abril de 1998, AS 1272, y de Cataluña de 25 de abril de 2001, AS 2147.

derivados de la propiedad intelectual y la existencia de una relación laboral con apoyo en el artículo 51 de la LPI: la cesión de los derechos patrimoniales (derechos de explotación y publicación del resultado de su trabajo) se compagina con la permanencia en el ámbito del autor de los derechos morales (el reconocimiento de su autoría). De esta manera, se afirma en la Sentencia, «*el derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con el derecho de propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual*»<sup>(29)</sup>.

Y es que sí, con carácter general, son indicios a tener en cuenta para la valoración de la ajenidad, la entrega o puesta a disposición del empresario de los productos elaborados o de los servicios realizados por el trabajador, esto es, que los frutos del trabajo se transfieran, inicialmente, a la empresa la que, a su vez, asume la obligación de pagar el salario, con independencia de la obtención de beneficios<sup>(30)</sup>, esta circunstancia no es incompatible con el hecho de que los trabajadores mantengan sus derechos de autor<sup>(31)</sup>, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo «los derechos de propiedad intelectual no se encuentran de modo necesario en el paquete de las obligaciones básicas del contrato de trabajo, pudiendo incluirse entre las respectivas contraprestaciones de las partes o quedar al margen de éstas. Aún más, como añade el TS, «determinadas facultades que componen el derecho de autor de contenido complejo son inalienables o no susceptibles de cesión a terceros. Tal es el caso de las facultades que integran el llamado derecho moral, dentro de las que se cuenta la de exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra»<sup>(32)</sup>. De tal forma que, «dentro de las facultades de carácter patrimonial de la propiedad intelectual, los llamados derechos de explotación regulados en los artículos 17 y siguientes de la Ley presentan una gran elasticidad en cuanto a las modalidades de ejercicio (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación), y en cuanto a los contenidos y alcance de los actos

---

(29) FJ 4.º, STS de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996.

(30) STS de 7 de noviembre de 2007, Rec. 5580/2005.

(31) Es lo que ocurre con los actores de doblaje (STS 16 de julio de 2010 —Rec. 3391/2009—, STS 19 de julio de 2010 —Rec. 2830/2009, Rec. 2233/09 y Rec. 1623/09—, STS 5 de octubre de 2010 —Rec. 1766/2009—, STS de 6 de octubre de 2010 —Rec. 2010/2009—, STS de 24 de noviembre de 2010 —TOL 1998387— y de STS de 9 de diciembre de 2010 —TOL 2030258—). Debe ponerse de manifiesto que la STS de 19 de julio de 2010 —Rec. 2830/2009— se acompaña de un Voto Particular, que formula el magistrado Luis Fernando de Castro Fernández, que aborda precisamente estas cuestiones. De acuerdo con este Voto Particular la nota de ajenidad —característica del contrato de trabajo— está notablemente atenuada, tanto en lo que se refiere a la ajenidad en los medios de producción como a los propios frutos en la prestación de trabajo y a los riesgos. En lo que aquí interesa, el Voto Particular señala que «*la adquisición ad initio de los frutos por el empresario se mitiga en el ámbito de esta relación laboral especial, desde el momento en que si bien cede la utilidad patrimonial derivada del trabajo, en todo caso el autor mantiene el derecho moral que le faculta para velar por la integridad de su obra y prestigio profesional [art. 113 TRLPI, aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 /Abril], de manera que esta atenuación es precisamente una de las peculiaridades que justifican la calificación de la relación como “especial”. Pero de todas formas, el supuesto objeto de debate va bastante más allá en la conservación de derechos [y consiguiente limitación en la atribución de los frutos], siendo así que los Actores mantienen —frente al empresario— sus derechos de autor sobre su trabajo, que perciben de la S.G.A. por cada reproducción que de su doblaje se haga. Y si bien tal posibilidad está admitida como excepción —a contrario sensu— en el art. 110 TRLPI [si “la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios”], tal circunstancia parece ir más allá de lo que es una singularidad justificativa del carácter especial de la relación, para excluir prácticamente la ajenidad de los frutos y en el mercado [vid. SSTS 21/01/91 —infracción de ley—; y 16/03/92 —rcud 1105/91—], y con ello la sustancia del contrato de trabajo*».

(32) Vid. al respecto GARCÍA TESTAL, E., «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, pp. 23 y ss., Lex Nova, 2.ª edición, Valladolid, 2012.

de transmisión (duración en el tiempo, ámbito territorial, exclusividad o no de la cesión, etc.). Esta diversidad y elasticidad de contenido del derecho de propiedad intelectual lleva consigo que la verificación de si existe o no ajenidad en una relación de servicios de autor haya de depender de que los derechos cedidos incluyan los principales derechos de explotación dentro del giro o tráfico económico de la profesión y sector de actividad, o por el contrario tengan una importancia económica accesoria dentro de ellas»<sup>(33)</sup>.

Finalmente, es preciso referirse a otro aspecto de la ajenidad: la posición del trabajador respecto a los riesgos de la actividad realizada. Partiendo de la concepción de la ajenidad en los riesgos como derecho del trabajador a un salario garantizado, a lo que no obsta la existencia de sistemas de retribución con cargo a beneficios o resultados, pues en ambos queda garantizado al trabajador un salario mínimo<sup>(34)</sup>, se cuestiona su concurrencia en la prestación retribuida a la pieza, fórmula que sin embargo no resulta extraña a la definición de salario que utiliza el artículo 26 del Estatuto, que admite expresamente la retribución salarial fijada por unidad de obra<sup>(35)</sup>.

En este sentido, si el autor compromete la percepción de la remuneración a la entrega de la obra está asumiendo los riesgos de su actividad, por lo que configurada de esta forma la prestación deberá excluirse la laboralidad del vínculo. Por el contrario, para que se trate de una relación asalariada de autor, éste ha de percibir su remuneración salarial por la realización de su actividad con independencia de la efectiva entrega de su obra, ya que, como señalaba al inicio, el autor asalariado compromete una actividad y no un resultado, por lo que su remuneración salarial viene a compensar económicamente el cumplimiento de esa obligación. En sentido similar, también excluiría la ajenidad en los riesgos la presencia de pactos en los cuales, dependiendo de los resultados de la explotación de la obra, el autor percibe o no remuneración, lo que no excluye, desde luego, una posible participación en beneficios, pero partiendo de una retribución garantizada en función del compromiso de actividad alcanzado.

Resulta acertada la afirmación que, con carácter general, desvincula al trabajador asalariado de los medios de producción, de modo que puede asegurarse el alejamiento del trabajador de la titularidad de los medios de producción sobre los que opera<sup>(36)</sup>. De acuerdo con ello el trabajador es ajeno a los materiales e instrumentos necesarios para ejecutar su trabajo, y por ello se explica la incorporación de los resultados del trabajo al patrimonio del empresario. Esta caracterización de la nota de ajenidad se justifica en la explicación del fenómeno de atribución del resultado material del trabajo a sujeto distinto del trabajador.

---

(33) STS de 16 de julio de 2010 —Rec. 3391/2009—.

(34) SALA FRANCO, T., «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 0/1974, p. 71.

(35) La retribución a la pieza es la forma común de retribución de los fotógrafos en las empresas de comunicación, si bien, como se ha señalado, resulta combinable con la existencia de una retribución mínima garantizada. SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M., «Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos», *cit.*, p. 17. La ajenidad resultará reforzada cuando la empresa retribuye las fotografías aun cuando no sean publicadas, permaneciendo en su poder los negativos tanto de las publicadas como de las que no lo sean (STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2001, AS 2147), de manera que en momentos posteriores pueda disponer de ellas (STSJ de Asturias de 14 de mayo de 1997, AS 1690).

(36) ALBIOL MONTESINOS, I., «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 1/1971, pp. 1-41.

Así, este fenómeno se explica por una mecánica distinta a la del contrato de trabajo, por una mecánica legal: la accesión industrial y la especificación, modos de adquirir la propiedad en el Código Civil<sup>(37)</sup>. Pese a todo existen ejemplos sobradamente conocidos en los que esta estricta determinación no concurre, o al menos no ha sido considerada relevante a los efectos de calificar determinadas prestaciones de servicios. Uno de los casos en que así ocurre es en el de los fotógrafos o reporteros gráficos, en los que lo habitual<sup>(38)</sup> es que el profesional trabaje con cámara de su propiedad<sup>(39)</sup>, de modo que su aportación a la relación de trabajo deviene accesoria. Ciertamente esta aportación de medios necesarios para la producción del resultado de su trabajo no es considerada decisoria por los Tribunales para la calificación de su prestación de servicios, ya que además de valorarse la habitualidad con que esta aportación se produce también ha de considerarse que, por mucho valor económico que tenga la cámara fotográfica utilizada por el reportero, no puede tener entidad como para desnaturalizar una relación de trabajo<sup>(40)</sup> y convertir al trabajador en empresa de servicios fotográficos<sup>(41)</sup>. Así pues, puede concluirse la invalidada virtualidad de este indicio en la valoración de la ajenidad como elemento necesario para la determinación de la naturaleza jurídica de estas prestaciones de servicios.

## 2. Los contornos de la dependencia

El criterio de delimitación más decisivo entre las prestaciones civiles de servicios y el contrato de trabajo es la determinación de existencia o no de dependencia jurídica entre las partes. En efecto, la celebración de un contrato de trabajo supone la existencia de una relación de dependencia o subordinación del trabajador al empresario, lo que determina una posición de sumisión al conjunto de poderes empresariales por su inserción en un ámbito organizativo que le es ajeno, circunstancia que no concurre en las prestaciones civiles de servicios.

Pese a ello la noción de dependencia, y en consecuencia las relaciones laborales, no responden a un modelo único y rígido de prestación de servicios, sino que en el desarrollo de estas es posible apreciar un conjunto de situaciones muy dispares, circunstancia que no resulta incompatible con el reconocimiento, en algunos casos, de ciertos espacios de autonomía al trabajador, que no van a suponer la conversión del sujeto en trabajador autónomo<sup>(42)</sup>, ya que el criterio definidor de la dependencia ha de ser la verdadera inserción en la empresa.

---

(37) ALBIOL MONTESINOS, I., «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *cit.*, p. 41.

(38) Es más, constituye una costumbre en este sector, como ponen de relieve SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M., «Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos», en *Relaciones Laborales*, núm. 21/1999, p. 16.

(39) Incluso es frecuente la aportación de vehículo para sus desplazamientos, mientras que el empresario aporta el resto de material fotográfico, como rollos, carretes, material necesario para el revelado, etc.

(40) En este sentido la STS de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996.

(41) En este mismo sentido, SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M., «Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos», *cit.*, p. 16.

(42) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de *Relaciones Laborales*, ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 21; también en «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en AA.VV.: *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*, coord. por MARTÍNEZ ABASCAL., V.A., Comares, Granada, 2000, pp. 419 a 446.

Pues bien, la laboralización de las prestaciones de servicios intelectuales ha contado tradicionalmente con el obstáculo de la independencia técnica, y ello porque cuando el trabajador asalariado cuenta con conocimientos intelectuales o técnicos cualificados debe gozar de un margen de autonomía técnica desconocido en el caso de los trabajadores manuales.

El conjunto de facultades empresariales que conforman el concepto de dependencia jurídica (facultad organizativa, facultad de especificación, *ius variandi* y facultad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, facultad de vigilancia y control, y facultad disciplinaria) necesariamente *permanecen* en la relación laboral desarrollada por un trabajador intelectual, pero su ámbito de aplicación sufre una *reducción* o modalización por la flexibilización del concepto de subordinación ante la existencia de un espacio en el que, como regla general, no deben tolerarse injerencias del empresario.

La aceptación de que el contrato de trabajo es compatible con la autonomía técnica fue reconocida en sede jurisprudencial a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 1940<sup>(43)</sup>, y se ha mantenido posteriormente, observándose la necesidad de que los servicios prestados por trabajadores intelectuales gocen de un cierto margen de autonomía científica que debilita la dependencia<sup>(44)</sup>.

Sólo entendiendo la dependencia de un modo flexible y compatible con el reconocimiento de espacios a la autonomía técnica es posible comprender la dualidad dependencia-creación intelectual<sup>(45)</sup>.

### 3. La remuneración

Como en toda relación laboral el autor percibe una retribución por la prestación de la actividad contratada, remuneración que deberá contar con las garantías previstas en los arts. 26 y siguientes del ET, retribuyéndose los períodos de descanso computables, determinándose con la estructura pactada individual y colectivamente, garantizándose una retribución mínima, y abonándose de forma periódica y puntual, sin embargo, en este ámbito no deben perderse de vista los mandatos de la LPI, que también determinarán especialidades en materia de remuneración.

Desde luego, la primera cuestión que debe despejarse es si el salario retribuye únicamente la actividad realizada, o también la cesión de los derechos de explotación de la obra. A esta segunda posibilidad contribuye el art. 51 de la LPI, al permitir la presunción de transmisión de los derechos sin necesidad de acuerdo expreso, lo que conduce a admitir que el salario esté compensando ambas facetas de la actividad del autor<sup>(46)</sup>. No obstante, la cuantía retributiva puede componerse de complementos salariales vinculados los bene-

---

(43) Ar. 940.

(44) Como ejemplos pueden verse las siguientes Sentencias del TS: 19 de abril de 1966, Ar. 2145; 11 de enero 1967, Ar. 636; 4 de diciembre 1967, Ar. 4928; 27 de diciembre 1976, Ar. 5551; 16 de diciembre 1981, Ar. 7501; 11 de diciembre 1989, Ar. 8947; 24 de febrero 1990, Ar. 1911; 21 de mayo 1990, Ar. 4993; 27 de marzo 1996, Ar. 2612, y 31 de marzo 1997, Rec. 3555/1996.

(45) VALDÉS ALONSO, A, *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, pp. 125-126.

(46) VALDÉS ALONSO, A, *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 129.

ficios derivados de la explotación<sup>(47)</sup>, o igualmente, también cabe que las diferentes partidas salariales pactadas retribuyen de un lado la actividad y de otro la cesión de derechos, aunque, en ambos casos, tanto los posibles beneficios derivados de la explotación como la retribución por la cesión de los derechos patrimoniales de autor quedarán obviamente vinculados a la efectiva creación de la obra<sup>(48)</sup>. En este sentido, debe recordarse que el sistema de remuneración a la pieza es indiferente para la calificación como laboral de la prestación, al no ser incompatible con la relación laboral<sup>(49)</sup>.

El autor, por otro lado, percibirá otras percepciones que permanecen ajenas al contrato de trabajo. Es el caso del denominado canon por copia privada, cuya regulación se recoge en el art. 25 de la LPI, que le atribuye carácter de derecho irrenunciable, y por tanto indisponible. En realidad esta percepción resulta atribuible a los autores con independencia del vínculo jurídico que sirvió de vehículo para la creación de la obra, y por tanto resulta aplicable también a los autores asalariados. Pero no cabe discutir sobre su naturaleza salarial o extrasalarial, ya que se trata de una percepción cuyo coste recae sobre terceros (25.4 LPI) y se abona por entidades de gestión (25.8 LPI) controladas por el Ministerio de Cultura (25.11 LPI), dado que no se trata de un derecho individual al canon, sino un derecho colectivo de los titulares de derechos protegidos<sup>(50)</sup>. En definitiva, ninguna intervención tiene el empresario en su abono, ni el canon retribuye el trabajo, ni resulta identificable con las percepciones extrasalariales previstas en el art. 26.2 ET<sup>(51)</sup>, ni tampoco puede ser objeto de cesión a terceros<sup>(52)</sup> (ni por tanto al empresario), dado su carácter irrenunciable, siendo los acreedores del pago de esta compensación los autores de las obras explotadas públicamente como libros, fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas<sup>(53)</sup>. No obstante, no puede ignorarse que el derecho trata de compensar a los autores de las posibles pérdidas vinculadas a la realización de copia privada, partiendo de que los beneficios de la explotación se van a ver afectados por la existencia de esas copias privadas, y en consecuencia la utilidad patrimonial que el empresario ha de obtener de la explotación de la obra sí resulta minorada<sup>(54)</sup>. Y aunque ello no altera la naturaleza jurídica de la compensación por copia privada sí puede alcanzar al pacto salarial empresario-trabajador.

---

(47) RODRÍGUEZ TAPIA, JM., «Art. 51. Transmisión de los derechos de autor asalariado», en AA.VV. (dir. RODRÍGUEZ TAPIA), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª edición, 2009, Cizur Menor (Navarra), p. 432.

(48) VALDÉS ALONSO, A, *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 129.

(49) *Vid.* en este sentido la STS de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996. En el mismo sentido, las SSTs de 19 de julio de 2002, Rec. 2869/2001, de 16 de diciembre de 2008, Rec. 4301/2007 y de 11 de mayo de 2009, Rec. 3704/2007. También LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de Trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999, p. 67.

(50) RODRÍGUEZ TAPIA/BONDIA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997, p. 145.

(51) VALDÉS ALONSO, A, *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, p. 132.

(52) ESTEVE PARDO, M.A., «Otros derechos de explotación: el derecho de compensación equitativa por copia privada», en AA.VV., *Propiedad Intelectual*, Valencia, 2009, p. 182.

(53) PLAZA PENADÉS, J., «Artículo 25. Compensación equitativa por copia privada», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, citado, p. 255.

(54) VALDÉS ALONSO, A, *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, pp. 131 y 132, en nota al pie 149.

Distinto es el supuesto de otras remuneraciones vinculadas a la explotación de los derechos inherentes a la obra: derecho a participar en la reventa de los autores de obras plásticas, de alquiler de copias de obra audiovisual, o de la exhibición pública de la obra mediando pago de entrada... Si bien en estos casos se trata igualmente de percepciones vinculadas al autor, la obtención de esa utilidad patrimonial deriva de la actividad de explotación que realice el empresario, y en algún caso puede ser el empresario quien se encargue de recaudar y distribuir entre los autores estas remuneraciones (art. 90.3 respecto de la participación por exhibición pública), por lo que podrían asimilarse a la retribución salarial vinculada a la participación en beneficios, lo que debe descartarse ya que el autor no solo percibe esa remuneración de forma independiente del resultado de la explotación, por imposición legal de carácter imperativo, sino que además esas remuneraciones son totalmente independientes de los beneficios obtenidos por la empresa<sup>(55)</sup>.

#### IV. LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

La peculiaridad de los autores asalariados no se refleja sólo en los perfiles de su relación laboral sino también en su condición de autores, al atribuirles la LPI un peculiar régimen de transmisión de los derechos derivados de la obra. Como ya señalaba es el artículo 51 de la LPI el que regula la transmisión de los derechos de autor para los autores asalariados. La disposición es común para cualquier tipo de autores asalariados, respecto de las obras que se creen con ocasión del contrato de trabajo, con excepción de la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario, que se someten a un régimen específico en el art. 97.4 de la LPI.

El art. 51 LPI concede un lugar prioritario a la autonomía de las partes<sup>(56)</sup> al establecer que la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra se regirá por lo pactado en el *contrato*, añadiendo que éste deberá formalizarse por *escrito*. Así pues, una de las primeras cuestiones que plantea el tenor literal del art. 51 LPI es, en apariencia, de tipo formal: la relativa al contrato que debe contener el pacto de transmisión entre empresario y autor asalariado. El precepto señalado no identifica el tipo de contrato en que debe contenerse el pacto, esto es, no señala si es el contrato de trabajo el que habrá de contener la transmisión de los derechos de explotación de la obra o si, por el contrario, será un contrato autónomo y adicional al contrato de trabajo, por lo que la doctrina científica ha mantenido ambas interpretaciones<sup>(57)</sup>. Sin embargo, la resolución de la anterior cuestión reconduce el problema a una cuestión que no es meramente formal, ya que está conectada con el propio objeto del contrato de trabajo: se trata en definitiva de determinar si los derechos de explotación forman o no parte del objeto del contrato de trabajo.

---

(55) VALDÉS ALONSO, A, *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, pp. 133 y 134.

(56) PÉREZ PÉREZ, M., «Derechos de autor y relación de trabajo», en *Relaciones Laborales*, tomo II, 1989, p. 279.

(57) Sobre las distintas posiciones doctrinales HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», citado, pp. 58 y ss.

Desde la perspectiva y análisis de la ajenidad se ha mantenido que es el propio contrato de trabajo el que debe recoger el pacto de cesión de derechos patrimoniales al empresario, pues como se sabe a éste le corresponden los frutos del trabajo realizado, y es el contrato el título que autoriza al empresario la adquisición de los mismos<sup>(58)</sup>. Sin embargo existen argumentos doctrinales que contradicen las anteriores afirmaciones, y propugnan la necesidad de que la transmisión se pacte mediante un contrato distinto, mediante un contrato de transmisión, entendiéndose que éste ha de ser autónomo respecto del contrato de trabajo. Así, en este sentido, debe recordarse que los autores asalariados, al igual que los no asalariados, tienen atribuida la propiedad intelectual de la obra por el solo hecho de su creación (art. 1 LPI), así como que por la existencia del contrato de trabajo no se transmiten estos automáticamente al empresario sino que, por el contrario, se exige un pacto específico para que así ocurra, de forma autónoma y a título derivativo<sup>(59)</sup>. Esta autonomía del pacto de transmisión se deriva asimismo de la propia transmisión que permite la LPI. El artículo 51 LPI se refiere a la obra ya creada en virtud de una relación laboral, por lo que cabe deducir que el contrato de trabajo puede ser previo al pacto de transmisión<sup>(60)</sup>. Incluso siendo el objeto del contrato de trabajo una prestación de actividad, ésta irá dirigida a la creación de la obra, pero puede que ésta no se realice, lo que no invalidará el contrato de trabajo pero sí imposibilitará la transmisión de los derechos de autor. La autonomía de pactos permite, además, que el autor transmita al empresario los derechos que las partes acuerden, pudiendo mantener tanto los derechos inalienables (los derechos morales, a los que se refiere el art. 14 LPI) como los derechos de participación y remuneración por copia privada (arts. 24 y 25 LPI)<sup>(61)</sup>. Cabe pues defender la autonomía de uno y otro pacto, así como la propia existencia del contrato de trabajo sin transmisión de derechos de explotación, o con transmisión formalizada con posterioridad a la propia creación de la obra<sup>(62)</sup>. Como se ha señalado, el pacto de transmisión se producirá en la relación laboral, pero no necesariamente en el contrato de trabajo, admitiéndose que la transmisión de derechos se especifique en el convenio colectivo, o en un pacto escrito posterior a la celebración del contrato de trabajo<sup>(63)</sup>.

En los supuestos en que no se produzca el pacto escrito de transmisión, el art. 51.2 LPI establece una presunción de que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral. Se trata de una presunción *iuris tantum*, según la cual en caso de inexistencia de pacto escrito los

---

(58) Es la postura defendida en la STS de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996, «*la cesión de la obra se puede llevar a cabo por medio del contrato de trabajo...*».

(59) En este sentido se pronuncia HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», *cit.*, pp. 61 y ss.

(60) PÉREZ PÉREZ, M., «Derechos de autor y relación de trabajo», *cit.*, pp. 279 y 280.

(61) HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», *cit.*, p. 65.

(62) HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», *cit.*, p. 66.

(63) RODRÍGUEZ TAPIA, JM., «Artículo 51. Comentario», en AA.VV. (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª edición, Madrid, 2007, p. 842.

derechos de explotación se consideran cedidos en exclusiva al empresario<sup>(64)</sup>, aunque sólo con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario, por tanto, sin poder disponer de ella para fines diferentes, lo que exigiría pacto expreso<sup>(65)</sup>, que puede implicar para el autor *no desprenderse del entero haz de derechos de explotación*<sup>(66)</sup>.

Pues bien, en realidad, pese a la denominación del precepto (*Transmisión de los derechos del autor asalariado*), el art. 51 LPI no es el único precepto que regula la transmisión de derechos de autor de los autores asalariados, ya que la ley establece regímenes específicos para otros autores asalariados. Es el caso de los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas (para cuyo régimen jurídico hay que estar al art. 52 LPI), y el de los autores de programas de ordenador (en cuyo caso el propio art. 51 nos remite al 97.4 de la LPI), que merecen un tratamiento específico.

### V. LOS AUTORES ASALARIADOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS

El sector de los medios de comunicación social ha sido destacado por la frecuente inaplicación de la normativa laboral, la denegación de la laboralidad de las prestaciones de servicios y la precariedad de estas<sup>(67)</sup>. Y de todos es sabido que dadas estas circunstancias la fuerza de negociación de estos trabajadores disminuye o desaparece totalmente. Y así llama la atención que el legislador ceda tanto espacio a la autonomía de la voluntad en el régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en publicaciones periódicas<sup>(68)</sup>, ya que la ley, como se ha señalado<sup>(69)</sup>, admite con más intensidad que en otros artículos el juego de la autonomía privada. En efecto, para los autores de publicaciones periódicas la primera fuente de regulación de la transmisión de los derechos de autor es el pacto, y sólo en defecto de pacto se aplicará el régimen previsto en la norma. El precepto sigue pues el esquema del art. 51 LPI, que también prevé la posibilidad de pactar por escrito un régimen de transmisión y supletoriamente un régimen legal. Sin embargo, el régimen normativo de transmisión es sustancialmente diferente en ambos casos: mientras el art. 51 LPI establece una presunción de cesión en exclusiva de los derechos, el art 52 dispone que los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas conservan su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado.

---

(64) PÉREZ PÉREZ, M., «Derechos de autor y relación de trabajo», *cit.*, pp. 280 y 281.

(65) RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «Art. 51. Transmisión de los derechos de autor asalariado», citado, p. 433.

(66) PÉREZ PÉREZ, M., «Derechos de autor y relación de trabajo», *cit.*, p. 282.

(67) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGOS, F.J., «Las relaciones laborales en los medios de comunicación», en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al profesor J. Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 240 y ss.

(68) Debe precisarse que publicaciones periódicas no serán solo las de carácter informativo, sino también las de carácter divulgativo, de investigación u otras, siempre que se trate de publicaciones que se reiteren con carácter diario, semanal, mensual, trimestral o incluso anual.

(69) TORRES LANA, J.A., «Artículo 52. Comentario», en AA.VV. (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª edición, Madrid, 2007, p. 844.

A los efectos de este trabajo interesa delimitar si los autores asalariados que publican sus trabajos en publicaciones periódicas deben seguir el régimen supletorio del art. 52 (propio de las publicaciones periódicas) o el del art. 51 (propio de los autores asalariados). Dejando a un lado el supuesto de existencia de pacto, en que el régimen aplicable dependerá de la voluntad de las partes, pudiendo consistir en una remisión a la aplicación del régimen jurídico del art. 52 LPI, parece que el art. 51 LPI esté diseñado para su aplicación a los autores que prestan sus servicios en régimen asalariado, mientras el art. 52 LPI se aplicaría únicamente a los autores en publicaciones periódicas que realizan sus obras de forma autónoma (no dependientes ni por cuenta ajena), y por ello el precepto establece la reserva de derecho a favor del autor<sup>(70)</sup>. Esta delimitación parte pues de la consideración del autor en virtud de cuál sea el régimen de vinculación de su prestación de servicios. Y así, si se produce la cesión de derechos en exclusiva a favor de la empresa de las obras creadas en virtud de una prestación de servicios, este régimen de transmisión de derechos se ha utilizado como indicio de existencia de ajenidad, y en consecuencia, ha sido uno de los elementos empleados para declarar la laboralidad del vínculo<sup>(71)</sup>. No obstante, no puede ignorarse que la literalidad del art. 52 LPI no efectúa ninguna delimitación subjetiva, por lo que se ha predicado su carácter universal<sup>(72)</sup>, en el sentido de no limitarse subjetivamente a un colectivo concreto, ni vincularse únicamente a los periodistas o fotógrafos profesionales.

El régimen del art. 52 LPI, a falta de pacto expreso, distingue dos regímenes jurídicos, en función de que la obra haya sido o no objeto de reproducción en la publicación periódica. En el primer caso, obra reproducida, se permite la explotación separada en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado, lo que quiere vincularse con aquellas formas de reproducción que no hagan competencia a la publicación en que se insertó<sup>(73)</sup>, configurándose la cesión como no exclusiva, que «admite la concurrencia, pero no la competencia»<sup>(74)</sup>. En el segundo caso, obra no reproducida, la falta de publicación junto con el transcurso de unos plazos determinados legalmente<sup>(75)</sup> supone para el autor la disposición libre de su obra. Dejando de lado los importantes problemas que pueden plantearse en cuanto al cómputo de los plazos, por la utilización de dos elementos temporales que pueden determinar un *dies a quo* distinto (envío o aceptación), interesa resaltar que, en este caso, el autor no sólo podrá concurrir, sino que también se admite la competencia y la cesión en exclusiva a otra publicación<sup>(76)</sup>. Resulta así que el régimen previsto en el art. 52 LPI desfigura la idea de un autor asalariado que es contratado para la realización de una obra concreta (figura más compatible con el art 51 LPI), al prever

---

(70) TORRES LANA, J.A., «Artículo 52. Comentario», citado, p. 845.

(71) *Vid.* STS de 19 de julio de 2002, Rec. 2869/2001.

(72) RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «Artículo 52. Transmisión de derechos para publicaciones periódicas», en AA.VV. (dir. Rodríguez Tapia), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 435.

(73) RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «Artículo 52. Transmisión de derechos para publicaciones periódicas», citado, p. 435.

(74) TORRES LANA, J.A., «Artículo 52. Comentario», citado, pp. 848 y 849.

(75) El plazo establecido legalmente es de un mes desde su envío o aceptación en las publicaciones diarias o en el de seis meses en las restantes; previsión legal que puede ser modificada por pacto.

(76) TORRES LANA, J.A., «Artículo 52. Comentario», citado, pp. 849 y 850.

la posible no publicación de esta y la posible reproducción o cesión en exclusiva por otras publicaciones. Sin embargo, este régimen concuerda con la actividad propia de las publicaciones periódicas en que aumentan las posibilidades de no publicación de una obra, aunque ésta haya sido realizada a instancia de la empresa editora.

Finaliza el precepto estableciendo que «la remuneración del autor de las referidas obras podrá consistir en un tanto alzado». Esta expresión viene a abundar en la idea de no estar refiriéndose el precepto a los autores asalariados, dado que esta fórmula retributiva no parece compatible con una relación laboral, en la que la fórmula típica de remuneración se caracteriza por resultar de carácter fijo y periódico.

### VI. LOS PROGRAMADORES DE ORDENADOR ASALARIADOS

El art. 51 LPI excluye de su ámbito de aplicación a los asalariados creadores de programas de ordenador, estableciendo que «la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley». En similares términos se refiere el precepto señalado a la creación de un programa de ordenador en el ámbito de una relación laboral y, al tiempo, establece que la titularidad de los derechos de explotación corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario<sup>(77)</sup>.

Se impone en primer lugar la delimitación de los supuestos que, desde un punto de vista subjetivo, quedan subsumidos en la norma<sup>(78)</sup>. Es preciso señalar que el régimen supone la transposición de la Directiva del Consejo de 14 de mayo de 1991 sobre la protección de los programas de ordenador, siendo precisamente uno de sus objetivos principales la armonización del régimen relativo a los programas de ordenador creados por asalariados, permitiendo garantizar a los empresarios un amplio acceso a las obras de sus trabajado-

---

(77) Deliberadamente se obvian en este comentario la delimitación respecto de la protección que el sistema de patentes puede ofrecer a las creaciones consistentes en un programa de ordenador por ser el tema de estudio las normas relativas a la propiedad intelectual. Puede consultarse, al respecto de la tutela del derecho de patente sobre un programa de ordenador, SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, pp. 138 y ss.

(78) En cuanto a la precisión objetiva de la protección hay que estar al **artículo 96 LPI**. Según este precepto *se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación*; pero también su documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador. Añade el precepto que *el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor*; así como se la protección se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador, y a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados, salvo aquellas creadas con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático. Además, *cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial*. En sentido negativo, se establece que *no estarán protegidos mediante los derechos de autor las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces*.

res<sup>(79)</sup>. En primer lugar, el art. 97.4 LPI se refiere a los trabajadores asalariados, por lo que quedan fuera de su régimen jurídico los prestadores de servicios que no desarrollen su actividad con dependencia y ajenidad (especialmente, mediante el contrato de ejecución de obra, por el que el programador se compromete a realizar un programa por encargo). En segundo lugar, y ya entre aquellos que sí prestan servicios de forma asalariada, es necesario efectuar distinciones. Resulta obvio incluir aquellos programadores de ordenador contratados laboralmente cuyo contrato tenga por objeto precisamente la creación de programas de ordenador, sea ésta la única actividad contratada o una más entre las comprometidas<sup>(80)</sup>. Más problemática puede resultar, para la delimitación del ámbito de aplicación subjetiva, la interpretación de los términos utilizados tanto por el art. 51.5 LPI como por el 97.4 LPI cuando se refieren a la creación de programas de ordenador por «*un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario*». Parece que los términos de la LPI permiten entender que el ámbito resulta ampliado, en comparación con la utilización en el art. 51.1 LPI de la expresión «obra creada en virtud de una relación laboral», y que en consecuencia resultará aplicable no sólo a los supuestos en que el trabajador es contratado para realizar una actividad consistente en la creación de programas, sino también a aquellos en que el trabajador crea el programa sin ser éste el contenido de la actividad inicialmente contratada. De esta forma el precepto permitiría extender el régimen en él previsto a aquellos trabajadores contratados para llevar a cabo tareas no consistentes en la programación informática, pero que en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario crean un programa de ordenador, de forma que los derechos de explotación sean atribuibles en exclusiva al empresario<sup>(81)</sup>. En realidad la utilización de la disyuntiva «en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario» puede referirse a dos realidades distintas desde el punto de vista del contrato de trabajo. La primera es aquella en que el trabajador viene realizando las funciones para las que se le contrató, no consistentes en la programación informática, y en el desarrollo de ellas, de forma accesoria o complementaria, crea una herramienta informática. La segunda puede referirse a un supuesto de movilidad funcional con fundamento en el art. 39 ET o incluso una modificación sustancial de funciones basada en el art. 41 ET: el trabajador no es contratado para la creación de un programa de ordenador, pero siguiendo las órdenes e instrucciones del empresario, en el ejercicio regular de sus facultades directivas, ve modificadas sus funciones, y se le encomiendan otras conducentes a la creación del mencionado programa. En ambos supuestos, y a falta de pacto expreso, los derechos de propiedad intelectual sobre la obra se atribuirían en exclusiva al empresario<sup>(82)</sup>.

---

(79) SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, p. 141.

(80) APARICIO VAQUERO, J.P./DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 97. Comentario», en AA.VV. (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª edición, Madrid, 2007, p. 1311.

(81) En contra VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo...*, citado, pp. 288 y ss. Para el autor la cesión sólo cabe si la actividad conducente a la creación del programa de ordenador coincide de forma directa o indirecta con la contratada, aunque incluye también aquellos supuestos en que el trabajador debe crear un programa para llevar a cabo su tarea o proyecto, esto es, cuando tiene carácter instrumental.

(82) En contra RODRÍGUEZ TAPIA/BONDIA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, citado, p. 363, que consideran que las expresiones son equivalentes y por tanto redundantes.

En sentido contrario, debe señalarse que el trabajador no resulta obligado a transmitir al empresario los programas elaborados con anterioridad al inicio de la relación laboral, ni a realizar adaptaciones o versiones sucesivas de programas de los que es autor con carácter previo, lo que no resulta contrario a la obligación del trabajador de poner a disposición del empresario sus conocimientos técnicos<sup>(83)</sup>. En similar sentido, el art. 97.4 LPI no resultará tampoco aplicable a los supuestos en que el trabajador asalariado crea un programa de ordenador fuera del tiempo y lugar de trabajo, y aunque pueda resultar discutible, tampoco cuando lo realiza en tiempo y lugar de trabajo, esto es, empleando los medios del empresario y dentro de su jornada laboral, si el mismo no tiene ninguna relación con la actividad desarrollada para el empresario<sup>(84)</sup>. En este sentido, la STS (Sala Primera) de 21 de junio de 2007<sup>(85)</sup> subraya la diferencia entre crear el programa «con ocasión del trabajo» y crearlo en el desempeño normal de su puesto de trabajo (FJ 4.º), señalando que el primer caso no se encuentra entre los previstos en el art. 97.4 LPI<sup>(86)</sup>. Y finalmente, tampoco asume el compromiso de transmitir al empresario aquellos programas que cree extinguido el contrato de trabajo, aunque a ellas puedan favorecer los conocimientos adquiridos vigente la relación laboral<sup>(87)</sup>, salvo que se formalice un pacto de no concurrencia postcontractual (en los términos del art. 21.2 ET), en cuyo caso habrá que estar a los términos de este en cuanto al alcance y duración de la no concurrencia.

En definitiva, que el trabajador sólo estará obligado a ceder los programas creados que puedan vincularse causalmente a su relación laboral<sup>(88)</sup>. Lo que no obsta para que el trabajador pueda ofrecer al empresario la transmisión de los derechos de explotación del programa creado sin vinculación causal con el trabajo, aunque es libre para transmitirlos a un tercero. En este sentido, se ha señalado que no existe ningún deber de ofrecimiento prioritario de la obra al empresario derivado del deber de buena fe contractual, aunque sí permanece vigente la prohibición de concurrencia desleal del art. 21.1 ET<sup>(89)</sup>.

Pues bien, el régimen de transmisión de los derechos de explotación al empresario previsto en el art. 97.4 difiere del régimen general de transmisión del art. 51 LPI en la repercusión material y temporal de la atribución al empresario de los derechos de explotación sobre el programa de ordenador. Respecto al ámbito material destaca en primer lugar que en el art. 97.4 LPI no encontramos una limitación que diseña el art. 51 LPI para el régimen

---

(83) APARICIO VAQUERO, J.P./DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 97. Comentario», citado, p. 1313.

(84) Coincido con APARICIO VAQUERO, J.P./DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 97. Comentario», citado, p. 1314, cuando señalan que esta situación en todo caso podrá justificar un despido disciplinario, pero no supone la transmisión de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra así creada, por no tener relación alguna con el trabajo realizado.

(85) Rec. 2768/2000.

(86) El Tribunal considera que no se trata de una obra creada por encargo y cuenta del empresario, sino por iniciativa propia y sin recibir instrucciones del empresario, aunque en el mismo se dieran colaboraciones de los compañeros de trabajo «mediante ideas o indicaciones sobre el resultado o aspectos del mismo que se desean».

(87) SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, p. 151.

(88) SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, p. 145.

(89) SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, pp. 147 y 148.

general de transmisión al empresario. Este precepto señala que la transmisión se producía «con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral». La expresión no se reproduce en el art. 97.4 LPI, de forma que el contraste entre ambos preceptos deviene significativo, ya que éste viene a garantizar al empresario un más amplio disfrute de los derechos de transmisión desde un punto de vista material<sup>(90)</sup>. Cuestión polémica es la posible explotación futura bajo modos de explotación inexistentes en el momento de la transmisión, pues mientras algunos consideran que ésta sería contraria al art. 43.5 LPI, otros manifiestan la posibilidad de que si el empresario conoce una nueva modalidad de explotación podrá expandirse libremente a este nuevo mercado sin necesidad de autorización del trabajador<sup>(91)</sup>.

En cuanto al alcance temporal es preciso concretar que el derecho de explotación sobre el programa creado por el trabajador asalariado no se limita al período de vigencia de la relación laboral, sino que se incorpora al patrimonio del empresario y permanece en él incluso aunque se produzca la extinción del contrato<sup>(92)</sup>, y además de forma exclusiva y no concurrente por parte del autor<sup>(93)</sup>.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, I., «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 1/1971.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A., «El contrato de trabajo del autor asalariado: supuestos de aplicación del art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2011.
- APARICIO VAQUERO, J.P./DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 97. Comentario», en AA.VV. (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª edición, Madrid, 2007.
- ESTEVE PARDO, M.A., «Otros derechos de explotación: el derecho de compensación equitativa por copia privada», en AA.VV., *Propiedad Intelectual*, Valencia, 2009.
- FERNÁNDEZ RUBIO, M., «Existencia de relación laboral: reportero gráfico y editorial de prensa diaria. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997)», en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 47.
- GARCÍA TESTAL, E., «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2.ª edición, Valladolid, 2012.
- HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», en *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2001.

---

(90) RODRÍGUEZ TAPIA/BONDIA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, citado, pp. 364 y 365. APARICIO VAQUERO, J.P./DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 97. Comentario», citado, p. 1320. SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, p. 149.

(91) SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, pp. 149 y 150.

(92) SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado...», citado, p. 150.

(93) APARICIO VAQUERO, J.P./DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 97. Comentario», citado, p. 1321.

- LÓPEZ GANDÍA, J., *Contrato de Trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999.
- PÉREZ PÉREZ, M., «Derechos de autor y relación de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1989, tomo II.
- PLAZA PENADÉS, J., «Artículo 25. Compensación equitativa por copia privada», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «Art. 51. Transmisión de los derechos de autor asalariado», en AA.VV. (dir. Rodríguez Tapia), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- «Artículo 52. Transmisión de derechos para publicaciones periódicas», en AA.VV. (dir. Rodríguez Tapia), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- RODRÍGUEZ TAPIA/BONDIA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en AA.VV., *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*, coord. por MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., Comares, Granada, 2000,
- «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F.J., «Las Relaciones Laborales en los medios de comunicación», en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación del Derecho del Trabajo*, Estudios en Homenaje al profesor J. Cabrera Bazán, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 1999.
- SALA FRANCO, T., «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 0/1974.
- SOLER MASOTA, P., «Tratamiento jurídico del software desarrollado en régimen asalariado. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 1999, “Don D.S.E. contra B., SL”», *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 209-210.
- SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M., «Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos», en *Relaciones Laborales*, núm. 21/1999.
- TORRES LANA, J.A., «Artículo 52. Comentario», en AA.VV. (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª edición, Madrid, 2007.
- VALDÉS ALONSO, A., «La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados», en *El empleador en el Derecho del Trabajo*, coord. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, Sevilla, 1999.
- *Propiedad Intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001.



Revista de Derecho del Trabajo

---

# Justicia Laboral

---

---

**CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA**

---



# I. FUENTES DEL DERECHO

---

## SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. SUPREMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.
    - A) **Incapacidad temporal y vacaciones.**
    - B) **Edades de jubilación obligatoria.**
  2. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA Y SUS EFECTOS.
    - A) **Inconstitucionalidad de las leyes y responsabilidad patrimonial del Estado.**
    - B) **Nulidad de cláusulas convencionales contrarias a normas superiores.**
    - C) **Reducción legal de derechos económicos convencionales.**
  3. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES.
    - A) **Vigencia del Reglamento de comedores de empresa.**
    - B) **Régimen aplicable a los despidos entre reformas.**
    - C) **Principio de especialidad normativa.**
  4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.
    - A) **Concurrencia y articulación de convenios colectivos.**
    - B) **Convenio aplicable en sucesiones de empresa.**
    - C) **Aplicación del convenio según su ámbito funcional y territorial.**
  5. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS.
  6. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN DE SALARIOS.
  7. AUTONOMÍA PRIVADA Y RELACIONES DE TRABAJO.
    - A) **Autonomía de la voluntad y aplicación de las normas sociales.**
    - B) **Valor liberatorio del finiquito.**
    - C) **Pactos individuales, negociación colectiva y libertad sindical.**
-

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 6, 7, 8 y 9 de 2012 de la Revista de Información Laboral.

### 1. SUPREMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

#### A) Incapacidad temporal y vacaciones

La primacía del derecho de la Unión sobre el de los distintos Estados miembros queda de manifiesto en la **STJUE de 21 de junio de 2012, IL J 585/2012**. A propósito de la cuestión del solapamiento de los periodos de vacaciones e incapacidad temporal, esta sentencia resuelve que la regla de desdoblamiento de los referidos periodos de no trabajo, y el consiguiente disfrute efectivo de los mismos por separado, sin pérdida de días de vacaciones ni de incapacidad temporal, debe aplicarse no sólo cuando es la incapacidad temporal la que precede en el tiempo a las vacaciones, sino también en la hipótesis inversa, cuando la incapacidad temporal sobreviene en el previo disfrute por el trabajador de un periodo de vacaciones. La sentencia, dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España en un procedimiento de conflicto colectivo suscitado en el sector del comercio y que enfrentaba a ANGED (lado sindical) contra FAGSA y otros (lado empresarial) viene así a resolver las dudas que suscitaba la interpretación del art. 38 ET a propósito de la hipótesis en controversia descartando la propuesta interpretativa según la cual cuando la incapacidad temporal sobreviniera durante las vacaciones el trabajador perdía, durante el periodo en que operara la superposición, el derecho a las mismas (al tratarse de un riesgo que debía asumir el trabajador, por no ser la obligación empresarial de facilitar las vacaciones al trabajador una obligación de resultado y tener la incapacidad temporal un fin no del todo lejano o distante del objetivo fundamental de las vacaciones, que es facilitar el descanso del trabajador).

La supremacía del derecho de la Unión sobre el derecho interno determina según la STJUE de 21 de junio de 2012 que el art. 7.1, apartado 1, de la Directiva 2003/88, de ordenación del tiempo de trabajo, se opone a una interpretación de la normativa de un país miembro que no permita interrumpir el período vacacional para el disfrute, en un momento posterior, del período completo —o que reste—, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevinida durante un período ya iniciado de disfrute de las vacaciones. En apoyo de esta solución, el TJUE dice que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio cardinal del Derecho Social de la UE, que es además un derecho fundamental reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, no puede interpretarse restrictivamente.

Si a esto añadimos que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento» y que «tal finalidad difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad», derecho reconocido a los trabajadores «con el fin de que puedan recuperarse de una enfer-

medad», resulta que «carece de pertinencia el momento en que sobreviene la incapacidad», antes o durante el periodo de vacaciones. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral. En este sentido, la STJUE de 21 de junio de 2012 añade que sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones anuales retribuidas.

## **B) Edades de jubilación obligatoria**

Sobre el establecimiento de edades de jubilación obligatoria en las leyes de los distintos estados miembros de la UE se pronuncia la **STJUE de 5 de julio de 2012**, IL J 752/2012. Trata esta sentencia del caso de un trabajador sueco que al cumplir los sesenta y siete años se ve obligado a jubilarse por disponerlo así la normativa de Seguridad Social sueca. El trabajador entiende que la jubilación forzosa a esta edad constituye una discriminación por razón de edad, y en todo caso que no es una medida proporcionada, toda vez que aunque es verdad que cumple los requisitos para causar la pensión de jubilación, por las características de su carrera profesional, no ha llegado a lucrar una pensión de una cuantía adecuada, por lo que entiende que la norma interna sueca debería tener en cuenta esta circunstancia y permitir la continuidad en el trabajo por encima de los 67 años a quienes se encontraran en una situación como la que a él le afecta.

Planteada la cuestión prejudicial, el TJUE sostiene en esta sentencia que la «regla de los sesenta y siete años» del sistema sueco de Seguridad Social es conforme al derecho de la Unión. Parte a tal efecto del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que dice que «los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Y dando aplicación a esta previsión resuelve que la «regla de los 67 años» está justificada por fines legítimos (evitar las rescisiones de contratos de trabajadores de avanzada edad en condiciones humillantes, adaptar las pensiones de jubilación a los ingresos percibidos durante toda la vida, hacer posible el trabajo por encima de los 65 años o adaptar el sistema de pensiones a la evolución demográfica), y es a la vez proporcionada, pues aun cuando el trabajador vea limitadas las posibilidades de incrementar la cuantía de su pensión en carreras de cotización deficitarias, el derecho sueco, y en particular su sistema de protección social, habilita mecanismos alternativos para combatir estas situaciones.

## **2. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA Y SUS EFECTOS**

### **A) Inconstitucionalidad de las leyes y responsabilidad patrimonial del Estado**

En relación a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, a propósito concretamente del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la

Reforma del Sistema de Protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarado inconstitucional por la STC 68/2007, de 27 de marzo, la **STS (contencioso-administrativa) de 17 de abril de 2012**, IL J 614/2012, vuelve a admitir la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes hayan sufrido perjuicio económico como consecuencia de la entrada en vigor de una disposición que posteriormente es objeto de anulación. Planteada la cuestión en relación a un trabajador cuyo contrato de trabajo se extinguió durante el periodo inicial de vigencia del Real Decreto-ley 5/2002 y que, consecuentemente, se vio privado de la posibilidad de cobrar salarios de tramitación, la sentencia admite la responsabilidad patrimonial del Estado diciendo que una cosa es que (pese a los efectos *ex tunc* de las sentencias de anulación de las leyes) no puedan modificarse los actos de aplicación, y otra muy distinta que no deba compensarse el perjuicio irrogado al particular como consecuencia de una actuación de los poderes públicos que produce daño.

Señala la sentencia que sobre la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el menoscabo patrimonial derivado de la aplicación a un proceso laboral por despido del referido RD-ley inconstitucional y nulo ya se ha pronunciado favorablemente el Pleno de esta Sala en sentencia de 2 de junio de 2010, en la que se parte del tenor literal de los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de ellos extrae la conclusión de que, aunque la declaración de inconstitucionalidad deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución, ello no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución.

Del mismo tenor es la **STS (contencioso-administrativa) de 3 de abril de 2012**, IL J 609/2012, o la **STS de 23 de abril de 2012**, IL J 525/2012.

## **B) Nulidad de cláusulas convencionales contrarias a normas superiores**

El sometimiento del convenio colectivo al principio de jerarquía normativa determina que deben declararse nulas aquellas cláusulas de este contrarias a lo que establecen las leyes. Tal es el pronunciamiento que se contiene en la **STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2011**, IL J 697/2012, en relación al convenio colectivo de una empresa de transporte de personas por carretera en el que se atribuía el carácter de tiempo de presencia a determinadas actividades que asumían los conductores de autobuses tales como expedir los billetes de autobús, picarlos y controlar el aforo del vehículo con objeto de evitar polizones. A raíz de una impugnación sindical de la referida cláusula convencional, la sentencia que reseñamos entiende que efectivamente estamos ante un supuesto de vulneración de la legalidad vigente, y concretamente del RD 1561/1995, de jornadas especiales de trabajo, en cuyo art. 8.1 se dice con claridad que «se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga».

La sentencia entiende que el tiempo dedicado por los conductores de los autobuses a expedir los billetes, picarlos y controlar las estancias, entradas y salidas del autobús encajan claramente dentro del concepto de «otros trabajos» o «trabajos auxiliares» a los que se refiere el art. 8.1 del RD 1561/1995, y no en la noción de tiempo de presencia que da esta norma.

La **STSJ de Canarias de 19 de abril de 2012**, IL J 908 2012, declara por su parte nula la disposición de un convenio colectivo que establecía dobles escalas salariales privando de determinados complementos retributivos, principalmente el de productividad, a los trabajadores temporales. La sentencia nos recuerda que el convenio colectivo estatutario, en tanto que verdadera norma jurídica, está sometido no sólo a un deber de no discriminación sino también al principio de igualdad, de modo que sólo puede establecer diferencias de trato que respondan a razones objetivas y justificadas, y siempre cumpliendo las consabidas exigencias de proporcionalidad. Teniendo esto en cuenta, y también los deberes legales de igualdad y no discriminación (art. 17.1 ET y, precisamente en relación a las modalidades contractuales, el art. 15.6), puesto que no hay razón que justifique el no abono del complemento de productividad a los trabajadores temporales, se declara la nulidad de la cláusula convencional.

Dice la sentencia que «el Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente que en los convenios colectivos existe vulneración del principio de igualdad cuando se establece una peor regulación de las retribuciones de los contratados temporales respecto de los fijos sin justificación suficiente como, por ejemplo, que el trabajo en sí mismo es diferente o se realiza en un lugar distinto», de modo que «la temporalidad no justifica ni la exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, ni la determinación en la norma paccionada de condiciones de trabajo diferentes no justificadas por la temporalidad del vínculo, declarándose la nulidad de aquellas cláusulas que establecen una doble escala salarial injustificada». La sentencia entiende que el diferente trato para los trabajadores temporales no queda justificado ni por estar acordado en el convenio, por supuesto, ni por tratarse de trabajadores que no han acreditado su mérito y capacidad, a diferencia de los indefinidos (se trataba de personal laboral de una Administración pública). La sentencia entiende que tales razones no son suficientes, máxime teniendo en cuenta que no sólo se trata de un convenio estatutario sino que el empleador es una Administración Pública, que en el trato con su personal debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3).

### C) Reducción legal de derechos económicos convencionales

A propósito de la posibilidad de introducir por Ley, y más específicamente por Decreto-ley, reglas que limiten o aminoren los derechos económicos reconocidos por convenio colectivo a los trabajadores del sector público, se pronuncia la **STS de 13 de junio de 2012**, IL J 798/2012. Proclama concretamente esta sentencia la licitud de la reducción salarial y de las aportaciones efectuadas por una empresa pública a una Entidad de Previsión Social, por aplicación del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, y de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2010 modificada por la Ley 3/2010, de 24 de junio. Dice la sentencia que las referidas limitaciones, comprensibles en un contexto de crisis como el presente, encajan a la perfección en el concepto de jerarquía normativa,

sin que pueda admitirse que contravienen el derecho a la negociación colectiva, la libertad sindical o el principio de igualdad.

Siguiendo lo dispuesto en la STS de 19 de diciembre de 2011, dice la sentencia que no hay infracción ninguna de los artículos 28.1, 37.1 y 86 de la Constitución puesto que las leyes de limitación de gasto público «no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva, ni la fuerza vinculante de los convenios, aparte que como tiene declarado este Tribunal es el Convenio Colectivo el que debe someterse a las leyes y normas de mayor rango jerárquico y no al revés, porque así lo impone el principio de jerarquía normativa». Del art. 37.1 CE —aclara la sentencia— «no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre)»; así pues —concluye— «los preceptos legales cuestionados no suponen una «afectación» en el sentido constitucional del término del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni contravienen la intangibilidad del convenio colectivo».

### 3. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES

#### A) Vigencia del Reglamento de comedores de empresa

En relación a un supuesto en que los trabajadores reclamaban a la empresa la habilitación de un comedor debido al aislamiento del centro de trabajo y a la falta de disposición de un mínimo de dos horas para hacer efectivo el almuerzo resuelve la **STS de 19 de abril de 2012**, IL J 618/2012, que tal derecho existe y que deriva de la vigencia de dos normas pre-constitucionales, el Decreto de 8-06-1938 y Orden Ministerial de 30-06-1938, por los que se regulan los comedores de empresa. Se trata de normas que deben considerarse vigentes al no apreciarse vulneración de los principios constitucionales y por cuanto no han sido objeto de derogación expresa o tácita por normas infraconstitucionales posteriores.

Dice la sentencia que la normativa cuestionada, dejando aparte su ideología, terminología y alguno de los principios en los que afirma inspirarse, propios de otras épocas e incompatibles con la normativa constitucional, pretende que el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad y remediar la falta de atención que en ocasiones se dispensa a los trabajadores, resaltando que «así sucede en la forma frecuente que efectúan sus comidas los trabajadores, sentados en las aceras de las calles o alrededores de fábricas o talleres, expuestos a las inclemencias del tiempo y sin que los presida el decoro o sentido de orden que todos los actos de la vida han de tener», algo que debe evitarse mediante la exigencia de habilitar en determinado tipo de centros un local-comedor.

Según la sentencia, la normativa de comedores de empresa debe entenderse vigente por no constituir propiamente una reglamentación sectorial de condiciones de trabajo, de modo que no puede entenderse decaída y sustituida por la negociación colectiva posterior, y también por no haber sido derogada ni expresa ni tácitamente por ninguna ley o reglamento laboral. Antes al contrario, las normas que han ido apareciendo posteriormente han avalado la vieja regulación de comedores de empresa. Entre ellas cabe citar la Ordenanza General

de Seguridad e Higiene en el trabajo (Orden de 9 de marzo de 1971) que concretó la obligación de instalar comedores en determinadas circunstancias para determinados trabajos al aire libre (en especial, arts. 45 y 47); o posteriormente, en la normativa postconstitucional, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en especial, arts. 1 y 6 y disposición derogatoria única) en relación con su desarrollo efectuado a través del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; sin olvidar que «España ha ratificado diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que guardan relación con la seguridad y la salud en los lugares de trabajo y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y que apuntarían en la misma dirección de imponer a la empresa la habilitación de comedores en determinadas circunstancias, tales como el Convenio número 155 de la OIT, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985, y en particular, el Convenio número 148 de la OIT, relativo al medio ambiente de trabajo, de 20 de junio de 1977, ratificado por nuestro país el 24 de noviembre de 1980»; y sin contar que en el ámbito de la Unión Europea se han fijado, mediante las correspondientes Directivas, criterios de carácter general sobre las acciones en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo que también conducen hacia la dotación de comedores de empresa.

## **B) Régimen aplicable a los despidos entre reformas**

Sobre la aplicación de las normas laborales en el tiempo se pronuncia la **STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2012**, IL J 828/2012. Se aborda en esta sentencia el problema de un despido efectuado antes de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (antes concretamente del RD-ley 3/2012), declarado procedente en la instancia, pero que es calificado como improcedente tras el correspondiente recurso de suplicación (por entenderse que no se han cumplido los requisitos de forma, al no especificarse o detallarse adecuadamente los hechos que se imputaban al trabajador). La cuestión no se plantea en relación a la cuantía de la indemnización de despido improcedente, puesto que a tal efecto las normas de reforma laboral de 2012 contienen como es sabido una disposición transitoria que ofrece una solución clara, sino en relación a si el trabajador tiene derecho o no a percibir los salarios de tramitación.

De acuerdo con la normativa previa a la reforma laboral de 2012 —vigente en el momento del acto de despido— el trabajador tendría derecho a los referidos salarios (salvo reconocimiento de improcedencia y consignación de la indemnización de despido, como es sabido). Sin embargo, en la nueva regulación del despido que introduce el RD-ley 3/2012 los salarios de tramitación desaparecen cuando el empresario opte por indemnizar al trabajador y no readmitirlo. Se plantea por tanto la cuestión de qué regla aplicar, la vigente en el momento del despido (con confiere al trabajador el derecho a los salarios de tramitación) o la vigente al momento en que el mismo es declarado improcedente (que priva de tales salarios al trabajador). La sentencia que reseñamos entiende que la norma aplicable ha de ser la anterior, puesto que a falta de previsión específica de transitoriedad en la norma posterior, debe aplicarse la regla general del Código Civil (art. 2.3) según la cual las normas no tendrán efecto retroactivo salvo que se hubiera dispuesto otra cosa. Añade la sentencia que «el sometimiento del despido aquí examinado a la normativa previa, concuerda (además)

con las previsiones contenidas en las disposición transitoria segunda del Código Civil, que reconoce el sometimiento de los efectos de los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, a esta última. Habrá que atender por ende al momento de producirse el hecho causante, que no es otro que el despido de la trabajadora, para entender que este último se rige por la legislación sustantiva anterior, por producirse con anterioridad al 12 de febrero de 2012, y, por ende, operar el reconocimiento de los salarios de trámite».

Se pronuncia en el mismo sentido la **STSJ de Galicia de 23 de abril de 2012**, IL J 993/2012, que en un supuesto idéntico de despido anterior al RD-ley 3/2012, pero resuelto en suplicación una vez entrada en vigor esta norma, resuelve que el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación al resultar de aplicación la normativa de despido en su redacción anterior al RD-Ley 3/2012, «toda vez que la extinción del vínculo laboral por despido se produjo antes de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 de 10 de febrero y que no es de aplicación en la modificación que contiene del art. 56 del ET». A falta de disposición transitoria sobre el particular, dice la sentencia que «debe entenderse aplicable la Disposición Transitoria segunda del CC (*tempus regit actum*), que establece que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron, reforzada por el mandato del 9.3 CE que impide la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, como es el caso del mencionado RD-ley 3/2012», que «suprime» los «salarios de tramitación» en perjuicio del trabajador.

### C) Principio de especialidad normativa

En el caso de un trabajador que prestaba servicios como laboral indefinido en una Administración Pública, y que fue sorprendido sustrayendo importantes cantidades de comida del almacén del comedor en que trabajaba como cocinero, nos recuerda la **STSJ de Canarias de 13 de diciembre de 2012**, IL J 686/2012, que el régimen disciplinario que ha de aplicarse primariamente no es el del Estatuto de los Trabajadores sino el del Estatuto Básico del Empleado Público: arts. 93 a 98. Ello determina la aplicación de reglas distintas en aspectos tales como plazos de prescripción de las facultades sancionadoras, tipificación de conductas sancionables, procedimiento sancionador o efectos de las sanciones, aunque es verdad que el Estatuto de los Trabajadores se declara aplicable por vía supletoria. Por ello, en la eventualidad de que la conducta del trabajador pudiera no ser sancionable con el despido conforme a la tipificación laboral de las faltas, sí podría serlo en el marco del EBEP.

Siguiendo una ya larga serie de sentencias, el principio de especialidad normativa se aplica también en la **STS de 21 de mayo de 2012**, IL J 787/2012, en la que se plantea si los cambios de jornada —y salario— que los centros públicos de enseñanza imponen a los profesores de religión católica al inicio de cada curso escolar constituyen modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y por tanto deben tramitarse conforme a las reglas del art. 41 ET, o si por el contrario no debe aplicarse esta norma por estar permitidos tales cambios en la regulación especial de este tipo de contratos. La respuesta de la sentencia es que no estamos ante modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a las que deba aplicarse el art. 41 ET, pues existe una regulación especial para las eventualidades de reducción o ajuste de jornada y salario de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza que ha de aplicarse preferentemente. Dice la sentencia que la relación laboral de los profesores de religión católica, sin alcanzar a constituir una rela-

ción especial a los efectos del artículo 2.1 del ET, se configura de un modo objetivamente especial que hace que no sólo hayan de tenerse en cuenta las reglas generales del ET sino también otras normas que, en determinados extremos, tienen un contenido diferente. Así, partiendo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, las Administraciones competentes están capacitadas para determinar la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro al inicio del curso escolar, lo que supone que la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el art. 41 del ET, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida, que, como se desprende de la mencionada Disposición Adicional de la Ley Orgánica y del art. 4.2 del RD 696/07, es de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntaria para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se pueda producir por razón de la propia planificación educativa. No estamos por tanto ante una modificación sustancial del art. 41 ET, pues el contrato se regula en estos casos por una «norma especial», el RD 696/2007, de 1 de junio, cuyo artículo 4.2 permite a la Administración realizar los cambios de jornada que anualmente requieran las necesidades del servicio.

También dando aplicación al principio de especialidad o especificidad normativa, la **STSJ de Asturias de 25 de mayo de 2012**, IL J 1016/2012, resuelve que la decisión de la empresa de compensar o absorber determinado complemento salarial es lícita por cuanto no puede pretenderse que esté implicado un cambio unilateral del sistema de remuneración que obligue a la empresa a acudir a la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Dice la sentencia que «aunque el art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores incluye entre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo la que afecta al sistema de remuneración, condicionando su establecimiento por el empresario a la observancia de los requisitos de forma establecidos en el indicado precepto, la absorción y compensación de las retribuciones abonadas con las establecidas en el convenio colectivo constituye un supuesto con una normativa particular que la excluye del régimen general del art. 41 ET».

Debe tenerse en cuenta, según la sentencia, que el convenio de aplicación (el Convenio Colectivo del metal del Principado de Asturias) «aisla estos supuestos de absorción y compensación permitiendo la aplicación de estos mecanismos por la empresa al margen de los requisitos exigidos en el Estatuto de los Trabajadores para la modificación sustancial de condiciones de trabajo», argumento al que se une «el mandato del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores al establecer 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». De esta manera, «la presencia de un régimen normativo específico, legal y convencional, impide comprender el supuesto en el ámbito de aplicación del citado art. 41 ET, no porque sea menos importante, que no lo es, sino porque tanto el legislador como los negociadores del convenio han dispuesto que así sea». Consiguientemente, «el beneficio que para los trabajadores ha supuesto la inaplicación hasta aquella fecha por la demandada de la absorción y compensación salarial, o incluso el debate sobre sí la prima de producción es o no absorbible y compensable, deja inalterado el aspecto fundamental de la cuestión litigiosa,

que es que la empresa acomodó su actuación por un cauce específico que ofrecían tanto el Convenio Colectivo como lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores».

#### 4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

##### A) Concurrencia y articulación de convenios colectivos

Existente un convenio de sector de ámbito autonómico, las reglas que el mismo establece no quedan desplazadas por un Acuerdo Marco de ámbito estatal referido al ámbito sectorial de aquel primer convenio incluso cuando el convenio autonómico esté en situación de «ultraactividad». Así lo establece la **STS de 24 de abril de 2012, IL J 584/2012**, que viene a decir que, conforme a las reglas legales de articulación de convenios, el convenio anterior dispone completamente de las condiciones de su vigencia en el ordenamiento, pudiendo bloquear o dotar de «impermeabilidad» a la unidad de negociación y establecer las condiciones y términos en que podrá regir un convenio posterior de ámbito estatal. Aunque no se trata de una situación similar, debe tenerse en cuenta que la preferencia del convenio de sector de ámbito autonómico sobre las regulaciones sectoriales de ámbito nacional aparece hoy recogida en el vigente art. 84.3 ET, que dice que «salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación».

La **STS de 20 de junio de 2012, IL J 948/2012**, aborda la cuestión del convenio que ha de aplicarse en el ámbito de una unidad de negociación sectorial de ámbito regional cuyo convenio ha vencido y ha sido denunciado y en la que las negociaciones para el nuevo convenio han fracasado. Trata de resolver si el convenio de sector de ámbito estatal, que por exigencia de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores entra en funcionamiento en la unidad de negociación de referencia como consecuencia del fracaso de la negociación del convenio de ámbito regional, debe producir efectos desde la finalización de la vigencia del convenio regional, o bien desde la fecha posterior de la ruptura de las negociaciones. La sentencia entiende que ésta última ha de ser la fecha a partir de la cual comienza a producir efectos el convenio estatal en el ámbito del conflicto, pues la «ultraactividad» no pierde su eficacia y virtualidad de manera retroactiva haciendo resurgir retroactivamente el convenio estatal, sino que se mantiene hasta ese momento. La sentencia precisa que si bien es verdad que en el marco de esta solución una actitud obstruccionista de dilatación de las negociaciones de cualquiera de las partes podría conducir de modo torticero a limitar la retroactividad del nuevo convenio aplicable, lo cierto es que en el caso no se ha probado la existencia de este tipo de conducta. La sentencia entiende por todo ello que la solución postulada es la que mejor se acomoda a la regulación legal de la ultraactividad del art. 86.3 ET vigente en el momento de los hechos, que es antes de la Reforma Laboral llevada a cabo por el RD-ley 3/2012.

Sobre una de las cuestiones que pueden suscitar las nuevas reglas de concurrencia y articulación de convenios posteriores a la reforma laboral de 2012 se pronuncia la **SAN de 10 de septiembre de 2012, IL J 950/2012**. Se trata en este caso de decidir el carácter

retroactivo o no, y en su caso su alcance, de la nueva regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio de sector que incorpora el art. 84.2 ET. En un supuesto en el que la aplicación de la referida preferencia del convenio de empresa ponía en cuestión determinadas cláusulas del V Convenio Colectivo General de derivados del cemento, la sentencia resuelve que el principio de jerarquía normativa determina que una vez entrado en vigor el RD-ley 3/2012 (el 12 de febrero de 2012) los convenios colectivos han de ajustarse a las nuevas reglas con independencia de que existieran o no en ese momento, es decir, que todos los convenios vigentes en esa fecha quedarán vinculados por el marco expresamente indisponible fijado en el art. 84.2 ET, y no sólo los suscritos tras la entrada en vigor del RD-ley.

Claro que la afectación de los convenios vigentes con anterioridad por las nuevas reglas de articulación convencional sólo puede operar *pro futuro*, no retroactivamente. Sucede así porque el referido principio de jerarquía normativa debe conjugarse con el principio de irretroactividad, que opera con carácter general salvo que la ley hubiera dispuesto otra cosa (art. 2.3 CC). De acuerdo con ello, la sentencia entiende que las nuevas reglas deben aplicarse sólo a los efectos de los convenios que nazcan y se ejecuten después de estar vigente la nueva norma. La aplicación de estas conclusiones al caso concreto lleva a la sentencia a afirmar que, con independencia de la fecha de suscripción del V Convenio Colectivo General de derivados del cemento, la nueva redacción del art. 84.2 ET (prioridad del convenio de empresa sobre el de sector en determinadas materias) afecta al referido convenio pero sólo respecto de los efectos desplegados a partir de la entrada en vigor del RD-ley 3/2012 (12-II-2012).

## **B) Convenio aplicable en sucesiones de empresa**

Del convenio que ha de aplicarse en supuestos de transmisiones de empresas se ocupa la **STS de 24 de abril de 2012, IL J 771/2012**. Trata esta sentencia de un trabajador fijo discontinuo que prestaba servicios en el Instituto Madrileño de Deportes y que al amparo del convenio de dicho instituto tenía reconocido un periodo de actividad anual de seis meses. Declarado extinguido el referido instituto por el Ayuntamiento de Madrid, del que dependía, y subrogado éste en los contratos de los trabajadores, se suscita la cuestión de si se ha perdido el derecho a trabajador durante seis meses al año tras la entrada en vigor del nuevo Convenio Colectivo Único del Ayuntamiento de Madrid en el año 2006. La sentencia entiende que si es cierto que el convenio de la empresa de origen se mantiene inicialmente tras la transmisión, como ha sucedido de hecho en el caso, la aprobación de un nuevo convenio en la empresa adquirente determina el fin de efectos del convenio de origen, que solamente se mantendrán en los términos y las condiciones en que así lo quiera el nuevo convenio. La sentencia viene a aplicar una regla similar a la contenida en el art. 44.4 del ET, que si no se invoca es seguramente por tratarse de una subrogación no legal, sino asumida voluntaria o convencionalmente por el Ayuntamiento de Madrid.

## **C) Aplicación del convenio según su ámbito funcional y territorial**

Nos recuerda la **SAN de 30 de mayo de 2012, IL J 764/2012**, que el criterio que debe seguirse para determinar el convenio sectorial aplicable a una empresa en la que se desarro-

llan actividades diversas es el de «la actividad real preponderante». En un caso en que los representantes sindicales de los trabajadores reclamaban por conflicto colectivo la aplicación del Acuerdo Estatal del Sector del Metal a los trabajadores del centro de trabajo de una empresa de fabricación y distribución de productos de hierro y acero para parques eólicos y autogeneradores en el que se desempeñaban las tareas de ingeniería y servicio técnico, resuelve la sentencia que tal es precisamente la regulación convencional de ha de aplicarse, pues así lo impone la actividad preponderante de la empresa. De igual tenor es la **SAN de 28 de mayo de 2012**, IL J 767/2012.

Trata la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2012**, IL J 848/2012, de los trabajadores de una empresa de limpieza que en virtud de una contrata venían prestando servicios en una empresa de venta y distribución comercial y que, tras la finalización de la contrata, no son asumidos por la empresa que a partir de este momento pasa a prestar aquellos servicios con sus propios trabajadores. Importa recordar que en las sucesiones de contratas de limpieza no resulta de aplicación con carácter general el art. 44 ET, de modo que la subrogación del nuevo empresario en los contratos del empresario saliente con los trabajadores solo se produce cuando así lo impone el empresario principal en las condiciones de la contrata o bien cuando lo disponga el convenio de sector. Esto último era precisamente lo que sucedía en el presente caso, en el que el efecto subrogatorio aparecía en el CC de empresas de limpieza de edificios y locales de Barcelona.

El problema se suscita porque la nueva empresa que había ganado la contrata de limpieza era un «Centro Especial de Empleo», al que resultaba de aplicación un convenio colectivo distinto —el XIII CC General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad— en el que no sólo no se recogía obviamente carga subrogatoria ninguna por asumir contratas en el sector de limpieza de edificios y locales, sino que se excluía la aplicación de la regla subrogatoria de los convenios de sector aplicables a la actividad desempeñada, razón por la que la empresa que entraba en la contrata —el centro especial de empleo— no quiso hacerse cargo de quienes limpiaban en las dependencias de la empresa cliente o principal.

La cuestión es entonces si la empresa cesionaria —el «Centro Especial de Empleo»— debe hacerse cargo de los trabajadores, entendiendo que el Convenio provincial de limpieza de edificios y locales —y el efecto subrogatorio que se dispone— le resulta de aplicación, o bien si el referido Centro Especial de Empleo, por sus características singulares como empleador, y por serle de aplicación un convenio colectivo distinto que establece otra regla, se libra de la referida carga o efecto subrogatorio.

La sentencia resuelve que el Centro Especial de Empleo no se subroga en la posición de la empresa de limpieza saliente y que por lo tanto no debe asumir a los trabajadores que prestaban servicios en la empresa cliente, y ello por cuanto en el XIII Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad —en su art. 3, ámbito funcional, en relación con el art. 2, ámbito territorial— «nos lleva a concluir —dice la sentencia— que su aplicación a la empresa que entra en la contrata, el centro especial de empleo, excluye la aplicación de los convenios sectoriales, lo que además se corrobora por el dictado del art. 4, final». Por lo tanto, «si la empresa Contratación e Integración Laboral SL (el centro especial de empleo) tiene como objeto la integración social y laboral de personas con discapacidad y constituye un centro especial de empleo —dice la senten-

cia—, debe ser incluida en el ámbito funcional del art. 3 del Convenio nacional citado y, de conformidad con el art. 2, no le es aplicable otro convenio de sector, ni tampoco a sus trabajadores, a tenor del art. 4. No se aplica, por tanto, el Convenio de limpieza (...) ni como consecuencia procede la subrogación que se pretende por la recurrente».

La solución, muy loable sin duda desde el punto de vista de la protección de los intereses de los trabajadores discapacitados y los centros especiales de empleo, puede producir un daño importante a los trabajadores de empresas subcontratistas de empresas de limpieza, que tendrán razones para albergar el temor de que el nuevo adjudicatario de la contrata sea un centro especial de empleo, pues ello neutralizará el efecto subrogatorio previsto en su convenio (el de limpieza). La preferencia que la sentencia reseñada parece conceder sin más al convenio de centros especiales de empleo sobre el convenio de limpieza tampoco parece del todo clara en el contexto de la regla general —sin duda aplicable en este caso— de prohibición de concurrencia de convenios colectivos del art. 84.1 ET.

La **STS de 13 de junio de 2012**, IL J 897/2012, se ocupa por su parte de determinar cuál es el convenio colectivo aplicable a la empleada de una cadena hotelera que presta servicios en un centro de trabajo distinto del de la sede de la sociedad titular de la empresa. La trabajadora, que presta servicios de «técnico de calidad», lo hace habitualmente en un establecimiento hotelero («Hotel El Coloso») situado en la ciudad de Madrid, localizándose la «sede social» de la empresa («Hoteles Turísticos Unidos, S.A.») en la ciudad de Barcelona. Con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por su propia voluntad pidió a la empresa el abono de determinada cantidad por conceptos retributivos fijados en el convenio colectivo del «sector del hospedaje de Madrid», solicitud que fue rechazada por la empresa con el argumento de que la disposición convencional aplicable es la de la «industria de hostelería y turismo de Cataluña», con arreglo a la cual no correspondía el pago de tal cantidad.

Puesto que los convenios no son concurrentes, dado que siendo del mismo sector operan en ámbitos territoriales diferentes, la sentencia entiende que ha de darse aplicación al convenio correspondiente al lugar donde está radicado el centro de trabajo en se prestan los servicios (*lex loci laboris*), por ser tal precisamente la voluntad de los convenios de referencia, que se dicen respectivamente aplicables a los centros de trabajo localizados dentro de su ámbito de geográfico, sin que pueda invocarse en este caso a un pretendido «principio de unidad de empresa» que produciría la aplicación del mismo convenio, supuestamente el del lugar de su sede principal, a todos los trabajadores de la misma, con independencia del lugar en que estuvieran prestando sus servicios.

Dice la sentencia que un pronunciamiento reciente de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada el 24 de febrero de 2011, ha abordado una cuestión litigiosa muy semejante a la del presente asunto, concerniente al ámbito de aplicación territorial de sendos convenios colectivos del sector de transporte por carretera. Los argumentos de esta sentencia para sostener la razonabilidad y objetividad de la conexión «centro de trabajo» con preferencia a la conexión «sede social» de la empresa son perfectamente trasladables a nuestro caso, pudiéndose resumir así: 1) no puede dejarse «al arbitrio del empresario la decisión última de crear artificialmente o reconocer la existencia de un centro de trabajo»; 2) la nota decisiva en el concepto legal de centro de trabajo del artículo 1.5 ET es «la existencia de una unidad técnica de producción que, dentro del conjunto de la actividad de la

empresa, sirva a la ejecución práctica de ésta»; y 3) con independencia de que «la empresa planifique desde su sede central la actividad del conjunto», el centro de trabajo como «unidad simple» donde se desarrolla la actividad de trabajo por parte de los trabajadores puede desplazar al domicilio social de la empresa como criterio de aplicación de convenios colectivos, cuando así se ha establecido en las propias disposiciones convencionales, como sucedía en este caso.

A mayor abundamiento, prosigue la sentencia, «debe señalarse que la conexión o criterio *lex loci laboris* es en principio preferible a la conexión o criterio “sede social” o “domicilio de la empresa”, teniendo en cuenta que las “condiciones salariales” habrán de amoldarse, presumiblemente, más a las circunstancias sociales y económicas (coste de la vida, entorno de trabajo, etcétera) del lugar donde se prestan los servicios que a las del lugar donde el empresario individual o social está domiciliado».

## 5. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

Trata la **STS de 11 de julio de 2012**, IL J 952/2012, del convenio colectivo extraestatutario, concretamente del alcance limitado de su capacidad como vía o fórmula alternativa de regulación de condiciones de trabajo en competencia con la negociación colectiva de carácter estatutario. Comienza señalando la sentencia que un régimen de adhesión individual al convenio extraestatutario como el ofrecido en el caso cuestionado (se trataba del Convenio Colectivo de Residencias para las Personas Mayores de Guipuzcoa 2009-2012) vulnera el derecho de negociación colectiva e incluso la libertad sindical en la medida en la que la referida adhesión individual queda claramente mediatizada y condicionado por la intervención del sindicato que ha promovido el acuerdo extraestatutario.

Dice la sentencia que el establecimiento de una «regla general» de «adhesión mediatizada o condicionada por la intervención de una de las centrales sindicales firmantes del convenio» debe considerarse atentatoria a la libertad sindical en tanto que «está fijando condiciones al derecho individual de adhesión que se traducen en un tratamiento desigual de los sindicatos no firmantes del convenio en cuanto que obligan a los trabajadores no afiliados a ningún sindicato así como a los afiliados a sindicatos que no suscribieron dicho convenio a someterse a un condicionante que, aunque no exige la afiliación, sí que lleva consigo una apariencia de relación con dicho sindicato que no se corresponde con las exigencias de libertad de asociación negativa de los trabajadores no afiliados ni con las exigencias de trato igual que tienen garantizados todos los sindicatos y que se hallan implícitas en el derecho de libertad sindical».

«El hecho —prosigue la sentencia— de que con la letra pequeña se admita una adhesión libre y condicionada permitiría defender la bondad de aquel clausulado, pero de lo previsto en el mismo se desprende que la voluntad de los firmantes era condicionar la adhesión a la sumisión a un procedimiento que por lo dicho es claramente antisindical, por cuanto, aun siendo cierto que la adhesión no venía vinculada a la previa afiliación a ninguno de los sindicatos firmantes del convenio, sí que se preveía que se llevara a cabo como regla general mediante la previa solicitud dirigida a uno de los que sí que habían suscrito el convenio y ello merece ser calificado de antisindical por condicionar el ejercicio, en general de actividades sindicales» como tiene previsto el art. 12 de la Ley Orgánica de

Libertad Sindical, en cuanto lleva implícita una «injerencia de los sindicatos firmantes del Convenio en la libertad de los trabajadores para adherirse o no, y de los sindicatos a los que puedan estar estos afiliados en cuanto que quedan en peor situación que aquéllos frente a lo que suponga la mejoría que deriva de la adhesión». En este sentido «es conveniente recordar que aunque la adhesión individualizada por parte de los trabajadores no afiliados a los sindicatos firmantes de un convenio de esta naturaleza siempre ha sido aceptada por esta Sala y por el TC, incluso aunque fuera hecha la adhesión a solicitud del empresario, sin embargo en todo caso se ha partido de la plena libertad de cada trabajador para tomar con toda libertad esa decisión sin injerencia condicionada por parte de terceros».

Por otra parte, la sentencia señala que el convenio extraestatutario incurre también en irregularidad por incorporar contenidos de regulación general con potencialidad normativa que quedan fuera del alcance de los acuerdos de eficacia limitada. Por ello, declara nulas las cláusulas del convenio en las que se establecen medidas de descuelgue salarial o en las que se disponen reglas de subrogación, así como también de aquellas previsiones en las que se disponen cláusulas de paz de alcance general.

La **SAN de 11 de julio de 2012**, IL J 959/2012, señala por su parte que un acuerdo de empresa no puede pretender formar parte del contenido normativo del convenio estatutario al que complementa, pues «se trata de un acuerdo subsidiario a convenio colectivo que tiene eficacia personal general porque se suscribió por la mayoría de los representantes de los trabajadores, pero carece de eficacia normativa, como viene sosteniéndose de modo reiterado y pacífico por la jurisprudencia». Consecuentemente, «si los acuerdos subsidiarios a convenio colectivo, como sucede en el supuesto debatido, no son convenios estatutarios, puesto que no cumplen todas las exigencias del Título III del Estatuto de los Trabajadores, no les es aplicable el régimen de ultraactividad».

## 6. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN DE SALARIOS

No es posible, según la **STS de 19 de abril de 2012**, IL J 620/2012, la compensación o absorción entre partidas o magnitudes retributivas de diferente naturaleza o que responden a causas distintas. En el caso concretamente de unos trabajadores que disfrutaban de un «complemento personal convenido», que habían obtenido mediante pactos individuales con la empresa, y del que no se cuestiona el carácter de «condición más beneficiosa», dice la sentencia que el referido complemento, singularísimo y especial, no puede ser objeto de compensación y absorción con la subida de otros complementos salariales *ex* convenio colectivo en materia de antigüedad y de ascenso de categoría.

Partiendo en efecto de la caracterización del «complemento personal convenido» como una obligación salarial adquirida por el empresario en virtud de un pacto individual con cada uno de los trabajadores que tiene el carácter de verdadera condición más beneficiosa y que se adiciona al salario base y a los complementos salariales que el empresario está obligado a abonar por disposición expresa del Convenio Colectivo debido a específicas causas, la compensación y la absorción no son posibles debido a la falta de homogeneidad de los conceptos retributivos comparables, máxime cuando el mismo convenio se aplica proclama en su art. 8 «que se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a fecha de la firma de este Convenio».

Sobre absorción y compensación de salarios se pronuncia también la **STS de 12 de junio de 2012**, IL J 886/2012. En relación a un caso en el que por sentencia de conflicto colectivo se había determinado la aplicación de un convenio distinto al que había venido afectando al trabajador hasta entonces, resuelve la sentencia que si las estructuras de retribución de los convenios concernidos son diferentes de modo que el segundo no reconoce un concepto retributivo que aparecía en el primero, pero la retribución total del trabajador resulta superior en el segundo, debe aplicarse la absorción y compensación, no teniendo el trabajador derecho a mantener el complemento que aparecía en el primer convenio aplicable.

Nos recuerda la sentencia que las figuras de la compensación y absorción «tienen por objetivo evitar la superposición de las mejoras salariales que tengan origen en diversas fuentes reguladoras» y que «juegan cuando se establece un cuadro nuevo de retribuciones», así como que en general operan «salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por su propia naturaleza por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula», razón por la que «se ha erigido en requisito básico para efectuar la compensación y absorción el de la homogeneidad entre las retribuciones», aunque lo cierto es que «la solución concreta a los supuestos en que se suscite la cuestión debe ajustarse casuísticamente a cada situación de hecho y no siempre es fácil extraer una doctrina universal, porque debe atenderse a las peculiaridades de cada caso». En el presente «se da la circunstancia de que se ha procedido a la adecuación y aplicación de un nuevo convenio colectivo cuya estructura salarial difiere del anteriormente aplicable y, no obstante, se supera con ella el salario anterior, pretendiéndose que se mantenga uno de los elementos integrantes de aquella estructura salarial, de modo que venga a sumarse a los que configuran ahora la retribución acorde con la norma convencional». Según la sentencia «no hay duda de que ello implicaría la alteración del equilibrio de esa estructura bajo la excusa de la norma más favorable, pues dicha norma más favorable no se puede construir sobre la base de desmembrar el todo configurado por los conceptos salariales regulares y sumar los importes de todos ellos aunque provengan de dos regulaciones distintas, pues de ser así, se produciría la alteración del equilibrio interno del mismo», toda vez que «la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia, como ha dicho la STS de 27 de junio de 2011».

## 7. AUTONOMÍA PRIVADA Y RELACIONES DE TRABAJO

### A) Autonomía de la voluntad y aplicación de las normas sociales

Trata la **STS de 17 de enero de 2012**, IL J 583/2012, del régimen transitorio de entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio) en relación a la nueva figura, completamente inédita con anterioridad, del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). La cuestión planteada se refiere concretamente al caso de quienes eran autónomos con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma y que en el marco de la nueva regulación, por las condiciones en que han venido y continúan prestando sus servicios, reúnen de hecho las condiciones para ser considerados trabajadores autónomos económicamente dependientes. Se trata de una situación interesante desde el punto de vista de la teoría de las fuentes por el rol que la norma atribuye a la autonomía de la volun-

ta para incidir en la cuestión de transición de normas que se suscita. Y es que la norma deja en manos del propio interesado la posibilidad de transformar su relación de servicios con su cliente como trabajador autónomo económicamente dependiente.

Siempre que se cumplan los requisitos y condiciones objetivos que definen la situación de un TRADE (art. 11 Ley 20/2007), la posibilidad de que pueda llegar a serlo quien materialmente tenía esa condición antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2007 se hace depender por el legislador de una manifestación de voluntad individual del interesado en este sentido. La Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 20/2007 dice en efecto que el TRADE deberá comunicar su condición al cliente principal (aquel con el que concentra el 75 por 100 de la cifra de su negocio, que es lo que lo cualifica como TRADE) en el plazo de tres meses desde la aprobación de los reglamentos que se dicten en desarrollo de la Ley 20/2007. Y lo más importante de todo es que en defecto de tal comunicación el trabajador quedará privado —al menos temporalmente, hasta que transcurran los plazos máximos establecidos— de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, lo que convierte un acto de voluntad del interesado —el destinatario de la norma en cuestión— en un elemento clave para la definición del régimen jurídico que ha de aplicársele finalmente.

Según la STS de 17 de enero de 2012, que reseñamos, el contrato no pasa automáticamente a regirse por la Ley 20/2007 tras la entrada en vigor de esta norma pues se requiere «la adaptación de su régimen» y la comunicación en plazo por el interesado al cliente de su naturaleza de trabajo autónomo dependiente, de modo que no dándose estas condiciones el contrato sigue rigiéndose por la normativa anterior y no puede ser objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción social.

En un caso similar de transportistas autónomos económicamente dependientes se pronuncia igualmente la **STS de 4 de abril de 2012**, IL J 610/2012, y también la **STS de 19 de abril de 2012**, IL J 397/2011.

De acuerdo con la **SAN de 25 de junio de 2012**, IL J 867/2012, no es posible que una empresa que ha iniciado un Expediente de regulación de Empleo desista en el curso del mismo una vez que entra en vigor el RD-ley 3/2012 con el objeto de replantear la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el marco de una nueva regulación en la que desaparece el requisito de la autorización administrativa. Aunque es verdad que el empresario no ha incumplido ninguna norma, la sentencia entiende que incurre en fraude de ley, asumiendo que el *animus fraudandi* se desprende claramente de las características objetivas de la conducta del empresario. La sentencia declara en consecuencia nulo el despido colectivo, viniendo a decir que la voluntad del destinatario de una norma imperativa no puede jugar con la aplicación de tal norma, y menos hacerlo en fraude de ley, vulnerando no ya la letra sino el espíritu de la misma.

Dice concretamente la sentencia que la actuación de la empresa «debe considerarse fraudulenta, conforme a lo dispuesto en el art. 6.4 CC, puesto que acredita una manifiesta voluntad de sustraerse del procedimiento legal, para beneficiarse de un procedimiento más flexible que el precedente, que exigía autorización administrativa del despido colectivo, mientras que la nueva regulación deja en manos del empresario la decisión de extinguir colectivamente puestos de trabajo, lo que equivale a cambiar de arbitro y también de reglas del juego en pleno partido, apartándose frontalmente del procedimiento exigido por la ley».

Cuestión distinta sería «si la empresa hubiera alegado y probado la concurrencia de hechos o causas nuevas, que justificaran razonablemente apartarse del procedimiento previo, para promover uno nuevo con fundamentos fácticos o jurídicos diferenciados». Pero, «no habiéndose hecho así, puesto que se probó que el segundo despido colectivo reproducía el primero sin la más mínima matización, declaramos que el despido se produjo en fraude de ley, por lo que declaramos la nulidad del despido colectivo».

Que la aplicación de las normas de protección de trabajadores, normas dotadas *a fortiori* de contenidos imperativos, no puede quedar al albur de los contratantes a que las mismas se destinan, es un principio al que se da aplicación en la **STS de 12 de junio de 2012**, IL J 885/2012, que resuelve que el concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) se construye en la Ley 20/2007 sobre «bases materiales» (de acuerdo con los criterios del art. 11), por lo que de la falta de formalización del contrato no puede derivarse que no estamos ante un verdadero TRADE. La exigencia de forma escrita que impone la ley no es constitutiva, sino meramente declarativa, por lo que su ausencia —expresión de una opción que corresponde a la autonomía de la voluntad— no determina la inexistencia de trabajo autónomo económicamente dependiente ni en consecuencia la incompetencia de la jurisdicción social.

Dice la sentencia que «hay que aceptar esa prioridad de la calificación material y descartar el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, pese a que el art. 12.1 LETA establece que el contrato del trabajador autónomo dependiente «deberá formalizarse por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente». No se olvide que la ley quiere responder a la necesidad de dar «cobertura legal» —es decir, una protección mínima de los derechos sociales— al trabajador autónomo dependiente, «finalidad que se frustraría si con la mera omisión de la firma de un contrato escrito se pudieran eludir las garantías que la ley establece para el trabajador económicamente dependiente».

## B) Valor liberatorio del finiquito

Sobre la posibilidad de que el contrato pueda extinguirse con base en la voluntad del trabajador, y que ésta pueda determinar simultáneamente la liquidación y saldo de todas las deudas pendientes de pago, se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2012**, IL J 800/2012. En el caso del despido económico de un trabajador en cuya comunicación escrita no quedaron adecuadamente consignadas las razones de la extinción, pero donde ha quedado acreditado que eran efectivamente conocidas por él, y en el que el mismo trabajador había mostrado su aquiescencia sobre la forma de reconducir la situación, asumiendo claramente la extinción de su puesto de trabajo, con el cobro las indemnizaciones correspondientes, resuelve la sentencia que el trabajador está vinculado por el acuerdo al que llegó con la empresa de proceder a la extinción por despido objetivo.

La sentencia nos recuerda que el Tribunal Supremo ha venido a declarar que «es posible que un documento de finiquito contenga válidamente una renuncia a accionar siempre que se cumplan dos requisitos: que dicha renuncia no se efectúe en términos genéricos sino en relación con el preciso contenido de los derechos a que el finiquito se refiere; y que dicho finiquito exprese una declaración de voluntad inequívoca en relación con la acción concreta a la que se renuncia, carente de vicios del consentimiento y plasmación de

un negocio transaccional en los términos antes expuestos». La prohibición de renuncia de derechos «no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales», pues el correcto entendimiento de las limitaciones que establecen el ET y la LGSS exige tener en cuenta las condiciones que derivan de la recepción en el ámbito laboral de la transacción como medio de poner fin a las controversias laborales. En el contexto de la función de prevención de conflictos propia de la transacción, los actos de disposición en materia laboral son lícitos si se da cumplimiento a las cautelas necesarias, como muestra el art. 84.1 LPL, a tenor del cual «si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo».

Desde esta perspectiva «parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen de los cauces institucionales de conciliación; pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (artículo 1809 CC) en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático». Por otra parte el objeto de la transacción debe estar suficientemente precisado, como exige el artículo 1815 CC sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprendan derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia (art. 1815.2 CC).

Debe tenerse en cuenta en todo caso que los finiquitos, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio —deducible en principio de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante—, vienen sometidos como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial, control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo —mutuo acuerdo, o, en su caso, transacción— en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de voluntad, ya por falta de objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros». Como en el presente caso el trabajador llegó a un acuerdo con la empresa en cuanto a la decisión extintiva de sus contratos y la forma de pago de sus indemnizaciones cumpliendo las referidas condiciones, la extinción del contrato y la liquidación de las cantidades pendientes ha liberado a la empresa de sus obligaciones con el trabajador.

No se atribuye en cambio valor liberatorio al finiquito en la **STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2012**, IL J 1003/2012. Comienza esta sentencia señalando que «los finiquitos son documentos que, en general, están admitidos en nuestro ordenamiento laboral como instrumentos para contener declaraciones de voluntad eficaces y liberatorias» y que «su contenido es variado aunque en numerosas ocasiones contienen un recibo de pago así como una declaración del trabajador sobre su conformidad con la extinción del contrato de trabajo y su voluntad de no presentar reclamación alguna contra el empresario al habersele abonado todas las percepciones derivadas de la relación laboral». En cualquier caso, «la suscripción por el trabajador no es, sin embargo, medio suficiente para proclamar en todo caso su validez pues al afectar a derechos básicos del trabajador (retribución, pervivencia del contrato mientras no concurra causa justa de extinción, ejercicio de acciones en defensa de intereses legítimos derivados del contrato, etc.) y a correlativos deberes básicos de las

empresas, y suscribirse con motivo u ocasión del fin de la relación laboral, esto es, en un momento en que la situación del trabajador experimenta un cambio radical derivado de la extinción del contrato de trabajo, se hace necesario, a fin de salvaguardar esos derechos, atender a su total contenido y a las circunstancias que rodean su confección y firma, tanto para determinar si su tenor coincide con la prevalente intención de las partes (art. 1281 del Código Civil), como para impedir que el acto entrañe una disposición o renuncia por el trabajador de derechos indisponibles o irrenunciables (art. 3.5 ET)». En este sentido, prosigue la sentencia, «dejando a un lado la función de efectivo recibo de pago por los conceptos y sus cantidades expresa y específicamente detallados, y limitando el análisis al contenido ligado con las demás finalidades, resulta fundamental distinguir entre el finiquito que incorpora una transacción, en el que ambas partes dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa solucionan un conflicto entre ellos o evitan su nacimiento, del finiquito en el que sólo el trabajador hace concesiones», caso este último en que «hay que tener especial cuidado en el análisis del documento y de su contexto para evitar una disposición unilateral y precipitada del trabajador sobre aspectos de la relación laboral fuera de su capacidad de disposición».

Sobre la base de estas consideraciones, y después de recordarnos la doctrina del Tribunal Supremo en materia de finiquito, la STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2012 resuelve no dar por bueno el finiquito en la parte en que se declaran saldadas y finiquitadas las cantidades correspondientes a la indemnización por una extinción producida como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET, y ello por resultar de la documentación aportada que la cantidad abonada al trabajador por tal concepto es menor de la que le corresponde legalmente en función de su antigüedad, que son 20 días de salario por año de servicio con tope máximo de nueve mensualidades. Dice en efecto la sentencia que «la indemnización percibida resulta muy inferior de la legalmente procedente» y que de ello «resulta el impago de una parte sustancial de la indemnización», por lo que dado que documento «liquidación de finiquito» suscrito por el actor «no cumple ninguna función transaccional o de cualquier otro tipo que justifique la concesión a favor de la empresa, sin contrapartida alguna para el trabajador, bien se ha producido una renuncia contraria al art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, bien ha de apreciarse que hubo un error sustancial encuadrable en el art. 1266 del Código Civil y con aptitud para invalidar el consentimiento del actor, bien resulta aplicable la regla del art. 1283 del Código Civil», según el cual «cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar». Cualquiera que sea el caso, no puede aceptarse que el finiquito haya liberado a la empresa del pago de la cantidad que en concepto de indemnización por extinción la misma le debía legalmente.

### **C) Pactos individuales, negociación colectiva y libertad sindical**

Durante el periodo de consultas que resulta preceptivo para decisiones de despido colectivo no es posible la apertura de un cauce alternativo de negociación individualizada con los trabajadores con el mismo objeto. Una conducta así podría vaciar de contenido las referidas consultas, en las que se busca una solución global y totalizadora del conflicto, capaz de afectar colectivamente a los trabajadores, y por tanto una clara vulneración del art. 51

ET y también del derecho de negociación colectiva del art. 37.1 CE. Tal es precisamente la cuestión de la que se ocupa la **SAN de 25 de julio de 2012**, IL J 862/2012, en la que, haciendo uso de las referidas consideraciones, se declara nulo el despido colectivo de los trabajadores de una empresa que había tramitado adecuadamente las consultas en todos sus centros de trabajo menos en uno de ellos, donde se abrió en paralelo una negociación individualizada con los trabajadores. La sentencia resuelve que la referida maniobra no afecta sólo a los despidos del centro afectado sino a todos los producidos; en todo caso, aclara que la prohibición de negociación individualizada sólo opera durante la fase de consultas, no una vez que tal periodo ha terminado sin acuerdo, momento a partir del que se reabre la posibilidad de la negociación individualizada.

Dice la sentencia que el periodo de consultas que regula el art. 51 ET «constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, como recuerda la sentencia del TJCE 27-01-2005, ya que si no fuera así, la eficacia de los procedimientos de información y la consulta previstas en dicha Directiva, cuyo objeto es que sea posible, por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente, devendría imposible». Las negociaciones paralelas con los trabajadores afectados por parte de la empresa no puede entonces constituir sino «fraude de ley (...) ya que dicha medida vacía de contenido el proceso negociador del período de consultas, impidiendo, por consiguiente, que dicho período alcance ninguno de sus objetivos, ya que si la empresa extingue los contratos de los trabajadores afectados, ni es posible evitar, ni reducir los despidos colectivos, ni es posible tampoco atenuar sus consecuencias, ya que los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva».

«Dicha conclusión —prosigue la sentencia— no puede enervarse, porque las extinciones antes dichas se realizaran de común acuerdo, ni tampoco si se hubiera acreditado, que no es el caso, que fueran los trabajadores afectados quienes solicitaron la extinción, ya que durante el período de consultas no cabe más negociación legítima que la que se mantiene con los representantes de los trabajadores, a tenor con lo dispuesto en el art. 51.2 ET, sin perjuicio del derecho de la empresa y los trabajadores, una vez concluido sin acuerdo el período de consultas, de alcanzar los pactos que estimen convenientes». Según la sentencia «la tesis expuesta se reafirma además por la propia ordenación del art. 124 LRJS, que distingue la fase colectiva, regulada en los apartados 1 a 10, de la fase individual, regulada en el apartado 11, que solo se activa cuando ha concluido la fase colectiva, cuya negociación corresponde única y exclusivamente a los representantes de los trabajadores, sin que dicha negociación pueda condicionarse de ningún modo, aunque lo promuevan los trabajadores afectados, porque dicha actuación devalúa totalmente la negociación colectiva, no existiendo riesgo alguno para la autonomía individual, que puede desplegarse, sin problema alguno, al concluir la fase colectiva del despido colectivo, donde nada impide que los trabajadores afectados alcancen acuerdos extintivos de mutuo acuerdo con la empresa».

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ



## II. TRABAJADOR

---

### SUMARIO<sup>(\*)</sup>

#### 1. *PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.*

##### **A) *Presupuestos sustantivos.***

- a) Actividad voluntaria.
- b) Actividad retribuida.
- c) *Actividad dependiente.*
- d) *Actividad por cuenta ajena.*

##### **B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.**

#### 2. SUPUESTOS INCLUIDOS.

##### **A) Trabajadores a domicilio.**

##### **B) Contratos de grupo.**

##### **C) Relaciones laborales de carácter especial.**

- a) Alta dirección.
- b) Servicio del hogar familiar.
- c) Penados en instituciones penitenciarias.
- d) Deportistas profesionales.
- e) Artistas en espectáculos públicos.
- f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo.
- g) Minusválidos.
- h) Estibadores portuarios.

##### **D) Otros: Abogados en despachos profesionales.**

#### 3. *SUPUESTOS EXCLUIDOS.*

##### **A) Relaciones funcionariales y estatutarias.**

##### **B) Prestaciones personales obligatorias.**

##### **C) *Administradores sociales.***

##### **D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.**

##### **E) Trabajos familiares.**

---

(\*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes tienen mero valor sistemático.

*F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.*

*G) Trabajos de colaboración social.*

4. ZONAS GRISES.

**A) Transportistas.**

**B) Personal contratado en Administraciones Públicas.**

**C) Autónomos.**

**D) Profesiones liberales.**

**E) Socios empleados.**

**F) Arrendatarios y aparceros.**

**G) Toreros.**

**H) Religiosos.**

**I) Trabajadores extranjeros.**

**J) Otros.**

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

**A) Trabajador por cuenta ajena.**

a) Familiares.

b) Extranjeros.

**B) Inclusiones por asimilación.**

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.

b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.

c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.

d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.

e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas.

f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.

g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.

h) Funcionarios en prácticas.

i) Funcionarios del Estado transferidos a las CC.AA.

j) Miembros de las corporaciones locales.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.

l) Otros.

**C) Exclusiones.**

a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.

b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial.

c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.

---

## 1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

### A) Presupuestos sustantivos

c) *Actividad dependiente* y d) *Actividad por cuenta ajena*

*Destacan en la presente crónica las dos sentencias cuyo comentario aparece a continuación. Se trata de una sentencia del Tribunal Supremo y otra del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelven en sentido opuesto la cuestión de la existencia o no de laboralidad en el vínculo entre una compañía aseguradora y el perito tasador.*

### **STS de 17 de mayo de 2012 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina n.º 871/2011), IL J 782/2012**

1. La Sala 4.<sup>a</sup> del TS resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por D. Luís contra la decisión del TSJ-Cataluña que desestimaba el recurso de suplicación planteado por el hoy recurrente y por AXA WINTERTHUR, demandada, declarando la incompetencia de la jurisdicción social, por cuestión de materia. A su vez, este recurso de suplicación se interpuso por ambas partes frente a la sentencia de instancia que desestimaba las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción alegadas por AXA WINTERTHUR, así como la demanda por despido interpuesta por D. Luís. En instancia se recogen como hechos probados los siguientes: a) Que D. Luís venía desarrollando funciones de perito-tasador para WINTERTHUR SEGUROS GENERALES S.A.S. desde 1994 con un contrato de arrendamiento de servicios; b) Que el actor emitía una factura por cada peritación efectuada; c) Que en el año 2008 se produjo la absorción de WINTERTHUR SEGUROS POR AXA SEGUROS; d) AXA WINTERTHUR absorbió la totalidad de la plantilla de WINTERTHUR; e) En cuanto a la actividad de tasación y peritaje, la demandada empleaba distintos medios: personal tasador-perito propio; gabinetes externos de tasación; y propuesta a personal interno de constituir gabinete propio de forma que se externalizaba parte de la actividad; f) A D. Luís se le propuso incorporarse a uno de los gabinetes constituidos como consecuencia del proceso de externalización, propuesta que declinó.

2. La Sala de lo Social del TS resuelve el recurso de casación en unificación de doctrina en sentido favorable al interés de D. Luís. La argumentación central la ofrece la sentencia de contraste presentada por el recurrente. En efecto, D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, ponente de la presente sentencia, comprueba la coincidencia de datos entre ambas sentencias, hasta el punto de concurrir la identidad de la empresa demandada. En ambos casos se trata de un perito tasador de la misma empresa aseguradora, cuya relación de prestación de servicios se formalizó bajo la forma de un contrato civil de arrendamiento de servicios, pese a concurrir los caracteres definitorios de la relación laboral: ajenidad y dependencia.

3. Conviene poner en valor la claridad, sencillez y no por ello menor contundencia de la presente resolución. El ponente señala los elementos que definen la relación como laboral resolviendo la cuestión. Así, se aprecia como el perito tasador no utilizaba medios de producción propios sino de la empresa aseguradora (ajenidad en los medios de producción); que era la empresa aseguradora la que establece la relación jurídica con los clientes (ajenidad en el mercado) y que los tasadores se encuentran insertos en la organización productiva

(dependencia) de la compañía aseguradora. Se trata de tomar en cuenta los hechos y aplicar el test de laboralidad.

**STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2012 (Recurso de Suplicación n.º 2768/2011), IL J 744/2012**

1. El demandante trabaja como perito tasador de seguros de la empresa demandada desde el año 1991. Desde el comienzo de la relación laboral el actor ha estado dado de alta en el régimen especial de autónomos y con licencia fiscal de profesionales.

El actor percibía en un principio su retribución al girar factura quincenal por las tasaciones realizadas. En la actualidad la facturación se realizaba de forma mensual. Sus honorarios incluían una parte fija por cada tasación realizada más una compensación por kilómetros de desplazamiento, además, también recibía una compensación por el uso de fotografías en el informe pericial.

La empresa aseguradora demanda tiene una plantilla externa de 5 peritos tasadores en la Comunidad Autónoma de Madrid, en los que se incluye el demandante, asignados a diferentes zonas geográficas de la Comunidad en las que rotan trimestralmente a fin de evitar intereses. Anualmente la empresa les pregunta que días tomarán de vacaciones, eligiendo libremente cada perito. Todos los peritos aportan el material necesario para desarrollar su labor, incluido el vehículo, ordenador y cámara fotográfica.

Para la realización de su trabajo los peritos no acuden a la sede de la empresa diariamente desde que se instalaron sistemas de gestión informáticos mediante los cuales los peritos reciben los encargos e introducen sus informes mediante unas claves de acceso. Únicamente acuden a algunas reuniones de coordinación cada seis o siete meses.

La empresa no impone ningún horario para la realización de las tasaciones, además estas pueden ser rechazadas por el propio perito. La única limitación consiste en que deben ser realizadas en las veinticuatro horas siguientes a que fueron encargadas por la empresa aseguradora. En ocasiones los peritos pueden encargar a otros peritos para que lleven a cabo el trabajo por ellos.

El 2010 el actor causa baja por incapacidad temporal en el régimen de autónomos dejando de contar la empresa con sus servicios desde ese momento. El actor interpone demanda ante la jurisdicción social para que se reconozca la naturaleza laboral de la relación que le une con la aseguradora. El Juzgado de lo Social rechaza su petición. Frente a dicha decisión se interpone Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

2. El Recurso de Suplicación presentado pretende, en primer lugar, que se modifique el relato fáctico de la sentencia del Juzgado *a quo*. La pretensión merece el rechazo de la Sala pues, aunque correctamente planteada la revisión y apoyada suficientemente en prueba documental recogida en el Juicio, no alteraría la solución del proceso.

En segundo lugar, el recurso plantea la incorrecta calificación civil de la relación que unía a empresa y trabajador. Al respecto el juzgado *ad quem* parte de la libertad con la que las partes pueden pactar la relación que las une. Son ellas las que dentro de sus intereses podrán decidir si satisface mejor sus intereses vincularse laboral o civilmente, sin que exista una obligación o presunción, por el tipo de actividad, laboral o civil. Ahora bien, la

libertad de configuración afecta a los pactos entre las partes. A ellos debemos remitirnos y analizar qué tipo de relación vincula a las partes con independencia del nombre que las mismas hayan otorgado. Lo relevante es si el trabajo desarrollado por el actor se hacía en régimen de dependencia y ajenidad respecto de la empresa aseguradora.

Para valorar si la relación que mantenían empresa y trabajador era o no laboral debemos recurrir al estudio de diferentes indicios que nos permitan deducir la naturaleza laboral o civil de la relación. Siempre teniendo en cuenta que las relaciones laborales contemporáneas se caracterizan por la flexibilidad del requisito de dependencia sin que ello suponga la automática exclusión de la laboralidad de la relación.

En el análisis de los indicios antes referidos, el TSJ encuentra tanto rasgos de laboralidad como rasgos civiles.

Son rasgos civiles: la percepción de honorarios por cada acto de tasación realizado; la facturación; la inclusión del actor en licencia fiscal como profesional y en el RETA; la percepción de cuantías muy superiores a las correspondientes a la categoría del actor en convenio colectivo y el carácter pacífico de esta situación durante muchos años; la aportación por el demandante de medios que no pueden calificarse como accesorios, como el vehículo, cámaras fotográficas y ordenador, así como el lugar donde el actor elabora sus informes, ya que no utiliza ni despacho, ni mesa en la sede de la demandada; la distribución a su conveniencia de los itinerarios y horarios incluyendo si lo desea sábados, domingos y festivos; la capacidad de rechazar peritaciones, normalmente por motivos de conflicto con un taller determinado y en ese caso la compañía se lo encarga a otro perito; la posibilidad de que el actor recurra a otro perito; la capacidad de elegir libremente sus vacaciones y la no remuneración de dicho descanso; no da cuenta de sus informes ante un jefe de peritos.

Por otra parte, son rasgos laborales: la fijación de los baremos de honorarios por la demandada y el abono de cantidades por kilómetros de desplazamiento, dietas y compensación por fotografías realizadas; la posibilidad de utilización por el actor de un programa denominado servicio técnico pericial-manual práctico de peritaciones on line a través de la extranet de la demandada en el que se introduce contraseña y usuario e información sobre los distintos campos a rellenar con remisión por vía informática a la aseguradora, de cuya clave de acceso dispone el actor; inicialmente asistía diariamente a la sede de la demandada para recoger los partes de trabajo si bien no lo hace desde que existe un sistema informático a tal efecto; le asignan la zona y se rota trimestralmente para evitar intereses creados; acude a la sede de la demandada cada mes o mes y medio para algún trámite o incidencia y cada seis o siete meses se reúnen con el inspector de peritaciones y con el jefe de siniestros, empleados en nómina de la demandada, para recibir informaciones técnicas sobre nuevas piezas o sistemas de fabricación de los automóviles y coordinar criterios; debe atender las peritaciones en un plazo de 24 horas; trabaja exclusivamente para la demandada; y por último ha recibido pautas para la elaboración de sus informes.

Ponderando los rasgos anteriormente señalados la Sala concluye que tienen mayor relevancia los primeros. Por tanto, corresponde a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de cualquier reclamación que puedan hacerse entre las partes.

3. Interesante supuesto el planteado al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La regla general en las aseguradoras es contar con una plantilla laboral de trabajadores encargados

de llevar a cabo las tasaciones. No obstante, nada impide, como señala la sentencia del TSJ de Madrid, que las partes hayan pactado como más conveniente para sus intereses una relación civil. El pacto que deje la relación al margen de la legislación laboral solo es posible si la relación pactada no cumple con los requisitos de laboralidad marcados por el Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia identifica amplios indicios de laboralidad como de relación civil. Ello podría sorprender en un primer momento, no obstante, recordemos que las relaciones laborales modernas se han ido flexibilizando y alejándose cada vez más del rígido modelo *fordista*. Esa flexibilidad hace que sea habitual encontrar relaciones civiles o laborales con elevados rasgos laborales o civiles.

La sentencia se decanta, acertadamente en mi opinión, por primar el carácter civil de la relación que mantenían empresa y prestador de servicios. El fallo del Tribunal pondera la presencia de los elementos laborales y civiles y concluye que la entidad de los primeros es de menor entidad.

La presencia de ciertos indicios es fácilmente explicable en una relación civil, por ello, incluso su naturaleza indiciaria de laboralidad es muy limitada. Es normal que una empresa que cuenta con los servicios externos de un profesional cualificado busque una mínima coordinación entre los diferentes profesionales y que apliquen unos criterios uniformes en sus informes, a ello responderían sin duda las reuniones semestrales. Por otra parte, la redacción telemática a través de un programa informático propio de la empresa aseguradora de los informes periciales también es anormal en una relación civil. Téngase en cuenta que la empresa usará dichos informes y deberán ser tratados por diferentes agentes, estos sí propios de la empresa, y deberán ser accesibles. En cuanto a la remuneración por gastos de kilometraje más propia quizá de una relación laboral, no hay obstáculo tampoco para que una relación civil pacte un incremento en la remuneración por kilómetro. Ello no elimina el riesgo propio de una actividad por cuenta ajena, solo compensa la mayor onerosidad del servicio contratado. Finalmente, en cuanto a la exclusividad de la prestación de servicios como la propia sentencia reconoce la exclusividad no es un rasgo típico de la prestación laboral, como queda en evidencia tras la aparición legal de la figura del TRADE.

Pese a compartir el fallo de la sentencia cabe hacer una objeción a la misma. El relato fáctico y la argumentación jurídica analizan demasiado la situación del resto de los peritos tasadores de la compañía y puede llegarse a creer que las características de estas relaciones han tenido gran importancia en la determinación del fallo. Se argumenta que otros peritos rechazan trabajos, que otro perito no trabaja durante el mes de agosto y sí lo hace para otras compañías, que otros peritos trabajan para más compañías, que todos los peritos aportan el material necesario para desarrollar su trabajo, etc.

Lo relevante para enjuiciar la laboralidad de la prestación de servicios del actor es la relación real que se produce entre los sujetos, dejando al margen el nombre que hayan decidido dar y dejando al margen la relación laboral o civil que puedan tener sus compañeros, pues que dicha relación sea civil o laboral no obliga a que la relación del actor también lo sea. Las características de las relaciones del resto de los peritos solo es relevante en la medida en la que sus características sean compartidas por la relación del caso enjuiciado, lo que en algunas ocasiones, cuanto menos, no ha sido suficientemente probado.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

#### C) Administradores sociales

#### **STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012, (Recurso de Suplicación n.º 1692/2012), IL J 840/2012**

1. Los hechos probados de los que parte la Sala de lo Social del TSJ de Galicia para resolver el recurso de suplicación que se somete a su juicio son los siguientes: a) El presente recurso es interpuesto por D. Abel frente a la sentencia que en instancia estima la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el demandado EMPRESA ANGEL SAN MILLAN PADRO, sin entrar a conocer el fondo del asunto; b) El actor y otras tres personas, entre las que se encuentra el demandado, constituyeron en 2007 una «sociedad particular civil», cuyo objeto social era la explotación comercial de una empresa de publicidad, con un capital social de 1000 €, aportando el actor 700 € y los demás, 100 € cada uno; c) La participación en resultados sociales se fija en 70%, 10%, 10% y 10%, respectivamente; d) La responsabilidad por deudas se conforma con carácter mancomunado simple; esto es, cada socio responde sólo por la parte que le corresponde a su aportación económica; e) La administración social se pacta en régimen de solidaridad; f) En 2008, uno de los socios vendió a los otros tres su participación en el capital social, de tal forma que el actor pasó a tener el 74% del mismo, el demandado el 13% y el tercer socio otro 13%; g) En 2009 se disuelve la sociedad; h) El recurrente percibía una retribución fija mensual, mientras que el demandado era el titular del contrato de cuenta de crédito y la póliza de préstamo avalado por el recurrente.

2. Ante los hechos relatados no cabe más solución que aplicar la presunción *iuris et de iure* contenida en el art. 97.2 a) y en la DA. 27.<sup>a</sup> LGSS, que dispone que «se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia (que el socio posee el control efectivo de la sociedad), cuando las acciones o participaciones supongan, al menos, la mitad del capital social». La Sala concluye que el demandante tenía plena libertad para organizar su trabajo, sin quedar sometido en su desarrollo a un ámbito organizativo y directivo extraño a él mismo y, en su caso, a los otros administradores solidarios de la sociedad, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de relación laboral entre las partes, incluso aunque haya quedado probado que el actor percibía una retribución fija mensual.

3. En el contexto de una «sociedad particular civil», denominación que ofrece serias dudas sobre el carácter regular o irregular de la misma, se desarrolla una actividad profesional de la que, como bien señala la ley y recuerda el TSJ, es titular el mismo sujeto que posee el control efectivo de la misma, o, al menos, el control económico en cuanto a asunción de riesgos y distribución de beneficios. No cabe discrepar con la solución judicial ante un caso tan claro, en el que la propiedad del capital social corresponde en un 74% a la parte recurrente. En supuestos de inferior participación económica, sí se podría haber entrado a valorar la relevancia, ciertamente intensa, de la conformación de la administración societaria como solidaria, pues se identifica con la voluntad política de la sociedad, en este caso conformada por la voluntad conjunta de todos los administradores. Esta situación, distinta a la que se enjuicia, sí permitiría cuestionar la concurrencia de ajenidad en supuestos similares y, por ende, la presencia de una relación laboral en la persona del titular de la relación societaria.

**F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo**

**STSJ de Andalucía de 7 de diciembre de 2011 (Recurso de Suplicación n.º 3368/2011), IL J 667/2012**

1. El TSJ de Andalucía resuelve el recurso de suplicación presentado por D. Manuel contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Sevilla, que desestimaba su demanda de despido sin entrar en el fondo del asunto al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la demandada Máster Distancias S.A. Los hechos probados recogidos en la sentencia de instancia son, entre otros, los siguientes: a) que Master-D suscribió un contrato de comisión mercantil con D. Manuel, fechado el 14-1-08; b) Entre el clausulado de dicho contrato se contiene que D. Manuel cumplirá su cometido con la más absoluta libertad y plena autonomía, sin sujeción a horarios ni a instrucciones previas salvo las generales de precio y condiciones de venta determinados por Master-D; que sobre el precio de ventas confirmadas percibirá el comisionista una comisión por ventas calculadas según el baremo de comisiones establecidos por Master-D; que en las operaciones que se produzca retraso en dos pagos continuos o más de dos alternos, el comisionista responderá del buen fin de las mismas y que las liquidaciones y facturaciones se producirán mensualmente; c) Que D. Manuel está dado de alta en el RETA y en el IAE; d) Que el actor no percibía sueldo fijo, si no que cobraba comisiones y si un cliente se echaba atrás después de firmado el contrato, D. Manuel debía devolver la Comisión percibida.

2. El TSJ se ampara en la excepcionalidad del recurso de suplicación para valorar libremente la prueba practicada y formar su propia convicción sobre los hechos necesarios para resolverlo. En este sentido, la Sala no se siente vinculada por la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, ni por la revisión de los mismos solicitada por el recurrente. La Sala limita el análisis a argumentar jurídicamente si se está ante un contrato de agencia mercantil, o si cabe defender que existe una relación laboral especial de mediador mercantil. A partir de aquí, inicia un interesante relato sobre la evolución de ambos supuestos, constituyendo el hito fundamental en la misma la aprobación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre el contrato de Agencia. En efecto, dicha Ley hace que lo relevante a efectos de diferenciar el supuesto mercantil del laboral no sea la responsabilidad por el buen fin de las operaciones realizadas, sino la independencia del agente respecto de la organización empresarial a la que presta sus servicios. Así, se cita la STS de 17 de abril de 2000, en la que se declara que «la nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, que ha de presumirse excluida (...), cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia (...)». En aplicación de esta misma línea jurisprudencial el TSJ de Andalucía desestima el recurso por considerar la relación en cuestión de naturaleza mercantil.

3. Es posible no discrepar de la solución alcanzada en suplicación, incluso de los argumentos jurídicos intachables expuestos. Ahora bien, a mi juicio sí es posible discrepar con los criterios empleados para delimitar la cuestión jurídica a examinar. Me explicaré. La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, se ampara en la excepcionalidad del recurso de

suplicación para excederse en el margen de discrecionalidad que le permite reconducir el debate al punto en el que se resuelve. Así, con base en esa excepcionalidad, considera poco trascendente la solicitud por parte del recurrente de revisión fáctica en el sentido de introducir elementos que demostraban la subordinación del actor con la empresa, tales como el hecho de que el mismo fuera empleado de la citada con carácter previo a la firma de un contrato, al menos formalmente, de comisión mercantil. De otro lado, la Sala estima que no existen pruebas que «desvirtúen la naturaleza mercantil del contrato», convirtiendo en presunción de *mercantilidad* a destruir con las pruebas de parte, lo que no lo es. Ciertamente es que los hechos probados en instancia se limitan básicamente a la reproducción de un clausulado contractual y no a aquellos hechos que permitieran apreciar cómo se desarrolló efectivamente la relación, elementos que hubieran permitido acudir a la valoración de si existía presunción —esta sí— de laboralidad en el supuesto o no.

### G) Trabajos de colaboración social

#### **STS de 19 de abril de 2012, (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 2766/2011), IL J 619/2012**

1. La actora prestó trabajos de colaboración social para la Comunidad Autónoma de Canarias, como auxiliar administrativa, al amparo del RD. 1445/82, desde el año 2006 hasta el año 2010, fecha en que se comunicó la extinción de los trabajos. Por ese trabajo, percibía prestaciones por desempleo, más una compensación complementaria. Al cesar en el trabajo, demandó por despido ante el Juzgado de lo Social, dictándose sentencia estimatoria de la demanda, por el Juzgado de Las Palmas, el 6 de septiembre de 2010 (Autos 644/2010). En ella, se condena a la Administración a la readmisión de la demandante en calidad de trabajadora indefinida no fija de plantilla, hasta la efectiva cobertura del puesto de trabajo, en aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad. O, alternatively, a abonarle la indemnización correspondiente a los años de servicios prestados.

Esta sentencia fue recurrida en suplicación por la actora y por el Gobierno de Canarias, dictando sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Canarias el 5 de abril de 2011 (R.º 1917/2010), por la que se desestima el recurso de la Administración y se estima, en cambio, el de la actora, en el sentido de incrementar el importe de la indemnización y condenar al pago de los salarios de tramitación. El argumento básico de la Sala es el relativo a no haberse identificado la obra o servicio a realizar, siendo éste un requisito exigible a los contratos de colaboración social, amén de que estos contratos no pueden ser utilizados para tareas permanentes y habituales de una Administración Pública.

Formalizado recurso de casación para unificación de doctrina por el Gobierno canario, aportando como sentencia de contraste la casacional de 11 de diciembre de 2008 (R.º 69/08), se dictó sentencia por el Alto Tribunal el 19 de abril de 2012, estimando el recurso y, por consiguiente, anulando la sentencia recurrida.

2. La Sala casacional funda su fallo en las siguientes argumentaciones:

1.ª) Esta Sala ha venido sosteniendo que los preceptos legales aplicables al caso excluyen de «*forma clara y tajante toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el des-*

*empleado que preste dichos trabajos y la falta de tal carácter laboral, impide que el cese sea calificado de despido» y ello no sólo en la sentencia de contraste —STS de 11-12-08, rcud. 69/08—, sino también en las SSTs de 24-4-00 —rcud. 2864/99—, 30-4-01 —rcud. 2155/00—, 9-5-11 —rcud. 2928/10— y 24-11-11 —rcud. 4743/10—.*

2.<sup>a</sup>) Para la doctrina ya reiterada de esta Sala... *«la validez de un trabajo temporal de colaboración social, exige que los trabajos a realizar sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad; tengan carácter temporal y duración máxima —art. 38.1 RD 1445/82, reformado por RD 1809/86, de 28 de junio— hasta el periodo que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por desempleo reconocido; coincidan con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, y no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador».*

3.<sup>a</sup>) De otro lado... *«la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado, a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET ) y 2 del Real Decreto 2546/94, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aun cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter “ex lege” temporal, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido».*

4.<sup>a</sup>) A todo lo anterior se añade que... *«esta adscripción del beneficiario, de carácter temporal, a una Administración pública para la realización de una obra social, no puede considerarse como expresivo de un abuso de derecho o fraude de ley. Recordando la STS de 15 de julio de 1988, la doctrina expuesta concluye que, a) la colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal; b) los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando; c) La propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él; d) No se actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando de una normativa que expresamente la autoriza y ampara; y e) La transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal, determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución».*

3. La sentencia casacional no hace sino aplicar su doctrina jurisprudencial consolidada, incomprensiblemente inaplicada por la Sala de suplicación. Es una situación que se produce con cierta frecuencia —incluso también en la instancia— cuando el Tribunal o el Juzgado correspondientes, encuentran en el caso enjuiciado algunas particularidades o matices que permiten o requieren singularizarlo respecto de los resueltos por el Tribunal Supremo. Mucho más raramente, se trata de pronunciamientos que pretenden abrir una vía interpretativa distinta de la ya establecida, más conveniente para los intereses del trabaja-

dor reclamante, quizá bajo la duda de si la sentencia llegará a ser recurrida en unificación de doctrina.

Parece claro, por tanto, que la jurisprudencia ha negado, niega y va a seguir negando, sobre la legislación en vigor, que los trabajos de colaboración social sean vía adecuada de acceso a la estabilidad en el empleo, por muy extensa que sea la duración de los mismos. Únicamente se abriría una fisura en esa interpretación en el caso de que se acreditara que los trabajos de colaboración social no habían sido tales sino una simple tapadera de trabajos de naturaleza ordinaria o bien que, de cualquier otro modo, se hubiera manifestado inequívocamente alguna práctica de abuso de derecho o de fraude de ley. En el bien entendido que el trabajo de colaboración social, por largo que sea en el tiempo, no implica abuso o fraude en sí mismo, sino que esas circunstancias habrán de superponerse a la realización de actividad en ese régimen específico de fomento del empleo, quedando suficientemente acreditadas para que puedan ser tenidas en cuenta y actúen como elementos de quebradura de la doctrina común.

**STS de 24 de abril de 2012 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 2766/2011), IL J 628/2012**

1. El caso analizado tiene por objeto determinar si la relación existente entre la actora y el Servicio de Empleo demandado, nacida de un contrato de colaboración social, es de naturaleza jurídico-laboral y, en su caso, si el cese de la empleada por haberse extinguido el periodo de percepción de la prestación por desempleo constituye o no un despido. Es preciso señalar que la actora, perceptora de la prestación por desempleo, celebró un contrato de colaboración social con el Servicio de Empleo para prestar sus servicios como auxiliar administrativo en la Oficina de Empleo de Arrecife (Canarias). Así, la actora realizaba una jornada diaria de igual duración y con el mismo horario que el personal laboral y funcionarios de la Oficina de Empleo, disfrutando del mismo régimen de vacaciones y permisos retribuidos y llevando a cabo las tareas propias del personal del centro de la misma categoría. Durante su relación con el Servicio de Empleo la actora formalizó una demanda sobre derechos interesando que se declarase su relación con la Administración Pública como laboral de naturaleza indefinida, fallando el juzgado a favor de la pretensión de la trabajadora. El caso se plantea cuando, con posterioridad a dicha resolución judicial, el Servicio de Empleo comunicó a la actora la finalización de su adscripción de colaboración social por expiración de la última prórroga. Así, como consecuencia de la decisión extintiva la empleada demanda por despido nulo o subsidiariamente improcedente.

2. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda declarando improcedente el despido de la actora. Contra la anterior sentencia, ambas partes formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó sentencia de fecha 18 de mayo de 2011 que, estimando el recurso de suplicación de la actora, revocó la sentencia de instancia declarando nulo el despido. Frente a esa sentencia, el Servicio de Empleo demandado interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina, el cual fue finalmente estimado por la sentencia comentada del Tribunal Supremo (en adelante, «TS») que casó y anuló la sentencia dictada en suplicación y revocó la sentencia de instancia desestimando la demanda inicial.

De esta forma, tras apreciar la existencia de contradicción con la sentencia de contraste de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2008, el TS concluyó

que no existía en el presente caso una relación laboral entre el Servicio de Empleo destinatario de los trabajos de colaboración social y la actora, lo cual impide que el cese pueda ser calificado de despido, con base en las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, el artículo 213.3 de la Ley General de Seguridad Social excluye expresamente la posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos.

b) Asimismo, concurren, según el TS, los requisitos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, de 15 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, que condicionan la validez de un trabajo temporal de colaboración social: (i) que los trabajos realizados sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad, (ii) que tengan carácter temporal y duración máxima hasta el período que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por desempleo reconocido, (iii) que no suponga un cambio de residencia habitual del trabajador, y (iii) que coincida con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado.

De lo anterior se desprende según el TS que, aun cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración Pública, la adscripción tiene el carácter temporal definido en la ley, sin que quepa equiparar la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social con el contrato temporal por obra o servicio recogido en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, la adscripción de la actora al Servicio de Empleo demandado no puede considerarse como expresivo de un fraude de ley y el cese sufrido como despido. En este sentido, el Alto Tribunal excluye de forma clara y tajante toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos, lo que impide que el cese sea calificado de despido.

3. Coincidimos plenamente con la postura mantenida por la sentencia comentada, toda vez que la prestación por desempleo, que está íntimamente relacionada con el contrato de colaboración en virtud de lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, tiene marcado carácter temporal. Así, en el presente supuesto, de los hechos declarados probados por la sentencia se desprende claramente que el Servicio de Empleo comunicó a la actora el cese del contrato de colaboración una vez que quedó extinguido el periodo de percepción de la prestación por desempleo. Lo que supone, en todo caso, la extinción lícita de la relación por alcanzar su término como medida de fomento del empleo.

De esta forma, la sentencia comentada continúa con la línea doctrinal mantenida en sentencias previas de la Sala de lo Social del TS, como la de 15 de julio de 1988 o de 24 de noviembre de 2011, que establecen que la colaboración social no puede convertirse en indefinida porque la prestación por desempleo tiene naturaleza temporal. Así, los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, en tanto en cuanto la retribución por los servicios prestados consiste en un complemento sobre la prestación que se viene cobrando habitualmente.

Aún es más, la transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal, determinaría la apertura de una vía fraudulenta para el ingreso en

la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de la Constitución Española. Finalmente, en ningún caso se actuaría en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando una normativa que expresamente autoriza y ampara, con carácter exclusivamente temporal, la colaboración social.

#### 4. ZONAS GRISES

##### **B) Personal contratado en Administraciones Públicas**

*La contratación de personal por parte de las Administraciones Públicas continúa ofreciendo abundantes pronunciamientos judiciales. En la presente crónica comentamos tres sentencias. Las dos primeras son sentencias de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo que resuelven sendos conflictos relativos al uso (y abuso) de la contratación administrativa. La tercera sentencia, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, declara la inexistencia de relación laboral entre un concejal con dedicación exclusiva y el Ayuntamiento.*

##### **STS de 16 de mayo de 2012 (Recurso de Casación Para la Unificación de Doctrina n.º 2227/2011), IL J 781/2012**

1. El demandante en la instancia es una persona física que ha prestado servicios en el Instituto Tecnológico de la Marañosa perteneciente al Ministerio de Defensa. El actor ha suscrito con la Administración a la que ahora demanda, cuatro contratos administrativos de Consultoría y Asistencia Técnica, algunos prorrogados. Su actividad se realizaba en las instalaciones antes mencionadas bajo las siguientes circunstancias: realizaba el trabajo dentro del horario habitual si bien no estaba sujeto a control y no fichaba a la entrada o a la salida. Se le abonaban honorarios mediante facturas en las que se repercutía el IVA. Ejercía el cargo de Jefe de Sección en ausencia del titular, también fue designado como Asesor Técnico. Para la realización de sus trabajos y cuando lo necesitaba, solicitaba el apoyo técnico de La Marañosa, era además, convocado a reuniones técnicas para la evaluación de los objetivos conseguidos. Si tenía que realizar desplazamientos en razón de su trabajo, se le abonaban dietas. No se le concedían permisos ni vacaciones, solo avisaba si iba a faltar; por otra parte tenía tarjeta identificativa para acceder al lugar de prestación de servicios y utilizaba para sus desplazamientos el autobús puesto a disposición de los trabajadores por la empleadora.

El demandante presentó reclamación previa solicitando el reconocimiento de existencia de una relación laboral indefinida y planteada la demanda, el Juzgado de lo Social dictó sentencia en la que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción y sin entrar en el fondo desestimó la demanda. Contra dicha sentencia, el demandante formuló Recurso de Suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia estimatoria del recurso, revocando la sentencia de instancia y declarando la competencia de la jurisdicción social y la improcedencia del despido del trabajador. Frente a dicha sentencia, la representación letrada de la Administración interpuso Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4.ª del Tribunal Supremo cuya sentencia ahora comentamos.

2. El Tribunal Supremo en su sentencia se centra en la cuestión de resolver acerca de la naturaleza laboral o administrativa de la relación de servicios mantenida entre el Minis-

terio de Defensa y el recurrente y en consecuencia determinar si es competente o no el orden jurisdiccional social para entender sobre la extinción contractual que se ha producido. Entrando en el fondo del asunto, la Sala recuerda que se trata de una cuestión que ya ha sido resuelta por la misma, e invocando su STS de 21 de julio de 2011 (n.º de rec.: 2883/2010), reproduce alguno de sus fundamentos para reiterar que a pesar de que la prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico laboral, es posible calificarla como contrato administrativo si una ley expresamente permite esta exclusión. No obstante, la Sala recuerda que dicha exclusión no es «un cheque en blanco» que se conceda a la Administración Pública para que pueda convertir en administrativo cualquier contrato por el mero hecho de denominarlo como tal. La procedencia de la contratación administrativa está condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, que se refiera a un producto delimitado de la actividad humana y no a una actividad en sí misma, independientemente de su resultado final.

A la vista de los hechos probados relativos a las circunstancias en las que se producía la actividad del demandante, la Sala estima que el contrato celebrado fue desde el principio un contrato de trabajo y continuó siéndolo cuando, sin solución de continuidad, se prorrogó. En consecuencia, el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Administración y confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

3. El Tribunal Supremo, una vez más, aclara que no cabe que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para, «coco con codo con el resto de personal funcionario y laboral de la misma» y bajo la dirección de los superiores jerárquicos y con los medios de ésta, participe en tareas habituales de la propia organización contratante; y ello incluso a pesar de que estas tareas sean subdivididas en proyectos concretos de varios años de duración como ha sucedido en el caso que se resuelve en la sentencia ahora comentada.

El otro aspecto interesante de la sentencia es la referencia que en ella se hace a la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, que no es de aplicación en el presente supuesto, pero que ha introducido en la materia alguna modificación que se juzga relevante puesto que la nueva regulación está exigiendo que las personas físicas que resulten adjudicatarias de un contrato administrativo deberán acreditar «solvencia económica, financiera y técnica o profesional». Esto supone que se trata de una organización empresarial y no un trabajador. Parece que con esta exigencia legal se eliminarían desde el origen de la contratación los riesgos de que la misma se lleve a cabo con personas físicas que desprovistas de una organización puedan dar lugar a contrataciones que ulteriormente desemboquen en una declaración de laboralidad. Es necesario esperar a los pronunciamientos judiciales que enjuicien supuestos que se produzcan en aplicación de dicha normativa para determinar el grado de efectividad de la misma en este sentido.

**STS de 12 de junio de 2012 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 1831/2012), IL J 888/2012**

1. En los antecedentes de hecho de la presente sentencia consta que el actor, arquitecto, fue contratado por el Ayuntamiento como técnico de urbanismo y obra mediante un contrato administrativo de asistencia técnica regulado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD Legislativo 2/2002 de 16 de junio). Este primer contrato fue objeto

de nuevas adjudicaciones y de prórrogas hasta que a partir de un determinado momento se produjo una prórroga tácita durante dos años. Transcurrido ese tiempo, el Ayuntamiento le notificó verbalmente la no continuación del contrato sin justificación alguna de dicha decisión. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda presentada por el técnico y declaró procedente el despido, en tanto que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estimó el recurso de suplicación interpuesto por aquel y revocando la sentencia del Juzgado, declaró la improcedencia del despido del actor y condenó al Ayuntamiento a estar y pasar por tal declaración. El Ayuntamiento formula recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo cuya sentencia ahora se comenta.

2. La Sala toma en consideración, por estimarlos relevantes, los hechos que se exponen en el fundamento jurídico de la STSJ recurrida. De ellos se desprende que el actor prestó sus servicios para el Ayuntamiento desde 2005 al amparo de un contrato administrativo que fue objeto de nuevas adjudicaciones y de prórrogas hasta su finalización. Habiéndose producido ésta, sin embargo, el actor continuó la prestación de servicios sin contrato hasta que se produjo se cese. El objeto del contrato era la prestación de asistencia técnica en materia de urbanismo y obras, incluyendo atención al público y elaboración de informes en las licencias tramitadas por el Ayuntamiento. Estaba fijada una retribución anual en doce mensualidades no dependiente del número de asuntos encomendados. Dicha retribución se documentaba en facturas a nombre del actor, si bien en el encabezamiento figuraba el nombre de la empresa de la que este era titular. Al principio se convino la disponibilidad de tres días a la semana, pero posteriormente se pactó la asistencia diaria del arquitecto al Ayuntamiento para atender las consultas, para ello disponía de despacho y medios tales como teléfono y ordenador. Tenía vacaciones anuales, coordinándose con el equipo municipal para determinar el momento de su disfrute.

Pues bien, de acuerdo con su propia doctrina (STS de 23 de noviembre de 2009), el Tribunal resuelve la desestimación del recurso interpuesto por el Ayuntamiento. Según se razona en la sentencia, el objeto del contrato son los servicios profesionales del arquitecto que se consideran desde la perspectiva del cumplimiento de un horario de trabajo. Esto es, que no se han concertado resultados, sino prestación de servicios con horario, retribución y dependencia. Incluso el hecho de que la retribución se documentase bajo la forma de facturas emitidas por la empresa del arquitecto se considera una mera cobertura formal que no altera la realidad de la existencia de una prestación y remuneración de servicios personales. Se considera obvio que se ha producido la inserción del actor en el círculo organizativo del Ayuntamiento concluyendo que no estaríamos ante un arrendamiento de servicios sino ante una actividad profesional desarrollada en régimen laboral. En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento.

3. Como se puede comprobar, a pesar de que en el caso se ha dado una contratación administrativa, la sentencia del Tribunal no se detiene en el enjuiciamiento de si el contrato que originalmente se suscribió entre las partes era conforme a derecho. Lo relevante en este supuesto es que dicha contratación administrativa venció y sin embargo se produjo una continuidad del vínculo que ya no podía ampararse en la fórmula administrativa al haber alcanzado su duración máxima. Como el planteamiento de la cuestión controvertida se ha efectuado en estos términos, sin hacer consideraciones acerca de la eventual naturaleza administrativa de la relación existente entre el Ayuntamiento y el técnico, el Tribunal

tampoco entra, sino que se centra en determinar si la relación existente entre las partes, al menos en la fase final de la misma, era un arrendamiento de servicios o una relación laboral, inclinándose, por los motivos antes expuestos, por esta última opción.

Podríamos preguntarnos acerca de cuál hubiera sido el sentido del fallo del Tribunal si la cuestión se hubiera planteado en los términos de dilucidar la procedencia de la contratación administrativa. Y en lo tocante a este punto, entiendo que la existencia de una organización empresarial de la que es titular el técnico, posiblemente hubiera tenido un mayor peso en la resolución del debate jurídico planteado.

**STSJ de Castilla y León de 8 de marzo de 2012 (Recurso de Suplicación n.º 44/2012), IL J 831/2012**

1. El demandante es elegido concejal del Ayuntamiento de Santo Tomé del Puerto en junio de 2003 hasta junio de 2007. En 2007 vuelve a resultar elegido y se mantiene hasta el 28 de enero de 2011, fecha en la que dimite de sus responsabilidades.

En noviembre de 2005 el entonces Alcalde propone al actor que, en atención a su puesto como Primer Teniente de Alcalde, tenga dedicación exclusiva plena para el desempeño de sus funciones.

En diciembre de 2005 el entonces Alcalde del Ayuntamiento y el actor suscribieron por escrito un contrato de trabajo para que éste prestara sus servicios como técnico de apoyo, de duración determinada hasta término de servicio. El contrato se inscribió en la oficina del INEM el 7 de diciembre de 2005.

En fecha 1 de junio de 2011 el Alcalde del Ayuntamiento de Santo Tomé del Puerto comunicó al actor verbalmente su cese en la prestación de sus servicios profesionales, con efectos de ese mismo día.

El actor ha venido prestando sus servicios para el Ayuntamiento de Santo Tomé del Puerto, con una antigüedad de 1 de septiembre de 2003, con la categoría profesional de Técnico de Apoyo, percibiendo un salario mensual de 1.195,83 €, incluido el prorrateo de pagas extras.

Frente al cese en la prestación de servicios comunicado por el Alcalde en junio de 2011 el actor presentó demanda ante los juzgados de lo social al entender que se le había despedido improcedentemente. Su pretensión mereció el acogimiento de la Juzgado de lo Social que estimó la demanda, promovida por el actor frente al Ayuntamiento, y declaró la improcedencia del despido y condenó a la entidad local demandada a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo o alternativamente abonarle la indemnización correspondiente.

La sentencia del Juzgado de lo Social fue impugnada por el Ayuntamiento al entender que no existía una relación laboral entre trabajador y Ayuntamiento.

2. El recurso presentado por el Ayuntamiento se articula en torno a tres elementos: una petición de revisión del relato fáctico, la inexistencia de relación laboral entre el que fuera concejal del Ayuntamiento y la propia entidad local y, finalmente, la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Respecto a la petición de modificación del relato fáctico, merece el acogimiento de la sala al cumplir con los requisitos exigidos legalmente. Se corrige el relato para clarificar

los momentos en los que tomó posesión de su acta de concejal y los momentos en los que suscribió el contrato de prestación de servicios con el Ayuntamiento.

En cuanto a la relación laboral, el Ayuntamiento entiende que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, alegando que existe incompatibilidad entre la dedicación exclusiva de los Concejales y cualquier otra remuneración con cargo a las Administraciones Públicas.

En primer lugar, la sala parte de la irrelevancia del *nomen iuris* usado por las partes para calificar la prestación de servicios existente entre las mismas. Lo substancial es el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y los que realmente se ejercitan. En atención a lo anterior, la relación será laboral cuando concurren las notas de voluntariedad, ajenidad, retribución, y dependencia prescritas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

La sala concluye que el art. 75.1 LBRL recoge la posibilidad de que los miembros de las Corporaciones Locales que se dediquen de forma exclusiva a sus funciones, reciban por ello las retribuciones oportunas, previamente aprobadas por el Pleno de la Corporación y a través de su cuantificación en los Presupuestos oportunos y dando de alta a los afectados en el RGSS, pero, en estos casos, la percepción de tales retribuciones será incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas.

Por tanto, si como resulta en este caso, el actor, al menos durante la legislatura 2003-2007, ha venido desempeñando su cargo de Primer Teniente de Alcalde de la Corporación demandada, con dedicación exclusiva, desde noviembre de 2005, durante ese período no ha podido percibir ningún tipo de remuneración distinta, a cargo de la propia demandada, por ser incompatibles, lo cual descarta, de plano, cualquier relación laboral, cierta, a todos los efectos del Art. 1.1 ET, entre las partes, sin perjuicio de la apariencia que se le haya dado a la misma, vía simulación y demás —curiosamente, teniendo la exclusividad desde noviembre de 2005, el único contrato de trabajo suscrito es de fecha diciembre de 2005—.

Finalmente, respecto a la petición de excepción de incompetencia de jurisdicción el TSJ de Castilla y León señala que es la jurisdicción contencioso administrativa la encargada de conocer de las posibles incidencias al respecto.

Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estima el recurso presentado por el Ayuntamiento de Santo Tomé del Puerto y declara la inexistencia de una relación laboral y, en consecuencia, la incompetencia de la jurisdicción social revocando la sentencia recurrida.

3. Los fundamentos de derecho de la sentencia se centran en la incompatibilidad entre el cargo de Concejal con dedicación exclusiva y la obtención de cualquier tipo de remuneración por parte de las Administraciones Públicas. En opinión de la Sala, dicha incompatibilidad hace imposible la existencia de una relación laboral.

Discrepo de la argumentación usada en la Sentencia. El artículo 75 LBRL no impide la existencia de una relación laboral, lo que sanciona es su existencia en el caso de haberla. Es decir, si hubiera una relación laboral entre actor y Ayuntamiento y, en consecuencia, una remuneración, esta sería constitutiva de una infracción administrativa o incluso penal. Lo que debería haber hecho la Sala es estudiar en profundidad si en la relación entre actor y

Ayuntamiento se daban las notas exigidas por el artículo 1.1 del ET, estas son: retribución, voluntariedad, ajenidad y dependencia. Si estas notas se dieran sería obligatorio señalar la laboralidad de la relación. Y no prejuzgar que la Ley de Bases de Régimen Local impide la existencia de una relación laboral.

No obstante, aunque discrepando de la argumentación usada por el TSJ para alcanzar el fallo, se puede compartir el mismo. De los fundamentos de hecho y de derecho se infiere que el Ayuntamiento usó la contratación laboral para darle al Concejal la remuneración dineraria propia de su condición de Concejal con dedicación exclusiva y que la celebración del contrato, por tanto, no era más que una simulación. Incluso, así parece reconocerlo el Tribunal, aunque erróneamente, en mi opinión, otorga una menor importancia a este argumento en favor de la aplicación automática del artículo 75 LBRL.

En conclusión, puede observarse que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1.1 ET y, por consiguiente, debe revocarse la sentencia de instancia y reconocer la inexistencia de una relación laboral entre Concejal y Ayuntamiento, tal y como acertadamente hace el TSJ.

### **C) Autónomos**

#### **STS de 12 de junio de 2012 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 2060/2011), IL J 885/2012**

1. La presente sentencia resuelve el recurso de casación en unificación de doctrina planteado por D. Jacinto frente a la resolución del TSJ-País Vasco que daba respuesta al correspondiente recurso de suplicación, entendiéndose que no cabía entrar en el fondo del asunto por falta de jurisdicción por razón de la materia. A su vez, este recurso de suplicación fue planteado por NORBERT DENTRESSANGLE GERPOSA, S.A., empresa demandada, frente a la sentencia de instancia que valoraba los hechos probados como constitutivos de una extinción nula de contrato de TRADE. En el relato fáctico se tiene en cuenta que: a) D. Jacinto ha prestado servicios para la empresa demandada desde 2008, como transportista con vehículo propio, adscrito al RETA; b) El demandante presta servicios en régimen de exclusividad para la demandada, de la que obtiene la totalidad de sus percepciones económicas; c) El demandante no tiene trabajadores a su cargo ni subcontrata los servicios que le encomienda la demandada; d) El actor es propietario del vehículo con el que presta sus servicios, así como titular de la correspondiente tarjeta de transporte y está dado de alta en el IAE; e) Queda probada la comunicación remitida por el demandante a la empresa por la que pone en su conocimiento su condición de TRADE y solicita la perfección del correspondiente contrato; f) Como consecuencia de un intento de rebaja de las tarifas por parte de la demandada, los transportistas que prestaban servicios para ella acordaron constituirse en Colectivo de Transportistas Autónomos de NORBERT DENTRESSANGLE, nombrando representantes del mismo a D. Jacinto y D. Dionisio; g) Poco después la empresa demandada dio por extinguida la prestación de servicios de ambos representantes.

2. La Sala de lo Social del TS, tras evidenciar la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la de contraste, se pronuncia sobre la cuestión principal planteada por el recurrente; esto es, si la formalización por escrito y ulterior registro del contrato de un

TRADE tiene naturaleza constitutiva o meramente declarativa. En este sentido, el ponente aplica la doctrina establecida por la propia Sala en resoluciones de 11-7-2011; 12-7-2011 y 24-11-2011, conforme a la cual, en principio, hay que aceptar la prioridad de la calificación material de la relación y descartar el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, pese a lo dispuesto en el art. 12.1 LETA. De acuerdo con esta doctrina, se declara que procede revocar la sentencia recurrida y devolver los autos al TSJ-País Vasco para que, con libertad de criterio, determine si concurren o no los requisitos materiales de la relación jurídica del TRADE y, de concurrir éstos, entrar a valorar el fondo del asunto. Todo ello, partiendo de la constatación de que es hecho probado la comunicación del TRADE a la empresa en los términos expuestos en el FD Cuarto de la STS 11-7-2011.

3. En este caso, se desplaza el debate sobre el carácter constitutivo de la formalización de la comunicación del TRADE a la empresa de la que depende económicamente hacia la naturaleza constitutiva o declarativa de la formalización del contrato. Resulta fundamental atender a los criterios materiales, de lo contrario se dejaría en la más absoluta desprotección a los trabajadores que, en situaciones de conflicto como la que aparece en el relato fáctico, se organizan colectivamente para negociar con la empresa sus condiciones de trabajo. Igualmente, resulta de interés el hecho de evitar que cuestiones formales impidan u obstaculicen avanzar en el régimen del TRADE, en esta ocasión sobre su dimensión colectiva.

### **STSJ de Galicia de 13 de diciembre de 2011 (Recurso de Suplicación n.º 4077/2011), IL J 681/2012**

1. El actor suscribió en fecha 23-7-1997 contrato de servicio de transporte de correspondencia con la demandada. El demandante inició sus servicios, como chófer repartidor, el 1-9-97, haciendo la ruta del reparto del servicio, utilizando el vehículo de su propiedad Furgón Peugeot y con el rotulo de la demandada. El citado vehículo es titular de la correspondiente autorización administrativa. Por dichos servicios el actor facturaba a la demandada mensualmente, una cantidad, con el correspondiente IVA. El actor figura de alta en el RETA. En 23 de marzo pasado el actor recibe comunicación escrita en que se le dice que finaliza el próximo 31 de marzo la prórroga forzosa del mismo, de acuerdo con la comunicación que se le efectuó en su día. Dicha prórroga se aprobó como consecuencia de la decisión tomada por la demandada de finalizar su relación contractual con otra empresa.

2. El art 1.3.g) LET excluye del ámbito laboral la actividad de quienes realizan servicios de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, con vehículos comerciales cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten. Según la jurisprudencia es aplicable dicha norma a los vehículos de transporte cuyo peso máximo autorizado supera los 2.000 kg. El criterio de la autorización administrativa exigida a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado. El tonelaje del vehículo es determinante para la delimitación de la frontera entre transporte mercantil y actividad de transporte constitutiva de relación laboral. Todo ello sin perjuicio, para la obligada exclusión, del requisito legal de la autorización administrativa. Desde el referido art. 1.3.g) ET, el intérprete queda liberado en principio de la apreciación pormenorizada de la concurren-

cia de las notas generales del contrato de trabajo, pudiendo y debiendo proceder en primer lugar a la comprobación de si concurre o no en el caso el criterio legal concreto que se adopta como indicador específico de las mismas. Aun tras la entrada en vigor de la Ley 11/ 1994 si en la prestación del servicio de transporte con vehículo propio concurren las notas generales de ajenidad, dependencia y retribución salarial y, además, el medio de transporte utilizado en el desarrollo de la actividad no exige para su realización la obligatoriedad de la previa obtención de la concreta autorización administrativa para el transporte de mercancías por carretera que habilite para su específica prestación, es dable seguir configurando como laboral la relación existente entre las partes, lo que acontecerá, entre otros supuestos, cuando el transporte se realice en vehículos de hasta 2 Tm de peso máximo autorizado inclusive, que no requieren de tal autorización. La autorización administrativa, a la que se refiere el art. 1.3.g) ET, es la autorización administrativa para el transporte de mercancías a la que se refiere, fundamentalmente, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres como habilitadora para su prestación. El art 1.3.g)2 LET no excluye del ámbito laboral a toda prestación del servicio de transporte ya que, a la vista de los requisitos considerados por aquél, dicha exclusión sólo opera cuando concurren cumulativamente varios elementos, a saber: que el vehículo con el que se lleva a cabo dicho servicio sea propiedad de quien lo presta (o bien tenga sobre él un poder de disposición directo), lo realice al amparo de una autorización administrativa de la que sea titular y dicho vehículo sea comercial de servicio público. La condición de ser titular de la correspondiente autorización administrativa no es un dato meramente formal y accesorio, sino que revela una relación jurídica bien determinada si se tiene en cuenta que, tal como se dispone en el art. 47.1 LOTT y aquella autorización constituye el título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias del mismo

La consideración conjunta de los requisitos exigidos por el precepto cuestionado, para considerar no laboral la prestación del transportista con vehículo propio, evidencia que la realidad jurídica por aquél configurada es la prestación de resultado, que no de actividad, realizada por el transportista. El art. 1.3 g) LET entiende excluido del ordenamiento laboral el trabajo o actividad efectuado en desarrollo de una relación distinta a la descrita en el art. 1.1 ET, en tanto en cuanto la prestación del mencionado transportista no viene caracterizada por las esenciales notas de ajenidad y dependencia, al tratarse de relación concertada por un transportista autónomo.

Al encontrarse el demandante incluido en el ámbito del art. 1.3 g) LET, forzoso resulta concluir que su relación con la demandada está excluida del ámbito de aplicación de la LET, ya que el vehículo sobre el que se lleva a cabo el servicio, es propiedad del actor, es propietario del furgón Peugeot y con el rotulo de la demandada, el vehículo con el cual se efectuaba el transporte excedía de 2 toneladas, requería autorización administrativa y consta que el citado vehiculo es titular de la correspondiente autorización administrativa, sin que exista salario en la forma del artículo 26 LET, dado que por dichos servicios facturaba a la demandada mensualmente una cantidad con el correspondiente IVA, y el actor figuraba de alta en el RETA, todo lo cual conduce a estimar que no se trata de una relación laboral, sino ante un transporte de mercancías, transportista autónomo.

3. La jurisprudencia del TS ha venido diciendo que a partir de la Ley 11/1994 de 19/05, el denominado contrato de transporte con vehículo propio, con reparto personal de la mer-

cancia y siguiendo instrucciones de una empresa, se excluye del ámbito de la Ley, la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador. La autorización administrativa que refiere el art. 1.3.g) LET como causante de la extralaboralidad del vínculo, es la específica para determinados vehículos en función del tonelaje de carga. Y el criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado. A partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994 el intérprete queda liberado en principio de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de dichas notas generales, del art 1.1 LET. Como resulta que las competencias normativas en materia de transporte regional pueden estar atribuidas a las Comunidades Autónomas, según el art 149.1.21 CE, y lo están efectivamente en los Estatutos de estas entidades territoriales, la vinculación de la exclusión del régimen laboral con el criterio de la autorización administrativa, podría dar lugar a la vulneración del orden competencial establecido en el art. 149.1.7 de la Constitución, según el cual la legislación laboral corresponde en exclusiva al Estado. La interpretación que hace posible compatibilizar el criterio específico introducido en el art. 1.3.g) ET con el marco de la Constitución es la que entiende que el tonelaje determinante de las autorizaciones administrativas que excluyen del ámbito laboral es el existente en la legislación del Estado en el momento de la aprobación de la Ley 11/1994, quedando congelado en el precepto legal citado. Así pues, según el art. 41.1 RD 1211/1990 de 28/09, para la realización de transporte de mercancías o de viajeros por carretera, será necesaria la obtención del correspondiente título administrativo habilitante para el mismo, a menos que se trate de transportes públicos de mercancías realizados en vehículos de hasta 2 toneladas de masa máxima autorizada, inclusive. De ello se deduce que la frontera entre el trabajo autónomo como transportista y la misma realidad llevada a cabo por cuenta ajena con vehículo propio, viene fijada por la suma del peso del propio vehículo y el de la carga, para saber si supera o no las 2 Toneladas. Cuando el transportista es titular de la necesaria autorización administrativa en estos casos, no existe contrato de trabajo (STS de 28/03/2011).

*La primera observación que se ha formulado es que parece obvio que, si en una legislación administrativa comunitaria, no se requiere autorización cuando el peso se limita a 2 Toneladas, y el transportista no la obtiene, ni la pide, el contrato no puede dejar de reputarse contrato de trabajo.*

*La segunda observación es que el nuevo modo de prestar la actividad por estos transportistas, es el contrato como TRADE, incluidos en el ámbito del orden social de la jurisdicción [art. 2.d) LRJS]. Al respecto existen dos líneas de interpretación de la exigencia del contrato escrito. La primera se detecta cuando se expresa que en el caso de un transportista con vehículo propio que trabajaba como tal desde antes de la entrada en vigor de la LETA concurriendo en su relación todas las características definitorias del trabajo autónomo económicamente dependiente (de acuerdo con el artículo 11 de la LETA y su DA 11.ª), omite la formalización de su relación contractual como tal, por la simple razón de que aún no se había producido el desarrollo reglamentario previsto en dicho artículo y que no tuvo*

lugar hasta la promulgación del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, se trata de un transportista con vehículo propio cuya relación contractual comienza antes de la entrada en vigor de la LETA, concurriendo en ella las características definitorias del trabajo autónomo económicamente dependiente, los contratos de trabajo civiles o mercantiles vigentes tendrán siendo considerados así, hasta que sean adaptados en el plazo que se establece, a menos que se cumplan los plazos legales del art. 11 LETA y se cumpla la exigencia del art. 12.2 LETA, pues mientras la citada adaptación no se ha producido, el contrato no es de TRADE (SSTS de de 11-07-2011, 12-07-2011 y de 24-11-2011 4-04-2012).

No obstante, se ha de preferir otra línea jurisprudencial, según la cual hay que aceptar la prioridad de la calificación material y descartar el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, pese a que el art. 12.1 LETA establece que el contrato del trabajador autónomo dependiente «deberá formalizarse por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente» y ello porque, en nuestro Ordenamiento rige el principio espiritualista, que determina no sólo el reconocimiento de ese principio en el art. 1278 CC, sino que incluso en los supuestos en que se impone una determinada forma, como sucede en el caso del art. 1280 del citado Código, la consecuencia será la facultad de las partes para compelerse a otorgar el contrato en la forma prevista. La forma *ad solemnitatem* sólo debe apreciarse cuando la ley la imponga de manera categórica, bien sea directamente o cuando ese carácter se desprenda de la función que la exigencia formal cumple en el correspondiente tipo contractual. No es este el supuesto del art. 12.1 LETA, en el que la ley se limita a establecer la forma escrita y el registro en una fórmula similar a la del art. 1280 CC. De ahí que, con independencia de lo que más adelante se dirá sobre la comunicación del art. 12.2 LETA, hay que concluir que no se aprecia en el presente caso ese carácter solemne de la forma. Por el contrario, el preámbulo de la Ley lleva a conclusión distinta, porque lo que en la misma se persigue es responder a la necesidad de «dar cobertura legal» —es decir, una protección mínima de los derechos sociales— al trabajador autónomo dependiente, finalidad que se frustraría si con la mera omisión de la firma de un contrato escrito se pudieran eludir las garantías que la ley establece para el trabajador económicamente dependiente (STS de 11/07/2011).

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (dir.)  
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (Hogan Lovells)  
DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA  
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coord.)  
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ  
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO  
LUIS GORDO GONZÁLEZ

### III. EMPRESARIO

---

#### SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. GRUPO DE EMPRESAS.
  - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
3. CONTRATA.
  - A) **Diferencia con la sucesión de empresas.**
4. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
  - A) **Concesión administrativa y sucesión de empresa.**
  - B) **Liquidación de sociedad y sucesión de empresa.**
  - C) **Sucesión de empresa y mantenimiento de los representantes de los trabajadores.**
  - D) **Sucesión de plantilla.**
  - E) **Mantenimiento de las condiciones laborales: límite temporal y convenio colectivo aplicable.**
  - F) **Concurrencia de empleos en la misma empresa adjudicataria y superación del límite máximo de la jornada.**
  - G) **Subrogación prevista en convenio colectivo.**
  - H) **Incumplimiento de obligaciones de la empresa cedente: afectación a los trabajadores subrogados.**
5. CESIÓN ILEGAL.
  - A) **Cesión ilegal y contrata.**
  - B) **Cesión ilegal y posición empresarial plural.**

---

#### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 6 a 9 de 2012 de la *Revista Información Laboral* que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero emplea-

dor en supuestos de relaciones triangulares, grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura (u.d.).

## 2. GRUPO DE EMPRESAS

### A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

Como se reproduce en crónicas anteriores (véase, por ejemplo, la n.º 50) nuestro ordenamiento laboral carece de un tratamiento general y sistemático en relación al grupo de empresas, carencia que ha sido suplida con un rico tratamiento jurisprudencial cuyo objetivo es la represión de comportamientos que pudieran considerarse abusivos. Los supuestos litigiosos más frecuente son los relativos a la comprobación de la existencia o no de los criterios jurisprudenciales establecidos que determinan la existencia de un ficticio grupo de empresas, que la jurisprudencia califica de grupo de empresa a efectos laborales (unidad en la organización del trabajo entre las empresas del grupo; prestación de trabajo común —simultánea o sucesiva— entre varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real que determinen una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas; confusión de patrimonios; apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección) y la exigencia de comunicación de responsabilidades laborales entre las empresas que lo componen.

La **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012, IL J 829/2012**, utiliza los citados criterios jurisprudenciales para diferenciar el contrato de franquicia, que es el que existe en el caso enjuiciado, con un grupo de empresas a efectos laborales, que es lo que la trabajadora pretende que se reconozca para hacer extensiva la responsabilidad solidaria a la empresa franquiciadora. Siguiendo los anteriores criterios interpretativos, la Sala argumenta que el contrato de franquicia es una figura contractual atípica de nuestro Derecho Positivo que se celebra entre dos partes económicamente independientes para desarrollar una actividad comercial que se sujeta a las condiciones estipuladas en el contrato, entre las cuales se encuentra la contratación de personal por parte de la empresa franquiciada. Por lo tanto, las actividades de control que ejercita el franquiciador para mantener la imagen y el prestigio de la actividad que comercializa no ha de ser confundida con la existencia de un grupo de empresa a efectos laborales. Es, pues, a la empresa franquiciada la que le corresponde asumir las obligaciones laborales que se derivan del personal contratado, sin que sea extensible dicha responsabilidad laboral hacia la empresa franquiciadora ya que, como resuelve la Sala, en el supuesto enjuiciado, no existe una fusión o confusión de patrimonios sino dos comerciantes independientes, con capitales diferenciados, personalidad jurídica independiente, sin participación societaria uno de otro, con funcionamiento diverso y personal independiente cuyo vínculo consiste en haber concertado un contrato mercantil bajo determinadas condiciones, pero sin que de ello pueda derivarse la existencia de un grupo de

empresas a efectos laborales y, en consecuencia, la extensión de la responsabilidad laboral que la trabajadora pretende.

La no concurrencia de los criterios jurisprudenciales expuestos sirven de argumento a la **STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2011, IL J 698/2012**, para rechazar la pretensión del admitir la presencia de un grupo de empresas ficticio y de hacer extensiva la responsabilidad por despido improcedente de la empresa Marítima Montserrat, S.L. a las empresas Compañía Lanzaroteña de Navegación, S.A., Marítima Lucía, S.L., Marítima Gema, S.L. y Boluda Corporación Marítima, S.L. Para la Sala la coincidencia de actividad laboral entre las sociedades demandadas o la concurrencia de un mismo administrador entre ellas no basta para apreciar la existencia del fenómeno alegado. Tampoco el hecho de que uno o varios trabajadores de alguna de las sociedades demandadas, tras su cese, pasen a depender de otra empresa que se dedique a la misma actividad —como es lo que sucede con el trabajador—, por lo que no cabe alegar tampoco confusión de plantillas.

### 3. CONTRATA

#### A) Diferencia con la sucesión de empresas

La, **S.A.N de 11 de junio de 2012, IL J 757/2012**, desestima la pretensión de reconocer un supuesto de transmisión de empresa entre Fernando Buil, S.A., empresa que tenía contratado con BP los servicios de transporte petrolíferos y las nuevas adjudicatarias de dichos servicios Babé y Cía., Transqualiti 2001, y Bernabe. Sostiene la Sala que «el cese de servicio de Fernando Buil, quien no superó el concurso convocado al efecto y su sustitución por las mercantiles codemandadas, quienes superaron el concurso convocado al efecto, no comporta sucesión de empresa, ni tampoco de unidad productiva autónoma, puesto que el servicio, proporcionado por Fernando Buil hasta el 31-05-2012 y el que proporcionan los codemandados desde entonces se hizo y se hace con los propios medios materiales y personales de las empresas, tratándose de una actividad, que no se apoya en la utilización intensiva de mano de obra, ya que exige necesariamente la utilización de un alto número de vehículos especializados de coste importante».

En consecuencia, no existe ni sucesión de empresa ni transmisión de una unidad productiva autónoma, sino un cambio de contratista, tras la resolución del correspondiente concurso.

### 4. SUCESIÓN DE EMPRESAS

Como recuerdan las **SSTSJ de Madrid de 23 de marzo de 2012, IL J 845/2012**, y **de 7 de diciembre de 2012, IL J 668/2012**, al conocer dos supuestos de sucesión de empresas y que serán objeto de comentario en líneas posteriores «El elemento relevante para determinar el fenómeno sucesorio, a los efectos ahora examinados, consiste en dilucidar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude». Añade que «la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma

estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio». Y que «para determinar si reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figura, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente».

#### **A) Concesión administrativa y sucesión de empresa**

El reconocimiento del mecanismo de la sucesión de empresas resulta particularmente litigioso en aquellos casos en los que la empresa, que viene realizando la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir la actividad y realizarla por sí misma haciéndose cargo del personal de la empresa contratista.

La **STS de 11 de junio de 2012 (u.d.), IL J 883/2012**, reconoce la existencia de una sucesión de empresa entre la empresa contratista Geriex, S.L. y el Excmo. Ayuntamiento de Membrio. En el supuesto de hecho los trabajadores prestaban servicios para la empresa Geriex S.L. como cuidadores en el Centro Residencial Virgen de Guadalupe, cuya titularidad pertenece al Excmo. Ayuntamiento de Membrio pero cuya gestión y explotación estaba concedida a Geriex, S.L. hasta 2009, fecha en la que los citados servicios revirtieron al Excmo. Ayuntamiento de Membrio, pasando los trabajadores a prestar servicios por cuenta de éste. En virtud de tal asunción los trabajadores fueron contratados con contratos temporales por el Ayuntamiento citado hasta una nueva adjudicación. En reclamación del impago de cantidades no abonadas por Geriex, S.L. los trabajadores demandaron a la citada empresa y al Excmo. Ayuntamiento de Membrio por entender que existía un supuesto de sucesión de empresa.

Argumenta el TS que el hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no impide reconocer la existencia de una sucesión de empresas pues la circunstancia de que la transmisión se derive de una decisión de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no es excluyente de la aplicación de la normativa comunitaria sobre traspaso de empresas (Directiva 2001/23, de 12 de marzo). En consecuencia, «nos hallamos ante un claro supuesto de sucesión empresarial del art. 44.2 ET, en cuanto está acreditado que el Ayuntamiento, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica que se le había concedido, y que se llevaba a cabo en el Centro Residencial «Virgen de Guadalupe», asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores que, como Cuidadores, prestaban sus servicios profesionales en el señalado Centro Residencial; y esta sucesión conlleva, de conformidad con lo establecido en el apartado 3

del ya mencionado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que el Ayuntamiento code-mandado deba responder solidariamente con la empresa demandante las deudas salariales contraídas por ésta con los trabajadores demandantes, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida».

**La STSJ de Extremadura de 12 de enero de 2012, IL J 705/2012**, resuelve a favor de la subrogación empresarial en un supuesto despido contra el Ayuntamiento de Plasencia, al no haberse procedido por parte de la Corporación Local a subrogarse en los trabajadores que prestaban servicios para la empresa Setex Aparki, S.A., una vez que el Ayuntamiento asumió los servicios que venía realizando la citada empresa.

La Sala, con apoyo en la STS de 11 de julio de 2011, afirma que existió subrogación pues «en este caso, no consta que el Ayuntamiento demandado se haya hecho cargo de ninguno de los trabajadores que trabajan en el servicio que ha asumido, pero la duda surge sobre si la empresa que ha cesado le ha transmitido elementos patrimoniales suficientes para seguir con la prestación del servicio. Aparentemente, ha existido esa transmisión puesto que, a diferencia de lo que sucede en la limpieza de edificios y locales, donde los bienes necesarios para llevarla a cabo no tienen entidad suficiente para considerarlos una estructura básica de la explotación, sino que el elemento fundamental es el personal con que llevarla a cabo, aquí sí que existen esos elementos patrimoniales de una importancia y entidad suficiente como para considerarlos un elemento sustancial, además de los trabajadores, de la explotación, como son las grúas con las que se retiran los vehículos mal estacionados y los inmuebles donde se depositan o los aparatos de control del tiempo de aparcamiento, que antes detentados por la empresa saliente por cualquier título que fuera y después, tras el cese de ella en el servicio por el Ayuntamiento».

## **B) Liquidación de sociedad y sucesión de empresa**

**La STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2012, IL J 947/2012**, revisando un supuesto en el que se lleva a cabo la liquidación de una sociedad y la posterior creación de otra con parte de los activos de la precedente reconoce la existencia de una sucesión de empresa al quedar probado el traspaso de elementos patrimoniales y personales relevantes hábiles para desarrollar una actividad económica (art. 44 ET).

«la vigente doctrina de la Sala mantiene que el art. 44 ET exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial “viva”, es lo que permite hablar de la permanencia en su identidad, siendo así que este dato —conservación de la identidad— es exigido por la normativa comunitaria —Directiva 1977/187/CEE de 14/febrero; Directiva 1998/50/CE, de 29/ junio; y Directiva 2001/23/CE de 12/marzo, y ha sido considerado elemento determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial en la jurisprudencia comunitaria [STCE 65/1986, de 18/marzo/86], habiendo señalado al respecto ese mismo Tribunal que aun cuando esa circunstancia se deduce normalmente del hecho de que la empresa “continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude”, para llegar a dicha conclusión hay que tener también en cuenta “otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus

métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone” [STCE 212/2000, de 26/septiembre, Asunto C-175/1999]. Doctrina plenamente aplicable al presente supuesto en que la recurrente asumió en su día unas instalaciones con una maquinaria y una plantilla determinada, para continuar con la actividad que se venía desarrollando con anterioridad en dichas instalaciones, por lo que no cabe más que concluir con la existencia de una sucesión de empresas entre las codemandadas, siendo el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva, determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1996 (TJCE 1996/65), Spijkers y de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997/45), Süzen). Igualmente se viene sosteniendo que la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995 (TJCE 1995/154, Rygaard), y el concepto de “entidad” hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Süzen, antes citada), requisitos que concurren en el presente litigio lo que lleva a desestimar el motivo formulado y con él el recurso confirmando el fallo recurrido».

### C) Sucesión de empresa y mantenimiento de los representantes de los trabajadores

En consonancia con la normativa aplicable a la sucesión de empresas (art. 44.5 ET y art. 6.1 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo) los representantes de los trabajadores afectados por la transmisión conservan su mandato representativo en los mismos términos que con anterioridad al traspaso siempre y cuando la empresa o unidad productiva transmitida conserve su autonomía. La **STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2012, IL J 835/2012**, en un proceso de externalización llevado a cabo por la empresa Siro Briviesca, S.L. y la subrogación de los trabajadores de ésta a la nueva empresa DHL la Sala reconoce que «es norma básica y rectora de la cuestión suscitada en esta litis el art. 44.5 ET (RCL 1995, 997): «cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad». Lógica conclusión deductiva de lo anterior es que si la empresa cedente o transmitida no mantiene su autonomía, los trabajadores que venían desempeñando funciones representativas cesarán ex lege en su ejercicio, en la medida en que la desaparición de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva conlleva, en virtud del proceso de integración, la de todos aquellos mecanismos de funcionamiento en el orden o ámbito de la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, preexistentes hasta el cambio de titularidad empresarial». La desaparición de la autonomía empresarial con la subrogación obliga a remitirnos a lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2001/23 «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados». A juicio de la Sala «el alcance de la Directiva no es otro que evitar la desprotección representativa a de los trabajadores cedidos cuando su anterior empresa pierde autonomía,

pérdida que no implica ni supone, a tenor de las disposiciones legales comentadas, que los representantes sindicales de la empresa o centro de trabajo extinguido conserven su cargo en las dos situaciones posibles: existencia de órganos representativos en la empresa a la que pasan a prestar servicios y falta de estos órganos, pues en uno y otro supuesto la desaparición de la empresa conlleva la del cargo sindical desde el momento en que se hace efectiva la transmisión».

Sin embargo, como indica la Sala, «estando sin plasmar por el momento la fórmula para que el mandato legal del art. 6.1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001, 1026) sea aplicable en el ámbito del derecho positivo nacional en el caso de que la empresa o centro de trabajo que ha absorbido al empleador anterior no cuente con órganos de representación social, de lo que no hay razón justificada para entender que en este particular caso ha de admitirse como salvedad implícitamente entendida, que aun habiendo desaparecido la entidad empresarial transmitida, opera la subsistencia del cargo».

La **STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2011, IL J 668/2012**, reconoce la figura de la sucesión empresarial entre la Factoría Servicios Integrales Martín Prieto, S.L. —encargada de la reparación de los carros transportadores de bandejas y jaulas propiedad de Correos— y Topilteco, S.L. —la nueva empresa adjudicataria de los citados servicios de mantenimiento—. En el caso de autos y, a criterio de la Sala, se dan los requisitos que contempla la regulación laboral (art. 44 ET) para considerar la sucesión empresarial puesto que el objeto de la adjudicación ha sido el mismo, lo cual indica que los servicios contratados también son los mismos. Y son estas circunstancias, a juicio de la Sala, las relevantes para reconocer que ha existido sucesión de empresa, sin que haya de atenderse a otros datos tales como la dedicación diferente de cada empresa, la inexistencia de negocio jurídico previo entre ambas e incluso si el nuevo empresario es o no propietario de los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad.

«La obligación de subrogación surge más bien por la concurrencia de los requisitos del art. 44 ET, ya que, la unidad productiva que se transmite, reparación de los carros transportadores y jaulas además de la gestión del almacén de repuestos que proporciona Correo constituye una entidad económica que mantiene su identidad entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una misma actividad económica, esencial o accesoria, en los mismos locales de Correos, que continúa con las infraestructuras proporcionadas por la empresa principal, concurriendo así los elementos subjetivo y objetivo caracterizadores del art. 44 ET».

#### **D) Sucesión de plantilla**

Uno de los supuestos de sucesión empresarial reconocido por la jurisprudencia comunitaria y adoptada por la doctrina jurisprudencial española es la denominada «sucesión de plantilla» supuesto que es característico en determinados sectores económicos en los que la actividad de la empresa descansa, principalmente, en la mano de obra.

La **SAN de 9 de julio de 2012, IL J 958/2012**, resuelve a favor de la sucesión de empresas en un supuesto de conflicto colectivo que afecta a trabajadores provenientes de la empresa Compañía Internacional de Coches Camas y Turismos, S.A. (Wagon Lits) que fueron subrogados por la empresa Cremonini Rail Ibérica tras la adjudicación por RENFE

Operadora a esta última del servicio de restauración y atención al cliente a bordo de trenes, anteriormente comercializado por Wagon Lits. Amparándose en la doctrina del TS la Sala sostiene que

«un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica» después de la transmisión “cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, de ese personal” pero “(...) si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad”».

En consecuencia, para la Sala se ha producido una sucesión de plantilla al no haberse acreditado la transmisión de elementos patrimoniales.

La **STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2012, IL J 845/201**, reconoce la existencia de sucesión de plantilla en caso en el que la nueva adjudicataria Servimax Servicios Generales sustituye a Nuvic, S.L. en el mantenimiento de los servicios en el centro empresarial Parque Norte de Madrid haciéndose cargo del 80% de los trabajadores que prestaban servicios en dicho centro empresarial —propiedad de GMP Sociedad de Inversiones e Inmobiliarias, S.A.—. A criterio de la Sala para que exista una sucesión empresarial no es necesario «a efectos legales que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad, cual ha ocurrido en el presente caso, en el que la recurrente ha sucedido en la contrata a la anterior contratista y se le han encomendado las mismas labores». Las circunstancias expuestas junto al hecho de que la nueva adjudicataria integre al 80% del personal de la empresa saliente son reveladoras de que de que el conjunto de trabajadores empleados constituyen una unidad económica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. El razonamiento expuesto no queda desvirtuado, a criterio de la Sala, por el hecho de que la nueva adjudicataria haya aportado maquinaria propia y elementos materiales si no se prueban la importancia de éstos mientras que sí queda probado la ocupación que la empresa entrante dio al 80% de la plantilla anterior y que los trabajos realizados por éstos no implican una gran inversión en muebles y maquinarias sino, principalmente, en capital humano».

La **STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2011, IL J 689/2012**, sustenta su pronunciamiento en la doctrina de la sucesión de plantillas en un caso en el que la UTE Diseño y construcción Técnica de Exposiciones y Ruaseis, S.L. asumió la concesión de la gestión del Palacio de Congreso de Castilla y León en Salamanca y procedió a contratar con contratos temporales a los trabajadores que anteriormente habían prestado servicios en la concesionaria anterior, procediendo meses de después a extinguir los contratos a dos de ellos por no superación del período de prueba. Para la Sala «Es la plantilla, considerada en su conjunto la que caracteriza la organización productiva que entra en juego, de manera que la pervivencia de la misma plantilla supone identidad de la organización productiva asumida. Se trata de una cuestión de hecho, que no exige de un acuerdo de transferencia

entre el primero y el segundo contratista. Basta con que se produzca la asunción de la organización productiva por el nuevo empresario para que exista sucesión.

No puede confundirse el que el convenio colectivo no haga obligatoria la subrogación en los contratos de los trabajadores con que la misma quede prohibida y se excluya por ello la sucesión de empresa. El convenio puede obligar a la asunción de la plantilla de la contratista anterior o no, pero, a efectos legales, cuando dicha asunción se produce (de forma obligatoria o voluntaria), en las actividades caracterizadas por depender esencialmente de la aportación de mano de obra, existe sucesión de empresas a efectos del artículo 44 del estatuto de los Trabajadores». Como dijimos en nuestra sentencia de 17 de octubre de 2007 (suplicación 1577/2007), puede ocurrir que con motivo de una transferencia de funciones se adopte la decisión de transferir también la organización productiva que venía desarrollando las mismas (organización que puede consistir exclusivamente, en el caso de actividades realizadas esencialmente mediante el trabajo humano, en un conjunto organizado de trabajadores), en cuyo caso habrá sucesión a efectos laborales, lo que producirá la subrogación de un nuevo empleador en lugar del anterior en relación con todos los trabajadores que formaban parte de la organización productiva traspasada, pero también puede ocurrir que se adopte la decisión contraria, en cuyo caso, si la transferencia de tareas o funciones no viene acompañada de la transmisión de una organización productiva, no existirá sucesión. Como quiera que en este caso la nueva adjudicataria, aún sin estar obligada, decidió asumir la plantilla adscrita a la ejecución de la concesión administrativa y la organización productiva se caracterizaba esencialmente por la composición de dicha plantilla, no constando la adscripción de medios materiales relevantes, se ha producido la indicada sucesión. Esta sala ha venido estableciendo que, a los efectos de establecer la existencia de sucesión de empresas, es suficiente con que la empresa entrante se haga cargo de un 50% de la plantilla de la empresa saliente y en este caso observamos que de la plantilla que se regía por el convenio colectivo de Oficinas y Despachos (5) se hizo cargo de tres que supone un porcentaje superior al referido 50%»

**Las SSTSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2011, IL J 702/2012, y 6 de marzo de 2012, IL J 829/2012,** reconocen la existencia de sucesión de empresa por sucesión de plantilla entre el Club Deportivo Universidad de Santiago de Compostela y la Fundación Universidad Santiago de Compostela Deportiva al considerar que ésta última pasa a desempeñar las funciones que venía realizando el Club Deportivo Universidad Santiago de Compostela hasta su desaparición utilizando las mismas instalaciones y pasando la casi totalidad de la plantilla del Club a desempeñar actividades para la Fundación. Entiende la Sala que la sucesión de empresa no queda impedida por el hecho de que en la contratación de los trabajadores se haya procedido a la realización de una oferta de empleo y posterior selección cuando en el caso de autos ha quedado probada la asunción en bloque de la mayor parte de la plantilla, consistiendo la oferta de empleo en un mero medio para intentar enmascarar la sucesión empresarial.

#### **E) Mantenimiento de las condiciones laborales: límite temporal y convenio colectivo aplicable**

Objeto de interpretación judicial por parte del TS ha sido el alcance de las garantías laborales que se derivan del mecanismo subrogatorio en los supuestos de transmisión de empre-

sas. La **STS de 24 de abril de 2012 (u.d.), IL J 771/2012**, conoce un supuesto en el que el objeto del litigio es el mantenimiento de determinadas condiciones laborales (más en concreto la duración anual de los contratos fijos-discontinuos) tras la subrogación por parte del Ayuntamiento de Madrid de la plantilla de trabajadores del extinto Instituto Municipal de Deportes. En el caso de autos el TS resuelve que los trabajadores que se integraron en el Ayuntamiento de Madrid mantuvieron las condiciones laborales de su anterior convenio colectivo hasta que fue íntegramente derogado por el Convenio Colectivo Único del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, pasando las condiciones económicas y de trabajo a ser absorbidas y compensadas en su totalidad por las nuevas condiciones pactadas, salvo determinados aspectos relativos a jornadas y horarios del personal, en virtud de lo dispuesto en el nuevo convenio. En consecuencia, interpreta la Sala que no debe de mantenerse en vigor la duración de los contratos fijos-discontinuos en seis meses cada anualidad conforme establecía el convenio anterior, ya que el mismo quedó derogado por un nuevo convenio, siendo, por lo tanto, válido el llamamiento en su día realizado por el Ayuntamiento de Madrid.

#### **F) Concurrencia de empleos en la misma empresa adjudicataria y superación del límite máximo de la jornada**

Resulta habitual en las actividades de asistencia a personas dependientes que un mismo trabajador desarrolle su prestación de servicios en diferentes tramos de jornada e incluso para distintos centros de trabajo para la misma o distinta empresa a la misma vez. Las consecuencias que se derivan en los cambios de adjudicaciones de los citados servicios cuando tras la adjudicación confluye en una misma empresa prestaciones de servicios que anteriormente se realizaban por un mismo trabajador para diferentes empresas es un supuesto que conoce el TS en la **STS de 1 de junio de 2012 (u.d.), IL J 873/2012**. En el caso de autos la trabajadora prestaba servicios como auxiliar de clínica en jornada a tiempo parcial en Aeromélica Canaria, S.L. y como gerocultora en jornada a tiempo completo para Eulen Servicios Socio Sanitarios, S.A. Tras la nueva adjudicación de los citados servicios por el Cabildo Insular de Gran Canarias ambos pasaron a ser adjudicados a Eulen, por lo que ésta decidió no subrogarse en el contrato que la trabajadora mantuvo con Aeromélica por entender que ya era plantilla de la empresa (la adjudicación daba lugar a que la trabajadora pasara a desempeñar para la misma empresa una jornada a tiempo completo y una jornada a tiempo parcial superando así la jornada máxima permitida).

«No cabe reputar ilícito el desempeño de las dos jornadas, que hasta la subrogación no lo era. Las consecuencias de la subrogación deberán medirse del lado del trabajador de forma que lo que ha resultado lícito hasta la fecha no deje de serlo al operar un mecanismo con el que se le pretende beneficiar, y sin que el obviar la subrogación le beneficie porque había supuesto la expulsión de su plantilla por la empresa saliente. Su incorporación a la empresa entrante es el resultado de unas previsiones jurídicas específicas del sector, su puesto de trabajo es distinto en cada una de las contratantes y en el futuro podría operarse otro cambio en las adjudicaciones y disgregarse nuevamente en dos la figura de la empleadora. Por esta razón solo se consigue la finalidad protectora de las normas dejando que opere la subrogación de la empresa entrante, al no estar en discusión que se cumplen los requisitos necesarios, y que la incorporación de la trabajadora se mantenga en dos jornadas separadas

a todos los efectos en las mismas condiciones en las que operaría su relación de pertenecer a una sola empresa con varias contrataciones y sin que sea óbice la limitación de jornada ya que en una categoría, la de gerocultora y en un centro de trabajo, el Pabellón Sur, desempeña una jornada y en otra categoría, la de auxiliar de clínica y otro centro, el Pabellón Norte desempeña otra, por lo que se mantienen idénticas las condiciones de ahí que si bien se acepta la tesis de la sentencia recurrida en cuanto a imponer la subrogación a la nueva adjudicataria, sin embargo, no cabe contemplar, por el solo hecho de la misma, una modificación de sus condiciones».

### G) Subrogación prevista en convenio colectivo

Aunque, en principio, aparezcan supuestos de mera asunción de actividad en el marco de un contrato sucesivos sin transmisión de elementos patrimoniales y/o sin sucesión de plantillas a los que no le resulta de aplicación la normativa legal sobre transmisión de empresas (art. 44 ET), la doctrina del TS —tal y como nos recuerda la **STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2011, IL J 668/2012**— ha admitido la subrogación del empresario entrante en los contratos de los trabajadores de la contrata saliente cuando opere alguno de los siguientes supuestos:

- acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aún cuando no se cumplan los requisitos del art. 44 ET.
- cuando venga impuesto en el pliego de condiciones que rige la contratación cumpliéndose todos los requisitos allí previstos
- cuando venga impuesto en norma convencional que así lo establezca, si bien la continuidad de los contratos se hace depender del cumplimiento de los requisitos previstos en la norma y se producirá en los términos y con los efectos previstos en ésta.

Sin embargo, la aplicación práctica de cada uno de estos supuestos no está exenta de litigiosidad, como podemos comprobar por el número de pronunciamientos que, en relación con esta cuestión, se recogen en esta crónica.

La imposición del mecanismo subrogatorio por la vía de su inclusión en las cláusulas de los convenios colectivos viene siendo habitual en el sector servicios como instrumento garante de la estabilidad en el empleo ante un supuesto de cambio del empresario contratista de los servicios. Sobre el particular la **STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2012, IL J 944/2012**, ante un supuesto en el que los actores reclaman a la nueva empresa contratista Alentis Vinsa Seguridad, S.A. el derecho a mantener la jornada y el horario que disfrutaban con el Grupo Cetsa —la anterior contrata— resuelve que «para que exista la obligación de subrogar en el caso de sucesión de contrataciones, ello puede venir impuesto, en primer lugar, en el pliego de condiciones o cláusulas administrativas o en el pliego de prescripciones técnicas que rige la contratación en este caso administrativa. En segundo lugar debe venir dado por la existencia de una transmisión o sucesión empresarial propiamente dicha al amparo del art. 44 del ET, esto es, que además de suceder en la actividad lo que es evidente que concurre, se haya sucedido en los elementos patrimoniales y/o personales. Y en tercer lugar por venir impuesto por la norma convencional del sector en donde desarrolla su actividad

la contrata, situación que es la que se da en el caso de autos. Y en base a tales premisas no puede concluirse que la sentencia de instancia haya infringido las normas y jurisprudencia alegadas».

La imposición de la subrogación por la vía convencional es la resolución a la que llega la **STSJ de Andalucía de 12 de abril de 2012, IL J 985/2012**. En el caso de autos, la Sala examina la posible obligación de la empresa Securitas Transport Aviation Security, S.L. adjudicataria de los servicios de seguridad para las dependencias de Aena Novosur de subrogarse en los derechos y obligaciones de Segurisa con sus trabajadores en aplicación de la subrogación de servicios dispuesta en el art. 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad (2009-2012).

«Por su parte, el artículo 14 del Convenio expresado aplicable en el momento de producirse la sucesión de empresas en la titularidad de la contrata, determinaba lo siguiente en la materia, diferenciando entre el tipo de actividad de las diversas empresas incluidas en su ámbito funcional: “Subrogación de servicios. Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, con clara diferenciación entre subrogación de servicios de vigilancia, explosivos y sistemas y de transporte de fondos, en base a la siguiente Normativa: A) Servicios de Vigilancia, Sistemas de Seguridad, Transporte de Explosivos y Guardería Particular de Campo: Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador de servicio subrogado establecidas en los Artículos 45, 46 y 50 de este Convenio Colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el Art. 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.

Asimismo procederá la subrogación, cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida, aunque aquella sea inferior a siete meses.

Igualmente procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio”.

Esta disposición es recogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000, poniendo de relieve que “Esta obligación de subrogación, que el precepto convencional establece ‘en todo caso’, aparece matizada, al regular las obligaciones comunes en los casos de subrogación en servicios de vigilancia y de transporte”, señalando que, “no desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese o redujese el mismo, por un período no superior a doce meses, si la empresa cesante o los trabajadores, cuyos contratos de trabajo se hubiesen resuelto, o no, por motivo de esta suspensión o reducción, probasen, dentro de los treinta días siguientes a la terminación del plazo citado, que el servicio se hubiese reiniciado o ampliado por ésta o

por otra empresa”. “A contrario sensu”, se deduce que la subrogación no es obligatoria para el nuevo contratista, cuando el arrendatario del servicio suspende o reduce el mismo por período superior a doce meses».

Habiéndose probado en el caso enjuiciado que la empresa adjudicataria asumió los trabajadores que consideró precisos en función de los servicios contratados respetando los criterios de antigüedad determinados en el art. 14 del convenio y por los que resultó perjudicada la trabajadora —al tener una antigüedad menor que el resto de los trabajadores subrogados— la Sala rechaza la extensión de la responsabilidad del despido a Securitas Transport Aviation Security, S.L., debiendo limitarse ésta a Segurisa, la empresa cesante.

Relacionado con el art. 14 del convenio colectivo citado es el supuesto que viene a conocer la **STS (Sala 4.ª) de 27 de abril de 2012 (u.d.), IL J 774/2012** y a las que siguen **SSTS de 12 de junio de 2012 (u.d.), IL J 891/2012; de 13 de junio de 2012 (u.d.), IL J 896/2012; de 15 de junio de 2012 (u.d.), IL J 899/2012; de 24 de abril de 2012 (u.d.), IL J 772/2012; de 2 de julio de 2012 (u.d.), IL J 970/2012; de 3 de julio de 2012 (u.d.), IL J 972/2012; de 9 de julio de 2012 (u.d.), IL J 976/2012.**

La cuestión que se plantea en todas ellas es la interpretación en el referido art. 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad (2009-2012) de qué debe entenderse por «servicio objeto de subrogación» cuando el objeto de la subrogación es la adjudicación de servicios de escolta, esto es, la protección a personas y cómo ha de computarse la antigüedad mínima exigible por la norma convencional para que proceda la referida subrogación. La base del litigio tiene en común a todas las Sentencias citadas la nueva licitación aprobada por el Gobierno Vasco para la prestación de servicios de protección a ciertas personas, la cual se realizó dividiéndose en lotes siendo definidos éstos por territorios y dentro de ellos por el tipo de personas objeto de protección (jueces y magistrados, cargos electos y políticos de determinados Partidos Políticos, víctimas de violencia de género) con diversos subgrupos en atención a las personas concretas objeto de protección a los que se van asignando los correspondientes escoltas. Dichos lotes (o parte de ellos) fueron asignados a diferentes empresas de seguridad, las cuales como adjudicatarias procedieron, en base al referido art. 14, a realizar las correspondientes subrogaciones de trabajadores a excepción de determinados trabajadores que reclamaron por despido al no asumir las adjudicatarias la subrogación de sus contratos por entender que tales trabajadores no cumplían el requisito de antigüedad mínima dispuesto —en el referido Convenio Colectivo—, el cual ha sido valorado por las adjudicatarias como antigüedad vinculada al concreto servicio realizado por los trabajadores y no en relación a la antigüedad de éstos en la empresa. Ante tan singular situación el TS resuelve que

«acorde con la finalidad y con los principios del referido art. 14 de la norma convencional, que el requisito de permanencia temporal que la citada norma vincula al “servicio objeto de subrogación”, ha de entenderse referido a la concreta contrata objeto de adjudicación por el Gobierno Vasco, con independencia de las singulares personas escoltadas, es decir, hay que partir desde la globalidad del servicio objeto de subrogación y no desde la singular parcela adjudicada a cada nuevo contratista. A diferencia de lo que se efectúa en la sentencia de contraste, que lo determina con relación al concreto lote y subgrupo, lo que comportaría determinar la antigüedad con relación exclusiva a la concreta persona protegida, y lo que

haría en la mayoría de las ocasiones imposible la subrogación querida expresamente por el convenio colectivo.

4. Vinculando el requisito de adscripción al “servicio objeto de subrogación”, en la forma expuesta, con el presupuesto de “antigüedad mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación”, exigido como regla, resulta también jurídicamente correcta la conclusión propugnada en la sentencia recurrida consistente en que la subrogación procederá siempre que el trabajador haya prestado sus servicios (en los términos en que éstos se entienden realizados en el art. 14) durante los siete meses inmediatos anteriores en el servicio objeto de contratación, cualquiera que sea la persona protegida y el lote al que se adscriba, pero únicamente afectará a las adjudicatarias del nuevo concurso en relación a aquellos escoltas que tuvieran asignado, justo antes del cambio, la cobertura del servicio a una de las personas cuya protección le haya sido adjudicada, incluido el caso de quienes lo atiendan en ese momento en razón a que fueron contratados expresamente para sustituirá quien normalmente lo hace.

(...) Parece claro que el lugar de trabajo tiene operatividad en determinadas modalidades de prestación de servicio de seguridad (como por ejemplo servicios de vigilancia y establecimientos), pero no en los casos de servicio de escolta de personalidades, caracterizada por la movilidad propia de esta clase de actividad. Queda pues como referencia principal de la transmisión del “servicio objeto de subrogación”, que es lo que concreta las subrogaciones que deben producirse en relación con los trabajadores adscritos al contrato que media entre la contratista y su principal. Y en este punto, como dice la sentencia recurrida, parece no existir “más criterio racional que el de atribuirlo a la adjudicataria de la protección de la persona a la que normalmente se escoltaba al tiempo del cambio de contratistas, con total independencia de si lo hizo así ininterrumpidamente durante los siete meses anteriores, o incluso, si fue la persona a la que escoltó por más tiempo en ese período”».

En el mismo sentido la **STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 2011, IL J 682/2012**, considera de aplicación el art. 14 del referido convenio colectivo en un supuesto de cambio de adjudicación de las empresas de prestación de los servicios de seguridad del Mercado Municipal del Carmen en el que las instalaciones del Mercado cambiaron de titularidad —pasaron de ser explotadas por el Ayuntamiento de Huelva a ser de titularidad de los concesionarios de los puestos— e incluso de ubicación a un nuevo edificio construido. Para la Sala tales circunstancias no son relevantes, pues el art. 14 del citado convenio colectivo mantiene la obligación empresarial de subrogarse en la relación laboral, aunque se produzca un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio.

La **STSJ de Canarias de 1 de diciembre de 2011, IL J 660/2012**, reconoce un supuesto de subrogación entre contratistas de limpieza por aplicación de lo dispuesto en el art. 49 del Convenio de limpieza pública viaria, el cual, impone a la nueva adjudicataria la obligación de subrogación en el personal en activo de la contrata saliente cuando éste acreditase una antigüedad mínima de cuatro meses y ello «con independencia de que en el pliego de condiciones no se hubiera previsto el deber de subrogación del personal afecto a la contrata o que en la relación remitida por el Ayuntamiento no se hubiera incluido a todos los trabajadores, pues ello no exime de la subrogación cuando tal obligación viene impuesta por la norma colectiva de aplicación».

## H) Incumplimiento de obligaciones de la empresa cedente: afectación a los trabajadores subrogados

Una cuestión particularmente litigiosa es la que se produce en las adjudicaciones de determinados servicios, como los citados de vigilancia y seguridad, en los que la empresa saliente incumple las obligaciones impuestas convencionalmente en el proceso de subrogación como son las de información y entrega de documentación a la empresa entrante y que aborda la **STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2012, IL J 715/2012**. La Sala, revisando un supuesto de despido, ha de resolver acerca de la existencia o no de subrogación entre la empresa cedente (Efectivox, S.A.) y la nueva adjudicataria de los servicios de manipulación de efectivo de Caixa Catalunya (Prosegur Compañía de Seguridad, S.A.) ante el incumplimiento por parte de la empresa cedente de aportar a la nueva adjudicataria de los citados servicios la certificación del sorteo del personal subrogado (requisito subsidiario al previo de la voluntariedad, según el convenio de aplicación, para la efectividad de la subrogación). La Sala remitiéndose a las sentencias del TS de 20 de septiembre y 26 de julio de 2007 señala «que las irregularidades en la entrega de información y documentación a la adjudicataria entrante no puede perjudicar al trabajador», distinguiendo así «entre los requisitos básicos determinantes de la subrogación, de los requisitos de información de una a otra empresa. Los primeros (añade) se ciñen al cese de la contrata con la entrada de la nueva adjudicataria y a la afectación del trabajador que demanda por despido. Ambos requisitos actúan como elementos constitutivos del deber de subrogación. En cambio, el cumplimiento de las obligaciones de información —y entrega de documentación que sirve de soporte a aquélla— no tienen esa naturaleza; se trata de requisitos independientes, relativos a las obligaciones de la empresa saliente para con la empresa entrante, sin proyección, por tanto, sobre la esfera jurídica del trabajador».

Por lo tanto, la Sala concluye que «si los hechos determinantes de la subrogación existen, el incumplimiento de su deber de información por parte de la empresa saliente no podrá proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del trabajador, haciéndole perder un derecho como consecuencia de un incumplimiento que ni le es imputable, ni ha afectado a la existencia del supuesto que justifica la subrogación».

## 5. CESIÓN ILEGAL

### A) Cesión ilegal y contrata

La norma laboral (art. 43.2 ET) reconoce la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre distintas empresas cuando tenga lugar alguna de las situaciones siguientes:

- Que el objeto de la contrata entre distintas empresas se limite a la puesta a disposición de trabajadores.
- Que la empresa cedente carezca de actividad, de organización propia y estable.
- Que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad.
- Que la empresa cedente no ejerza funciones inherentes a su condición de empresario.

La interpretación del precepto ha dado lugar a una rica jurisprudencia pues las situaciones que pueden darse en la práctica diaria son muy diversas. En particular, resulta compleja la distinción entre supuestos de descentralización productiva y de cesión prohibida cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que opera en el marco de una empresa principal, especialmente, en aquellos casos en los que se recurre a la contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio ilegal de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario siendo dificultoso establecer el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva. En estos casos los Tribunales vienen recurriendo a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración complementarios que tienen un valor indicativo u orientador para el órgano juzgador, entre los que cabe citar los siguientes: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, la realidad empresarial del contratista (existencia de capital, patrimonio, estructura productiva, etc.). Sin embargo, en ocasiones, estos criterios no son suficientes, en aquellos casos en los que la cesión prohibida opera entre empresas reales cuando el trabajador vinculado contractualmente a una empresa presta servicios permanente para otra y bajo sus órdenes.

La **STS de 19 de junio de 2012 (u.d.), IL J 900/2012**, resuelve un caso de cesión ilegal por la empresa Vaersa, la cual, contrató los servicios de la trabajadora para ser prestados en las dependencias de la Consejería de Agricultura de la Generalidad. Destaca la Sala, con apoyo jurisprudencial, la relevancia de la actuación empresarial en el marco de la contrata como un factor esencial para dilucidar la existencia o no de cesión ilegal reconociendo que para que esta proceda «basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario porque su lugar está ocupado por un titular ficticio».

En base a la doctrina expuesta la Sala reconoce la cesión ilegal de la trabajadora, puesto que aunque percibía el salario de la empresa Vaersa y era ésta quien le concedía las vacaciones el resto de funciones que llevaba a cabo la trabajadora eran dirigidas, orientadas, examinadas y aprobadas finalmente por la Consejería, que era la destinataria real de su actividad profesional.

La **STS de 4 de julio de 2012 (u.d.), IL J 973/2012**, sostiene la existencia de una cesión ilegal entre los trabajadores de la empresa Tragsa y el Organismo Autónomo Parques Nacionales del Ministerio de Medio Ambiente. Con apoyo en la Sentencia de 27 de enero de 2011 —que resuelve un supuesto similar— la Sala reconoce que «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del art. 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndolo por tal sus medios materiales y organizativos propios —que es lo que justifica que estemos en el campo de las contratas lícitas del art. 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del art. 43 del ET— y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague

los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos —esos mandos intermedios— pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente».

La doctrina jurisprudencial expuesta en líneas anteriores sirve de base al TSJ de Galicia para reconocer la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la Fundación Universidad de Santiago de Compostela Deportiva y la Universidad de Santiago de Compostela en los supuestos de hecho analizados en las **SSTSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2011, IL J 702/2012** y de **6 de marzo de 2012, IL J 829/2012**, por cuanto que ha sido la Universidad la que ha puesto los medios para que los trabajadores pudieran realizar sus funciones. También ha sido aquella la que organiza y gestiona las escuelas deportivas y establece su horario, ejerciendo la Fundación como mera empleadora formal al no poner en juego ni su organización ni ejercer facultades de dirección u organización del trabajo del actor limitándose tan solo a proporcionar el personal.

La **STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2012, IL J 916/2012**, sostiene que ha existido una cesión ilegal en la contratación de servicios informáticos entre la empresa Gesein, S.L. y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, pues aunque queda probado que la empresa Gesein es real y tiene una infraestructura propia los citados criterios jurisprudenciales no son suficientes para negar el fenómeno interpositorio prohibido. Como tampoco lo es, en sentido contrario, para afirmar su existencia el que el servicio que prestaba Gesein (desarrollo del sistema informático del INSS) se prestase en la sede de entidad administrativa contratante y utilizando ordenadores y material del INSS, pues dado el tipo de servicios que prestaban no podía ser otro. De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata constituya un elemento esencial para la calificación o no de la cesión ilegal. Y ello aunque el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por parte de la empresa contratista no baste para eliminar la cesión ilícita si se estima que éste actúa como delegado de la empresa principal. Así pues, el hecho de que las instrucciones referidas al contenido de la prestación de servicios fueran realizadas por personal del INSS, en lugar de personal de la empresa Gesein sirve a la Sala para reconocer la figura de la cesión ilícita, puesto que «las tareas realizadas por el actor se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios y controlar los fichajes».

La **STSJ de Murcia de 6 de febrero de 2012, IL J 580/2012**, reconoce que hubo cesión ilegal en el caso de autos. La trabajadora desempeñaba tareas administrativas para el Ministerio de Defensa en virtud de distintos contratos suscritos con distintas empresas que fueron adjudicatarias de los servicios prestados por la trabajadora quedando acreditado la relación interpositoria ilegal entre las adjudicatarias y el Ministerio de Defensa, puesto que aquéllas se limitaron a poner a disposición del Ministerio de Defensa a determinado personal para realizar una actividad propia, sin que las empresas adjudicatarias tuviesen

relevancia alguna y sin que los pliegos de cláusulas acreditasen un objeto contractual más allá de la puesta a disposición de la trabajadora.

Por el contrario el TSJ de Madrid niega la existencia de cesión ilegal entre la empresa Dell Computer, S.A. que subcontrató con Infogroup la prestación de servicios informáticos que, previamente, había contratado con Axa Tech. En el caso de autos el TSJ declara probado la existencia de responsables de la empresa Infogroup que se encargaban de determinar los trabajos a realizar, tomar decisiones y seleccionar al personal. Asimismo las empresas Dell Computer y Axa tenían responsables que se encargaban de la supervisión del trabajo realizado por los trabajadores de Infogroup. En su argumentación la Sala sostiene que el objeto de la subcontratación se justifica, desde el punto de vista técnico, en que Infogroup presta un servicio especializado a Dell Computer y por extensión a Axa, no siendo relevante el dato de que el trabajo se desarrollase en las dependencias de la empresa principal Axa (**STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2012, IL J 712/2012**).

La **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2012, IL J 643/2012**, revisando la prestación de servicios llevada a cabo entre Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., Sociedad mercantil Estatal Televisión Española, S.A. (RTVE) y Colbas, S.A. que, a su vez concertó contratos de puesta a disposición con Manpower Team ETT, S.A.U. para que los trabajadores puestos a disposición prestasen servicios en el Teatro Monumental de Madrid (que gestiona y utiliza como subarrendataria RTVE) niega la existencia de una cesión ilegal entre las empresas citadas. A juicio de la Sala no existe irregularidad alguna en el hecho de que Colbas, como contratista de RTVE y realizando trabajos para ésta acudiese a una ETT para que le proporcione los trabajadores que empleará en su contrata siendo la empresa contratista, a su vez, empresa usuaria en la relación con la ETT. Para apreciar una cesión ilícita entre las empresas referenciadas la Sala considera necesario probar alguno de los criterios de valoración de la doctrina jurisprudencial ya citados en líneas superiores, lo cuales no han sido probados como, por ejemplo, que el poder de dirección lo ejercía, en realidad, RTVE y que Colbas se limitaba a proporcionar a los trabajadores, o que carecía de estructura empresarial real.

La **SAN de 11 de junio de 2012, IL J 757/2012** (comentada en el apartado 3.A de esta crónica) también niega la existencia de cesión ilícita entre la empresa Fernando Buil, S.A. y BP puesto que, de los hechos probados se reconoce que Fernando Buil, S.A. es una empresa real, especializada en el transporte de combustibles y que cuenta con gran prestigio en el sector. Además cuenta con un patrimonio y un volumen de negocio importante y medios materiales y personales adecuados para el cumplimiento del contrato que mantenía con BP. Dicho contrato se llevó a cabo con el personal y los medios de Fernando Buil, S.A., siendo ordenado y dirigido por los propios mandos de ésta. Destaca la Sala que el razonamiento anterior no queda desvirtuado por el hecho de que BP impartiera cursos de formación a los trabajadores de Fernando Buil, S.A., puesto que se trata de una obligación contractual expresión de una legítima coordinación empresarial entre ambas empresas para prevenir riesgos laborales de los trabajadores implicados en el transporte de mercancías peligrosas.

## **B) Cesión ilegal y posición empresarial plural**

La **STS de 11 de julio de 2012, IL J 977/2012 (u.d.)** rechaza la tesis de la cesión ilegal entre la empresa Gestión Urbanística de A Coruña Xestur A Coruña, S.A. y el Instituto

Galego da Vivenda e Solo, pues «*lo que se ha producido en el presente caso es un supuesto que no entra en el ámbito de la interposición en el contrato de trabajo, aunque podría reconducirse a una posición empresarial plural*», pues «*no se trata aquí de la ejecución de servicios municipales típicos a través de un agente privado que se limita a una posición de interposición formal en el vínculo contractual, sino de una colaboración en el marco del sector público entre entidades que forman parte del mismo y que mantienen entre sí relaciones de tutela o de coordinación: de una parte la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia —la Consejería de Vivienda y Suelo— y un organismo autónomo de ésta —el Instituto Gallego de la Vivienda y el Suelo— y, de otra, las sociedades de gestión urbanística, sociedades anónimas de capital público que ya venían desde hace tiempo actuando en el sector con funciones de planificación y estudios urbanísticos, desarrollo de la actividad urbanizadora y gestión de los resultados de ésta. En segundo lugar, estamos ante una actividad de colaboración entre sujetos públicos que se desarrolla de forma reglada conforme a una regulación administrativa*». En base a lo anterior, entiende la Sala que «*se ha creado un entramado empresarial que, aunque podría presentar una posición empresarial unitaria, no resulta incluíble en el art. 43 del ET, pues tanto la encomienda del servicio a la sociedad demandada, como la financiación de la actividad por parte de la Administración Gallega y las instrucciones impartidas por ésta para el desarrollo del trabajo no constituyen elementos de un mecanismo interpositorio que pretende organizar un suministro de trabajadores sin la asunción de las correspondientes responsabilidades. Se trata, por el contrario, de una opción organizativa que ha sido prevista específicamente por el ordenamiento administrativo para la prestación de determinados servicios*», por lo que «*en este supuesto deben sin duda aplicarse las garantías que derivan de la constatación de una posición empresarial plural que reconoce el art. 1.2 del ET y que coinciden en los esencial con las que recoge el art. 43 del ET, pero no aquellas que, estando previstas en este precepto, pueden tener una significación sancionadora, como lo sería la transformación en un contrato indefinido de un contrato lícitamente concertado como temporal. Esta interpretación del art. 43 ET coincide con la que la Sala ha realizado en algunos supuestos similares, como el de la circulación de trabajadores en el grupo de empresas (sentencia de 26 de noviembre de 1990) y el reconocimiento de la posición empresarial se contiene, entre otras, en las sentencias de 3 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1991. Más recientemente se ha reconocido en la sentencia de 23 de enero de 2007 en el marco de un despido económico*».

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO  
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO  
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO  
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ



## IV. CONTRATACIÓN LABORAL

---

### SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CUESTIONES GENERALES.
  - A) **Período de prueba.**
  - B) **Presupuestos de laboralidad.**
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
  - A) **Supuestos.**
    - a) Contrato para obra o servicio determinado.
    - b) Contrato eventual por circunstancias de la producción.
    - c) El contrato de interinidad.
    - d) Contrato de colaboración social.
  - B) **Reglas generales.**
    - a) Conversión en indefinido.
    - b) Tratamiento de la extinción contractual.
4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
  - A) **Contratos fijos discontinuos.**
  - B) **Contrato de relevo.**
5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

---

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período analizado [IL 7, 8, 9, 2012] cabe destacar especialmente la **STS de 12 de abril de 2012, IL J 864/2012**, que concluye que el contrato eventual puede utilizarse para sustituir a los trabajadores que se encuentran en período de vacaciones en la empresa siempre y cuando se respete el régimen jurídico del contrato eventual tanto en relación con la especificación de la causa como respecto de su duración máxima.

## 2. CUESTIONES GENERALES

### A) Período de prueba

La **STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2012, IL J 854/2012**, resuelve la cuestión de la nulidad del período de prueba pactado en un supuesto en el que el trabajador había desempeñado con anterioridad las mismas funciones en la misma empresa. De ese modo, la extinción del contrato alegando por la empresa la no superación de ese segundo período de prueba pactado es declarada por el Tribunal como despido improcedente.

### B) Presupuestos de laboralidad

Destaca en esta materia la **STSJ de Madrid de 20 de abril de 2012, IL J 992/2012**, que declara que existe relación laboral entre el trabajador contratado mediante una modalidad contractual administrativa que sin embargo presta servicios en régimen de dependencia y ajenidad, aplicando la prueba indiciaria a la hora de demostrar la concurrencia de estos presupuestos básicos de subordinación:

«Existe un primer contrato formalmente de consultoría y asistencia técnica suscrito por la actora el 1-7-2005, muy anterior a la reforma de la LCSP, para realizar funciones normales y permanentes de la demandada, naciendo así indefinida la relación por fraude en la contratación, sin que pueda convalidarse por las sucesivas contrataciones administrativas. Por lo demás, las invocaciones que hace la recurrente a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, no son de aplicación a los dos primeros contratos suscritos por la demandante, anteriores a la entrada en vigor de esa Ley, de lo que se deduce nos encontramos ante una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral, y por lo tanto, ante una relación laboral para cuyo conocimiento es competente el orden jurisdiccional social de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, concurren a juicio de esta Sección de Sala, las notas que configuran la relación laboral —artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores—, pues, al margen de los contratos suscritos, la demandante ha estado desarrollando una verdadera prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, la cual le proveía de toda la infraestructura y medios técnicos para su realización; trabajos que llevaba a cabo la demandante sometida al poder de organización y dirección del AECID y en las propias dependencias de la demandada, al menos hasta abril de 2010, en un horario rígido como el resto de sus empleados, de 9 a 18 horas de lunes a viernes, con pausa de una hora para comer, disfrutando de vacaciones como el resto de los empleados, con los que se tenía que coordinar, todo lo cual conduce a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia».

## 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

### A) Supuestos

#### a) *Contrato para obra o servicio determinado*

En relación con esta modalidad contractual, encontramos en el período analizado varias resoluciones destacables. Por una parte, la **STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2012, IL**

**J 846/2012**, aborda la conocida cuestión de la contratación en fraude de ley en un supuesto en el que el contrato por obra o servicio se celebra para la ejecución por parte del trabajador de funciones habituales y permanentes de la empresa, esto es, en las que no concurren las características de autonomía y sustantividad exigidas legalmente. En concreto, en el caso resuelto en la resolución que comentamos, la empresa es un hospital y se concluye que:

«[...] la actividad objeto de contratación fue la que es habitual y permanente del SERMAS, esto es, la prestación de asistencia sanitaria a cargo del Sistema de la Seguridad Social, por lo que el uso de esta tipología de contrato fue fraudulenta al no obedecer a la causa que legalmente habilita tal modalidad contractual. Acompaña la razón a la Juzgadora a quo cuando en el fundamento segundo de su sentencia argumenta que: “(...) En el presente supuesto, atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos, se objetiva que el contrato de obra o servicio determinado se concierta teniendo por objeto la ejecución de los servicios de HOSPITALIZACIÓN, en relación con los trabajos de ATENCIÓN AL PACIENTE HOSPITALIZADO, y ello desde luego, no constituye una obra o servicio determinado, pues tal identificación dista de ser precisa y no concreta en qué acciones consiste, sino que se limita a definir un objeto tan amplio como lo es la prestación de servicios normales y permanentes del SERMAS en los Hospitales, con la atención a los pacientes hospitalizados. Por lo que no puede configurar ninguna obra o servicio cuya finalización pueda ser fijada con criterios objetivos, pues solamente la decisión del Hospital podría determinar cuándo se ha alcanzado el objetivo la atención a los pacientes hospitalizados y cuándo ha finalizado tal servicio, y con qué criterios, ya que tal servicio es permanente y no temporal”, razones que no podemos sino asumir plenamente».

En relación, en segundo lugar, con la contratación a través de esta modalidad contractual por parte de la Administración Pública ha de hacerse referencia a la **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012, ILJ 830/2012**, que resuelve que ha de entenderse celebrado en fraude de ley el contrato por obra o servicio pactado entre el trabajador y la Universidad de la Coruña porque el mismo se adscribe, válidamente, a un convenio de colaboración suscrito entre la Universidad y el IGC [Instituto Gallego de Consumo], pero en la práctica se utiliza para destinar al trabajador a la prestación de funciones distintas para organismo distinto incurriendo de hecho en una cesión ilegal en los términos del art. 43 ET:

«Lo que chirría en el presente caso es que: a) el convenio viene a habilitar a la Universidad para la contratación temporal, y así lo hace —cinco eran las personas a someter al convenio y las cinco temporales se contratan— del personal que lo va a desempeñar; b) la realidad es que el personal contratado (el actor) se le destina a la realización de las funciones de árbitro, dentro de las instalaciones del IGC, con los medios propios de este e incluso realiza las labores administrativas de sustento del arbitro que debía desempeñar el Instituto en favor de cualquier árbitro; c) que la Universidad no consta que haya destinado a ninguna persona, a pesar de que en el convenio se establezca una comisión paritaria de seguimiento del mismo, a dar órdenes e instrucciones al actor en el desempeño del trabajo objeto del convenio; d) el convenio IGC/Universidad prevé que las publicaciones que se efectúen se identifiquen como ambas colaboradoras, pero la publicación del actor es en nombre propio sin que conste oposición alguna a ello por ninguna de las codemandadas. Por lo tanto, el contrato temporal del actor en principio válido es fraudulento y vulnera el art. 6.4 CC por cuanto al amparo de un convenio de colaboración se pretende dar cobertura a un contrato temporal

por obra o servicio determinado con la finalidad de ceder al trabajador a sí contratado a un tercero, esto es, se encubre una cesión de mano de obra tal y como se deja evidenciado con los datos precedentemente indicados y por lo tanto ha de concluirse con la nulidad del mismo y considerar el contrato como indefinido a tiempo parcial, por tratarse las codemandadas de administraciones públicas, resultado que se obtiene igualmente al amparo del art. 43.4 LET, en consecuencia, procede acoger los dos motivos de recurso declarar la existencia de cesión ilegal de mano de obra de la Universidad a la Xunta de Galicia declarando la indefinición del contrato del actor y dada su opción por integrarse en la Xunta de Galicia declararlo así a los efectos oportunos».

En tercer lugar, también entra en valorar si se ajusta a derecho el contrato la **STSJ de Castilla y León de 8 de marzo de 2012, IL J 914/2012**, que concretamente resuelve un supuesto de contrato de obra adscrito a una contrata en el que se indica como posible causa de extinción «la desconstratación total o parcial del servicio por parte de la empresa cliente», fórmula que, según indica la sentencia que nos ocupa:

«[...] privaba desde su inicio la posibilidad de determinación la obra o servicio objeto del contrato temporal por carecer de virtualidad suficiente para delimitar la causa del contrato, con la derivada consecuencia de la imprevisibilidad de su duración, al vulnerarse las exigencias legales y reglamentarias en orden a que en el contrato temporal de esta naturaleza se debe “especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto” con lo que “La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio”; la citada cláusula, además, impide que en el momento de acordarse por el empresario la extinción contractual con fundamento en la misma, pueda impugnarse sin indefensión por el trabajador la decisión empresarial, así como resulte imposible judicialmente determinar si el contrato por obra o servicio cuestionado se ha extinguido válidamente “por la realización de la obra o servicio objeto del contrato” dada la indefinición de la misma que deja sin causa al contrato en este extremo y evidencia una actuación en fraude ley de la empleadora para intentar eludir las causas válidas de extinción de esta modalidad de contratación temporal, lo que le priva de validez y no puede impedir la debida aplicación de las normas que se hubieren tratado de eludir (arg. ex Art. 6.4 CC)».

También en un supuesto de contrato de obra adscrito a una contrata la **STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2012, IL J 911/2012**, se pronuncia en relación con el tema de la finalización progresiva de la contrata que comporta la extinción también sucesiva de los contratos de trabajo por obra vinculados a la misma. Ahora bien, lo interesante de la resolución es que va más allá de asumir esta posibilidad, no discutida en ningún caso, para abordar la cuestión de si puede dejarse en manos del empresario la decisión sobre qué contratos con extinguidos y cuáles no, en el entendido de que habrá de limitarse este poder empresarial de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación.

*b) Contrato eventual por circunstancias de la producción*

En relación con esta modalidad contractual destaca la **STS de 12 de abril de 2012, IL J 864/2012**, que resuelve la concreta cuestión de si el contrato eventual puede utilizarse

para sustituir a los trabajadores que se encuentran en período de vacaciones en la empresa. Considera el TS, tras hacer una revisión de su doctrina en el ámbito de las Administraciones Públicas, que no cabe duda de que la cobertura de las necesidades provocadas en la empresa como consecuencia de la coincidencia de las vacaciones de los trabajadores de la plantilla puede llegar a constituir causa justificativa del contrato eventual. Ahora bien, esta afirmación ha de entenderse siempre hecha dentro del marco jurídico del propio contrato eventual, por lo que será necesario que pueda identificarse la verdadera causa del mismo y que la duración del contrato se acomode a la de la causa o, en suma, que no exceda de los límites legales establecidos para este tipo de contrato temporal:

«Con independencia de la adecuación de las vacaciones de la plantilla para justificar la existencia de una acumulación de tareas, lo cierto es que la utilización del contrato eventual exige la concurrencia real de dicha causa, no pudiendo servir al respecto la mera mención a la concurrencia con las vacaciones de otros trabajadores de la plantilla. Sin embargo, en el presente caso, no sólo se consignaba válidamente la causa de la contratación —con identificación de la circunstancia de las vacaciones de trabajadores concretos—, y se ajustaba el contrato a lo permitido por el convenio, sino que, además, la extinción se produce con el agotamiento del periodo vacacional de los trabajadores en cuestión y sin haberse superado el máximo de seis meses convencionalmente previsto, sin que se haya puesto en duda que la concurrencia de aquellas vacaciones provocaba la desproporción entre la actividad a realizar y la plantilla de la que se disponía: un incremento, por tanto, de las necesidades productivas de la empresa».

### *c) El contrato de interinidad*

En punto a los contratos de interinidad por vacante, en primer lugar, destacan las **SSTS de 27 y 28 de febrero de 2012, IL J 601 y 602/2012, y de 6 de junio de 2012, IL J 874/2012**, que declaran en fraude de ley las extinciones de contratos de interinidad justificadas por las amortizaciones de plazas. El cese afectaba a unos socorristas de un servicio de piscinas de una Administración Pública. El Tribunal Supremo señala que si bien el cese en este tipo de contratos puede producirse también por supresión de la plaza ocupada, sobre todo cuando ésta resulta innecesaria por imperativos económicos, no puede equipararse a esta situación la externalización o cambio en el sistema de gestión del servicio, que en puridad, no supondría una transmisión del servicio.

La **STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2012, IL J 856/2012**, aplicó el convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, que establece que este personal interino por vacante tiene derecho a permanecer ocupando interinamente la plaza para cuyo desempeño fue contratado, hasta que sea cubierta por el titular como consecuencia de procesos selectivos, de provisión interna o acceso libre, y que en consecuencia no puede lícitamente extinguirse su contrato en el caso de que la plaza quede desierta.

En otro orden de cosas, se declara indefinido un contrato de interinidad para un organismo público, donde no estaba identificada debidamente la vacante que se cubría por el trabajador (**STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2012, IL J 1004/2012**). La sentencia desestima la declaración de nulidad del cese por vulneración del derecho a la indemnidad, por cuanto el actor cuando planteó una reclamación administrativa previa sobre el carácter

indefinido de su relación ya conocía que el organismo empleador iba a ser extinguido. Sin embargo, sí se estima la nulidad del cese por otro motivo, cual es que la Administración no siguió los trámites del artículo 51 del ET ante la extinción de la personalidad jurídica del organismo empleador.

*d) Contrato de colaboración social*

Las **SSTS de 19 y 24 de abril de 2012, IL J 619 y 628/2012**, examinan las características y finalidad de estos contratos. A este respecto, se señala que no se trata de contratos de obra o servicio donde el objeto del contrato deba tener autonomía y sustantividad propia, sino de un programa de interés social. Por tanto, la conclusión de los contratos no dependía de la finalización de esa obra o servicio, y no se considerarían abusivos. En este sentido se señala: «esta adscripción del beneficiario, de carácter temporal, a una administración pública para la realización de una obra social, no puede considerarse como expresivo de un abuso de derecho o fraude de ley». Recordando la STS de 15 de julio de 1988, la doctrina expuesta concluye que: «a) La colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal; b) Los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando; c) La propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él; d) No se actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando de una normativa que expresamente la autoriza y ampara; y e) La transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal, determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución».

En cambio, en la **STSJ de Canarias de 30 de abril de 2012, IL J 938/2012**, sí considera improcedente el despido de una trabajadora con este tipo de contrato, por el carácter ordinario de las tareas, carentes de la naturaleza de trabajos de utilidad social que redunden en beneficio de la comunidad. Estima la sentencia que la contratación se realizó para atender, de forma más económica, labores administrativas inherentes a la Consejería demandada.

## **B) Reglas generales**

*a) Conversión en indefinido*

En relación con esta materia ha de destacarse la **STSJ de Asturias de 25 de mayo de 2012, IL J 1019/2012**, que aplica la regla del art. 15.5 ET a una relación temporal continuada mediante la suscripción de tres contratos por obra válidos por un período que superaba los 34 meses en el momento de aprobación del RDL 10/2011, de 30 de agosto:

«En efecto, aun cuando cada contrato tuvo por objeto una obra o servicio autónomo a los efectos del Art.15.1 a) ET, las aptitudes profesionales y titulación requeridas para la

prestación de servicios no variaron y el contenido de las tareas, funciones y responsabilidades laborales tampoco pueden considerarse distintas, en el sentido ahora analizado. Así, siempre ha desarrollado las mismas funciones, consistentes en tareas de investigación y laboratorio en el Instituto de Productos Lácteos de Asturias dependiendo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas; el contenido real de la prestación que realizó en los tres proyectos, además de requerir la titulación académica —Técnico Superior de Actividades Técnicas y Profesionales— y las aptitudes profesionales ostentadas por la demandante, no diferían en elementos esenciales que variaran la posición de la demandante dentro del equipo investigador o la naturaleza de los cometidos y responsabilidades asignados. Concurren, asimismo, los demás requisitos exigidos en el Art. 15.5 ET, en relación con la disposición transitoria Segunda de la Ley 43/2006. El 1 de octubre de 2008 suscribió el primer contrato que finalizó el 31 de julio de 2010, al que siguió, sin solución de continuidad, el concertado el 1 de agosto de 2010 y, aún vigente el mismo, el 13 de mayo de 2011 suscribió el tercero, con vigencia desde el 1 de junio, y actualmente vigente, por lo que los tres contratos computan y sumados los periodos de servicio se cumple el tiempo mínimo de permanencia».

#### *b) Tratamiento de la extinción contractual*

En materia de extinción contractual destaca la **STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2012, IL J 853/2012**, que indica que no se ajusta a derecho la extinción del contrato eventual que es fraudulento desde el momento de su celebración por incumplimiento del requisito fundamental de identificación con claridad y concisión de la causa de eventualidad que justifica la temporalidad del mismo, dado que la misma se identifica con la fórmula «necesidad urgente con motivo del plan de calidad» y con ello, indica la resolución, «no se colma la exigencia legal del artículo 3.2 a) del Decreto 2720/1998, puesto que a su través ni se especifica el contenido, el alcance o la circunstancialidad que determina la emergencia de la “necesidad urgente”, ni tampoco se precisa el marco, el aspecto o la concreta vicisitud del “Plan de calidad” en el que aquella necesidad surge».

## 4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

### **A) Contratos fijos discontinuos**

En primer lugar, la **STS de 23 de abril de 2012, IL J 770/2012**, determina que no constituye despido de los trabajadores fijos discontinuos la comunicación de que no se produciría el llamamiento por reducción drástica del consumo de productos de la empresa, de suerte que con la plantilla de trabajadores a tiempo completo se cubriría la demanda en esa campaña. Se argumenta que no constituye despido porque no hay voluntad extintiva empresarial, ya que se comunicó que se procedería a efectuar llamamientos a partir del año siguiente. En este sentido, se establece:

«Nos hallamos ante un contrato de duración indefinida, aunque se ve limitada, durante su vigencia, la duración de sus servicios, si se compara con la jornada anual de un trabajador con contrato por tiempo indefinido y en régimen ordinario. Ello significa que esa prestación de servicios, en la época a la que corresponda el llamamiento, no puede ser eludida por

voluntad unilateral de la empresa como no sea sometiendo esa supresión-suspensión a las normas que rigen la privación de contenido del contrato por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. No obstante, considera la Sala que la comunicación dirigida por el empresario a los trabajadores el 29 de septiembre de 2009 sirve para constatar que en la misma no cabe apreciar voluntad resolutoria del contrato, al contener tan solo la advertencia de que no serán llamados en ese año por la caída del consumo, bastando con el personal fijo, procediendo posteriormente al llamamiento de una parte de los mismos en 2010. Por ello se considera subsistente el contrato...».

Tampoco se estima la existencia de despido en el caso de un trabajador fijo discontinuo ocupado como profesor en cursos de formación ocupacional, cuando los cursos no se habían convocado ese concreto año (**STSJ de Galicia de Galicia de 25 de abril de 2012, IL J 997/2012**).

En otro orden de cosas, la **STS de 24 de abril de 2012, IL J 771/2012**, analiza la regulación aplicable en cuanto al llamamiento y duración de su contrato de un trabajador fijo discontinuo, inicialmente contrato por el Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Madrid, y que posteriormente quedó integrado en la plantilla del ayuntamiento por extinción del mencionado organismo. Se establece en la sentencia que el llamamiento y al duración de su contrato se regían por el convenio del Ayuntamiento, no siendo de aplicación el convenio del Instituto citado, por haber sido derogado por el nuevo convenio del Ayuntamiento de Madrid.

La **STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2011, IL J 678/2012**, admite la calificación de fija discontinua de la relación laboral mantenida por un profesor de formación contratado sucesivamente por la Administración pública. A este respecto, se atiende a que la actividad del trabajador es permanente, de duración cierta y determinada en el tiempo, aunque desarrollada de forma intermitente o cíclica. Asimismo, se declara este mismo carácter para un monitor de tenis cuya actividad se repetía cíclicamente durante el curso escolar (**STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2012, IL J 702/2012**). E igualmente, se configura como fija discontinua la relación contractual de un profesor de formación ocupacional, puesto que se constata una necesidad estructural, de carácter intermitente o cíclico (**STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2012, IL J 841/2012**). En fin, abundando en doctrina ya consolidada, se decreta que la modalidad de fijo discontinuo es adecuada para la contratación de trabajos de extinción de incendios forestales, por lo que el empleo indebido de contratos por obra o servicio determinado en la Administración pública determina la calificación de la relación como indefinida fija discontinua (**SSTS de 24 y de 30 de abril de 2012, IL J 630 y 775/2012**).

## **B) Contrato de relevo**

En cuanto al requisito de no exigir una correspondencia estricta entre el puesto de trabajo del jubilado y del relevista, abunda en doctrina anterior la **STS de 24 de abril de 2012, IL J 631/2012**, que señala que basta con que la base de cotización sea igual o superior al 65% de la que tenía el jubilado parcial. En doctrina de suplicación, la **STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2012, IL J 728/2012**, aborda los condicionantes de una posible responsabilidad empresarial por no sustitución del relevista en un supuesto donde éste causa baja por

excedencia para cuidado de hijo menor. Aplicando doctrina unificada, se señala que para que el empleador no incurra en responsabilidad debe contratar a otro trabajador relevista por sustitución del primer relevista.

En relación con la jubilación parcial, la **STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2012, IL J 927/2012**, reconoce el derecho a la prestación por jubilación parcial, de un trabajador por cuenta ajena asimilado del Régimen General de Seguridad Social, aunque en el período de antigüedad de seis años previos haya ejercido funciones de dirección o gerencia, y haya participado del capital social de la empresa. Por su parte, la **STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2012, IL J 1005/2012**, admite el derecho a la jubilación parcial de una empleada pública en régimen de laboral, sin que fuera óbice que en punto al período de antigüedad de seis años, se compute período prestado en régimen funcionarial.

En la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2012, IL 1000/2012**, se aborda un supuesto donde la trabajadora que pretendía acceder a la jubilación parcial estaba en situación de pluriempleo, y las distintas empresas contrataron a la misma trabajadora relevista para cubrir la reducción de jornada. La sentencia estima que ello no es ilegal y que no es necesaria la contratación de un relevista distinto para cada empleo del trabajador jubilado.

Finalmente, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de abril de 2012, IL J 984/2012**, desestima la pretensión sobre una discriminación por no haber reconocido a una trabajadora, empleada pública con carácter temporal, el derecho a la jubilación parcial. Se argumenta que la empleador había justificado razonablemente que el diferente o trato para reconocer o no la jubilación parcial a sus empleados, no resulta discriminatorio, y no vulnera el principio de igualdad, al diferenciar entre personal fijo y personal temporal. Concretamente porque el puesto de trabajo desempeñado por la actora podía ser adjudicado a personal de nuevo ingreso y no podía garantizarse su continuidad hasta el acceso pleno a su jubilación.

## 5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

En relación con la celebración de contratos temporales por la Administración Pública, y en concreto con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la **STS de 23 de abril de 2012, IL J 623/2012**, decreta el carácter indefinido del vínculo al superarse mediante dos o más contratos de obra o servicio un período superior a 24 meses, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 15.5 del ET.

La terminación del contrato de un trabajador indefinido, no fijo puede producirse por la ocupación de la plaza por un concurso de traslados. En este sentido, **SSTSJ de Castilla y León de 8 y 15 de marzo de 2012, IL J 913 y 838/2012**, apunta que el cese en su puesto de trabajo puede serlo por cualquiera de las causas permitidas legalmente, siendo una de ellas que la plaza, previo concurso, sea cubierta por personal fijo.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO  
LUIS ENRIQUE NORES TORRES  
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA  
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER



## V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

---

### SUMARIO

#### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

#### 1. SALARIO.

##### **A) Definición y composición de la estructura salarial.**

- a) Fondo de Garantía Salarial. Responsabilidad Patrimonial de la Administración.
- b) Libre circulación de los trabajadores. Incremento salarial pagado a los trabajadores a tiempo parcial. Doble imposición fiscal.
- c) Huelga. Salarios de los liberados y miembros del comité de huelga.
- d) Reclamación salarial. Determinación de Convenio Colectivo.
- e) Incremento de las tablas salariales. Sucesión de empresas. Existencia de subrogación empresarial. Aplicación del Convenio Colectivo de la empresa saliente.
- f) Fondo de Garantía Salarial. El acuerdo privado entre trabajador y empresa no interrumpe el plazo de prescripción.
- g) Absorción y compensación. Complemento personal convenido. No procede.
- h) Conflicto colectivo: complemento de antigüedad o trienios.
- i) Retribución de horas extraordinarias en empresas de seguridad. Incidencia de los complementos en razón del puesto.
- j) Salarios. Absorción y compensación. Aplicación de nuevo convenio.

##### **B) Fondo de Garantía Salarial.**

- a) Convenio de devolución. Sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado. Baja de 6 socios trabajadores por causas distintas a las ajenas a la autonomía de la voluntad de las partes.
- b) Responsabilidad directa: no procede. Extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas de 17 de los 22 trabajadores de la plantilla de la empresa en un período de 90 días.

#### 2. TIEMPO DE TRABAJO.

- A) Crédito horario de los Delegados Sindicales. Es el centro de trabajo el que determina la plantilla a tener en cuenta, y no la empresa.**
- B) Permiso por matrimonio de jueces y magistrados. Inaplicable a las parejas de hecho.**
- C) Horas extra. Retribución en el sector de vigilancia y seguridad. Solo pueden incluirse los pluses de peligrosidad, nocturnidad y festivos cuando dichas horas sean trabajadas en las condiciones requeridas para su devengo.**

- D) **Vacaciones. Regulación nacional contraria a normativa comunitaria al impedir recuperar las vacaciones frustradas por incapacidad temporal sobrevenida durante el periodo vacacional.**
- 3. MOVILIDAD FUNCIONAL.
  - A) **Frontera entre modificación sustancial, movilidad entre categorías equivalentes y asignación de funciones propias de la clasificación profesional del actor.**
- 4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA.
  - A) **Traslados colectivos. Gastos de mudanza.**
  - B) **Acoso psicológico en el trabajo. Definición. Inexistencia.**
- 5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.
  - A) **Modificación sustancial de las condiciones laborales. Inexistencia de discriminación.**
  - B) **Modificación sustancial de las condiciones laborales. Modificación retributiva justificada.**
  - C) **Conflicto Colectivo. Modificación sustancial de condiciones laborales. Movilidad.**
  - D) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Desestimación.**
  - E) **Modificación sustancial de las condiciones laborales. Derecho a tres fines de semana seguidos de descanso.**
  - F) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Personal de alta dirección.**
  - G) **Jornada laboral. Empleados públicos. Modificación sustancial. Negociación colectiva.**
  - H) **Absorción y Compensación de la prima de productividad. Modificación de condiciones de trabajo. Inexistencia.**

---

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 6, 7, 8, y 9 de 2012 de la *Revista de Información Laboral* (junio-septiembre 2012).

### 1. SALARIO

#### A) **Definición y composición de la estructura salarial**

a) *Fondo de Garantía Salarial. Responsabilidad Patrimonial de la Administración*

**STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de abril de 2012** (recurso de casación 107/2010), IL J 627/2012; **STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de abril de 2012** (recurso de casación 21/2010), IL J 614/2012.

1. Se plantea en esta litis la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por menoscabo patrimonial derivada de la declaración de inconstitucio-

nal y nulidad de la aplicación del RDL 5/2002 de 24 de mayo, que modifica el art. 56 en el sentido de eliminar los salarios de trámite cuando el despido fuera sea declarado improcedente. En este caso a la parte actora se le había declarado la improcedencia del despido, y tras no haber optado la empresa entre la indemnización y la readmisión, y el pertinente incidente se procedió a la extinción de la relación laboral donde se estableció la indemnización que legalmente le correspondía y en concepto de salarios de trámite la cantidad de 6.645,78 euros. La insolvencia posterior de la empresa conlleva a derivar la responsabilidad de su abono por el FOGASA, quien limitó estos salarios a la cantidad de 1.370,08 euros, sin incluir ninguna cantidad por salario de trámites. La parte actora solicita la responsabilidad patrimonial por importe de la totalidad. Pretensión que es estimada como lo habían sido anteriormente otras demandas por este mismo concepto. Aunque este caso se diferencia de los otros estimados en que el trabajador tiene reconocido un crédito por sentencia y auto del Juzgado de lo Social, que pudo reclamar a la empresa si esta no hubiera cerrado, y el no abono de los salarios hasta el límite que el art. 33 del ET regula, no puede achacarse ni al FOGASA ni al contenido del RDL 5/2002.

2. Fundamenta la Sala fundamenta la estimación del recurso y en consecuencia la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero hasta el límite legal que se establece como responsable al FOGASA según lo dispuesto en el art. 33 del ET, es decir 120 días con un salario que no supere el doble del mínimo interprofesional. Entendiendo que no se vulnera el principio de igualdad porque en los otros casos en que se ha declarado la responsabilidad patrimonial, no estaba establecida ninguna cantidades sentencia y auto en concepto de salarios de tramitación por lo establecido por el RDL 5/2002 que posteriormente fue declarado nulo por inconstitucional, en el periodo en que estuvo vigente y de aplicación.

3. Es lógica la estimación parcial del recurso por la Sala 3 del TS, al establecer como límite de la responsabilidad patrimonial legalmente establecida en el art. 33 del ET en referencia al Fogasa, pues una cuestión es que no se abonen los salarios de trámite porque la normativa así lo estableció con la modificación operada en el art. 56 del E. derivada del RDL 5/2002, y otra que una vez establecido por los Tribunales de Justicia que si deben abonarlo pues la modificación fue declarada nula por inconstitucional, lo que en consecuencia deber generar el mismo derecho que el trabajador hubiera tenido con la normativa anterior una vez declarada la insolvencia de la empresa, por la que en cualquier caso hubiera cobrado por el Fogasa la cantidad que se deduzca de los días que establece el art. 33 del ET (máximo de ciento veinte días a razón de un precio día que no puede superar el doble del mínimo interprofesional).

*b) Libre circulación de los trabajadores. Incremento salarial pagado a los trabajadores a tiempo parcial. Doble imposición fiscal*

**STJ de la Unión Europea de 28 de junio de 2012** (cuestión prejudicial C-172/2011), IL J 591/2012.

1. La petición de decisión prejudicial tiene como objeto la interpretación de los artículos 45 TFUE y 7, apartado 4, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1.968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. El

Tribunal que remite la cuestión centra el litigio en los trabajadores fronterizos sujetos a imposición en Francia perciben un importe muy inferior al 85% de los ingresos netos que percibían antes del inicio del trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación, mientras que los trabajadores sujetos a imposición en Alemania perciben un importe que corresponde a tanto alzado al 85% de sus ingresos netos anteriores, y salen beneficiados respecto a los fronterizos. Esa situación se explica principalmente por el hecho de que los tipos alemanes de gravamen son más altos que los tipos de gravamen en Francia. Por otro lado, no se excluye que personas en la situación del demandante que pagan el impuesto en Francia por dicho incremento.

2. Se llega a la conclusión por parte del TSJUE de que los artículos 45 TFUE y 7, apartado 4, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, se oponen a cláusulas de convenios colectivos y acuerdos individuales según las que un incremento salarial como el discutido en el asunto principal, que el empleador paga en el contexto de un régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación, debe calcularse de modo que el impuesto sobre los salarios que se ha de pagar en el Estado miembro de empleo se deduce de manera ficticia al determinar la base de cálculo de ese incremento, en tanto que, conforme a un Convenio para evitar la doble imposición fiscal, los salarios, retribuciones y percepciones análogas pagados a los trabajadores que no residen en el Estado miembro de empleo están sujetos a imposición en el Estado miembro de residencia de esos trabajadores. Conforme al referido artículo 7, apartado 4, esas cláusulas son nulas de pleno derecho. El artículo 45 TFUE y las disposiciones del Reglamento n.º 1612/68 atribuyen a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la libertad para elegir entre las diferentes soluciones aptas para lograr el objetivo pretendido por esas disposiciones.

Llega a esta conclusión porque el incremento está sujeto al impuesto sobre la renta en Francia y que la doble imposición de hecho nace del método de cálculo que se realiza en Alemania para los rendimientos de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación, y esto implica que en idénticas condiciones en Alemania los trabajadores fronterizos perciban un importe muy inferior que aquellos trabajadores que están en la misma situación pero residentes en Alemania.

3. La cuestión más relevante es la interpretación de cuándo existe discriminación en la aplicación de las normas legales y convencionales sobre el tipo de gravamen ante unas condiciones concretas de trabajo, a mayores con doble imposición fiscal. Utiliza el Tribunal el concepto de principio de no discriminación ya utilizado en sentencias anteriores Sentencia de 16 de septiembre de 2004, Mérida (C-400/02, Rec. p. I-8471), cual es que en su interpretación no sólo exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables sino también que situaciones diferentes no sean atadas de manera idéntica.

*c) Huelga. Salarios de los liberados y miembros del comité de huelga*

**STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2012** (recurso de suplicación 315/2012), IL J 844/2012.

1. La cuestión controvertida es determinar si procede el descuento salarial a un miembro del comité de huelga que no se haya acreditado que secundaba la misma. El actor es libera-

do, y en otras ocasiones que ha participado en el Comité de huelga no se le ha descontado, y a otros miembros del Comité de huelga en esta ocasión tampoco se le ha descontado.

Estima la pretensión el Juzgado de Instancia y estima el recurso de suplicación la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía.

2. La fundamentación jurídica de la empresa es sobre la base que el hecho de participar en el Comité de Huelga que realiza la convocatoria, la promueve y la lleva a término, es tomar parte en la huelga. Justifica la Sala que el mero hecho de ser liberado supone que el ejercicio del derecho a la huelga no podía tener lugar mediante la cesación de la prestación de servicios de la que esta liberado, ejercitando el derecho a la huelga se produce a través de su efectiva participación como miembro del comité, pues ello exige secundar la huelga, siendo impensable un comité de huelga formado por trabajadores no huelguistas cuando su función es participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la resolución del conflicto y, continúa diciendo, la obligación de participar que excluye toda duda sobre su vinculación a la huelga, si deseaba no ejercer el derecho a la huelga, debería haber cesado en el comité de huelga, pero al continuar en él carece del derecho a los salarios devengados mientras se mantuvo la huelga.

Finaliza la sentencia argumentando sobre la base de la Doctrina Constitucional que la desigualdad o trato discriminatorio sólo puede apreciarse en situaciones de legalidad, que no hay discriminación porque en otras ocasiones no le hubieran descontado o por el hecho de que a algún otro miembro del comité en esta ocasión no se lo hubieran descontado.

3. Son numerosas y casuísticas las sentencias sobre el descuento salarial en la huelga, y donde parte de ellas *a sensu contrario* de la sentencia ahora comentada aclaran que la pertenencia al comité de huelga es como trabajador del cetro de trabajo con independencia de la representación unitaria o sindical que se tenga previamente, que durante el tiempo en que se convocó la huelga o se realizó el paro, si los miembros del comité la secundaron, queda acreditada la condición de huelguistas por su participación directa.

La doctrina del TC, contenida en la sentencia 11/1981, de 8 de abril, así, como la doctrina judicial, a modo de ejemplo dos de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de enero de 2008, y otra, que añadimos, de igual sentido de 5 de febrero de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, expresan que cuando se utilizan horas sindicales para otros menesteres que no sea la mera representación sindical, y se dedican a gestionar la huelga como miembro del comité de huelga, debe presumirse que el representante que lo hace participó en la misma.

Teniendo en cuenta el art. 7.1 del RD-ley 17/1977, de 4 de marzo, y de lo resuelto por la sentencia TC 11/81, sobre quién puede formar parte del Comité de Huelga, éste puede estar formado tanto por huelguistas como por no huelguistas, con el único requisito de que sus miembros tienen que ser trabajadores del centro de trabajo afectado, y nada impide que lo puedan ser, en calidad de representantes del comité de empresa, liberados sindicales, o los propios trabajadores afectados; en conclusión, deben ser trabajadores del centro de trabajo afectado por la huelga, lo que significa que solamente deberá descontarse el salario a los miembros huelguistas del Comité.

*d) Reclamación salarial. Determinación de Convenio Colectivo*

**STS de 13 de junio de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1337/2011), IL J 897/2012.

1. El objeto del procedimiento es dilucidar el convenio colectivo aplicable a una trabajadora de hostelería que presta sus servicios en un centro de trabajo en diferente localidad a la sede social de la empresa, y reclama unas cantidades sobre el convenio colectivo del centro de trabajo, y la empresa rechaza las pretensión de la actora en aplicación del principio de unidad de empresa aplica el convenio de la sede social de la empresa,

2. Fundamentación la sentencia sobre la base del art. 83.1 del ET, el margen y la libertad que las partes tienen para negociar el ámbito funcional, profesional, temporal y territorial de la empresa, por ello la respuesta ha de hallarse en los propios convenios colectivos, que es donde se estableció el ámbito territorial, en el caso que nos ocupa el de dónde se encuentra el centro de trabajo, y en el cual la parte actora basa su pretensión, recoge que afectará a todos los centros de trabajo, es decir expresamente recoge y regula el concepto de «centro», y el convenio de la sede social, si bien no recoge esta expresión literalmente, sí afirma que se aplicará a las empresas y «establecimientos» del sector; en Hostelería centro de trabajo y establecimientos son sinónimos, es decir a las unidades técnicas de producción «hoteles» de la empresa, ubicados en distintas zonas y localidades. La definición de centro de trabajo se interpreta sobre el art. 1.5 del ET. Estimando en consecuencia la reclamación salarial de la actora.

3. Amén de la fuerza vinculante del Convenio Colectivo (arts. 82 del ET y 37.1 de la CE), realiza la Sala y unifica doctrina, aplicando las dos normas (Convenios) que no dejan lugar a dudas en la aplicación de un convenio u otro según la ubicación geográfica a los centros o establecimientos, y no aplicando el principio de unidad empresarial.

*e) Incremento de las tablas salariales. Sucesión de empresas. Existencia de subrogación empresarial. Aplicación del Convenio Colectivo de la empresa saliente*

**SAN de 9 de julio de 2012** (conflicto colectivo 83/2012), IL J 958/2012.

1. En octubre de de 2009 RENFE Operadora acuerda adjudicar el servicio de restauración y atención al cliente a bordo de trenes comercializados por WL a la empresa CM, con efectos de 1 de diciembre de 2009. El 30 de noviembre de 2009 WL (la empresa anterior), liquidó los conceptos salariales a los trabajadores, como consecuencia del cese de actividad. El 13-11-09 CM se reunió con la representación sindical en WL para acordar «*las pautas y garantías deseables por todos los presentes en la transición del servicio del anterior adjudicatario al nuevo de modo que se realice con la mayor normalidad y de forma consensuada*». Se pactó que se quedara *la totalidad de los trabajadores adscritos al servicio adjudicado, respetando la modalidad de contratación que cada trabajador viniera disfrutando, y se les respetarán todos los derechos en tanto no sean acordadas nuevas condiciones*. WL comunicó la subrogación a los trabajadores el 1 de diciembre de 2009. Como acuerdo para poner fin a la huelga, la RT y CM, se pactó que la empresa procedería al abono de los atrasos salariales del año 2010 conforme a lo estipulado en el convenio de

CM como en el de WL. La empresa CM niega la existencia de subrogación empresarial del art. 44 ET por entender, que no hubo transmisión de elementos patrimoniales y no existir un uso intensivo de mano de obra.

Se solicita, por la RT, «— Incrementar las tablas salariales correspondientes al año 2009 (respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2008 WL para los años 2008-2011) en un 0,8%, con efectos desde el 1 de enero de 2009. — Abonar los atrasos devengados durante el año 2009 (de enero a Diciembre), derivados de la actualización de las tablas salariales vigentes a 31 de diciembre de 2008 en un 0.8%. — Incrementar las tablas salariales para el año 2010 en un 3,75% (IPC real, 3% más 0,75 puntos), respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2009 ya regularizadas con el incremento del 0,8%, y con efectos del 1 de enero de 2010. — Abonar los atrasos devengados durante el año 2010 (de enero a Diciembre), derivados de la actualización de las tablas salariales vigentes a 31 de diciembre de 2009 tras su regularización con el incremento del 0,8%, en un 3,75%. — Incrementar las tablas salariales para el año 2011 en un 2,9% (IPC real, 0,5 puntos), respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2010, tras su regularización con el incremento del 3,75%, y con efectos del 1 de enero de 2010. — Abonar los atrasos devengados durante el año 2011 (de enero a Diciembre), derivados de la actualización con el incremento del 2,9% de las tablas salariales vigentes a 31 de diciembre de 2010. tras su regularización con el incremento del 3,75%. Declarando que dicha condena afecta a la totalidad de los trabajadores que, provenientes de la empresa WL, pasaron a prestar servicios en la empresa demandada, en virtud de la subrogación llevada a efecto entre ambas entidades en 1 de diciembre de 2009. Alternativamente, debe declararse que la condena que se solicita afecta a los trabajadores que, provenientes de la empresa WL, pasaron a prestar servicios en la empresa demandada, en virtud de la subrogación llevada a efecto entre ambas entidades en 1 de diciembre de 2009, que no resulten afectados por el acuerdo colectivo suscrito en 9 de febrero de 2012. denominado por las partes firmantes «IV convenio colectivo entre la empresa CM, bien por no ser afiliados a los sindicatos UGT y CGT o bien por su no adhesión individual al citado acuerdo». CCOO expuso que la empresa WL en 2008 descontó a los trabajadores cantidades por valor de la diferencia entre el IPC previsto que había abonado y el real, que fue más bajo. Impugnada la decisión ante la Audiencia Nacional, recayó sentencia que fue recurrida en casación. Cuando CM sucedió a WL a finales de 2009, mantuvo la aplicación del mismo convenio y las deducciones, motivo por el cual las tablas salariales no se actualizan desde 2008. Ante las continuas reclamaciones, la empresa ha venido alegando que procedería a actualizar las tablas y abonar los incrementos una vez resuelto el conflicto que se estaba sustanciando ante el Tribunal Supremo. Finalmente este Tribunal dictó sentencia, pero la empresa mantiene el incumplimiento ahora indicando que cumplirá cuando las circunstancias por las que atraviesa lo posibiliten. CM se opone a la demanda, alegando la prescripción del eventual derecho al incremento correspondiente a 2009, que no se habría interrumpido por la demanda interpuesta el 21 de enero de 2010 porque se dirigió exclusivamente contra WL a pesar de que CM ya se había subrogado. Asimismo planteó su falta de legitimación pasiva por las cantidades correspondientes a 2009, al haberse hecho cargo del servicio el 1 de diciembre de dicho año, mediante una subrogación ajena al art. 44 ET. Por último alegó que las tablas de 2010 y 2011 ya no son las de convenio sino las previstas en un acuerdo de fin de huelga alcanzado el 14-4-11. La representación de WL se opuso a la demanda,

indicando que sólo le concierne lo relativo a 2009 dado que fue empleadora solo hasta el 30-11-09, y que en febrero de 2010 abonó ese 0,8% que ahora se le reclama. En cualquier caso habría prescrito al haber transcurrido más de dos años.

2. Argumenta la Sala la existencia de sucesión de empresa, sobre la base de que CM no ha acreditado suficientemente la ausencia de traspaso de medios materiales, y que junto con los humanos compondrían la actividad objeto de transmisión en los términos del art. 44 ET. A mayores en el juicio esgrimió que el pliego de condiciones exigía, como requisito para la adjudicación de la contrata, la aportación de los medios materiales por parte del prestador y que así lo había hecho, por otra parte, el III Convenio colectivo de CM, vigente para los trabajadores contratados por esta empresa que no estén afectados o se hayan adherido al posterior convenio extraestatutario, dedica su art. 8 a regular la sucesión empresarial, y lo hace con una remisión absoluta, sin excepciones, a lo dispuesto en los arts. 42 y 44 del ET, teniendo un valor orientativo, y en cualquier caso, así se deduce de la carta que CM les remitió antes del efectivo cambio de contrata, indicándoles que respondería «de todas las obligaciones que se deduzcan de su actual contrato de trabajo».

La estimación parcial se articula por la Sala de la siguiente forma: que los descuentos origen del conflicto en las nóminas de noviembre de 2009, y con independencia de la demanda interpuesta contra WL por este motivo, fueron solicitados el 20 de enero de 2010 por la representación social a CM. La empresa condicionó su cumplimiento a la resolución del conflicto con WL, lo que ocurrió el 24 de marzo de 2011. En junio de 2011 la representación social volvió a reclamar el incremento, reiterando la solicitud en octubre del mismo año y en febrero de 2012. Por ello el objeto de este procedimiento gira en torno a la aplicación de los incrementos salariales previstos en el art. 69 del Convenio de WL; en febrero de 2010 WL abonó la cuantía reclamada por el año 2009 hasta la fecha en que perdió la condición de empleadora, asumiéndola CM. Esto implica que la Sala determine que subsiste la acción para reclamar y que WL queda exonerada de los pedimentos de la demanda. Por ello se estima la demanda frente a CM, porque no realizó la subida del mes de diciembre de 2009. La Sala entiende asimismo que la fijación de nuevas tablas salariales implica la voluntad de las partes de sustituir las contenidas en el convenio de WL, debiendo haberse salvado expresamente si deseaban mantener la vigencia de los incrementos sobre las establecidas en aquel convenio. Por ello, no procede estimar las pretensiones relativas al año 2010. Consta probado que en 2011 CM abonó salarios aplicando sobre aquéllas el IPC + 0,5% (porcentaje de incremento que estipula el Convenio de WL para el citado año), por lo que no procede estimar las pretensiones relativas a 2011.

3. Una de las cuestiones mas interesantes de esta sentencia es recordar: «*La doctrina de esta Sala sobre la sucesión en la titularidad de Empresa, preceptuada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), niega que se produzca tal sucesión en los supuestos de nuevos titulares de contratas, privadas o públicas, o concesiones, cuando no concurre la transmisión de elementos patrimoniales, que configuren la estructura básica de la explotación; pero esta doctrina deja a salvo aquellos supuestos en los que, bien el pliego de condiciones, bien normas sectoriales dispongan otra cosa (vid., entre otras muchas, STS 12 marzo 1997 [RJ 1997\2318])*» [STS 8-6-98 (RJ 1998/6693)].

f) *Fondo de Garantía Salarial. El acuerdo privado entre trabajador y empresa no interrumpe el plazo de prescripción*

**STSJ de 19 de abril de 2012** (recurso de suplicación 2080/2010), IL J 987/2012.

1. Se plantea en este procedimiento si un acuerdo privado entre la empresa y el trabajador interrumpe la prescripción frente al FOGASA. El objeto es determinar si ha prescrito o no la acción dirigida contra el citado organismo, independientemente de que la misma hubiera prescrito o no la acción contra el empresario responsable.

2. La Sala Cuarta afirma nuevamente que un acuerdo privado entre la empresa y los trabajadores no interrumpe el plazo de prescripción de la acción para reclamar contra el Fondo. Alegando la reiterada jurisprudencia del TS, recogida en SSTs de 13 de febrero de 1993 (RJ 1162), 7 de octubre de 1993 (RJ 7578) o 14 de febrero de 1994 (RJ 1038), afirma que la responsabilidad subsidiaria del FOGASA sólo cubre los créditos no prescritos de la empresa insolvente, y ello sobre la base del art. 33.7 ET, por lo que lleva a la conclusión de que 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.

3. Es reiterada la Jurisprudencia que viene manteniendo que el FOGASA en su responsabilidad subsidiaria tiene una posición jurídica similar a la de un fiador, de ahí la aplicación del artículo 1975 del Código Civil en relación al artículo 33.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, y no del artículo 1973. Pues el art. 1975 recoge la interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda también se interrumpe frente al fiador.

g) *Absorción y compensación. Complemento personal convenido. No procede*

**STS de 19 de abril de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 526/2011), IL J 620/2012.

1. Determinados trabajadores venían percibiendo cantidades dinerarias en concepto de «complemento personal convenido», que se han visto absorbidas por decisión empresarial debido al aumento de sus derechos económicos relativos a la promoción profesional y a la antigüedad.

Disconformes con la actuación de la empresa, reclamaron las cantidades absorbidas, obteniendo sentencia estimatoria en primera instancia. Dicha sentencia fue, a su vez, confirmada en suplicación por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia de 21-12-2010. Y esta última recurrida por la empresa en casación unificadora, alegando contradicción con las sentencias del TSJ de Madrid de fechas de 28/01/2008 y 5/11/2010.

2. La Sala afirma que la doctrina correcta relativa a la compensación/absorción es la de la sentencia recurrida, en base a que el «complemento personal convenido» nace de un pacto individual con cada uno de los trabajadores que lo disfrutaban, adicionándose al salario base y a los complementos salariales recogidos en el convenio colectivo aplicable.

Y es que la fuerza normativa del convenio colectivo —referida a los derechos de promoción profesional o ascenso y de antigüedad o trienios— no puede minorarse porque el empresario haya pactado con determinados trabajadores un «complemento personal convenido», pues su naturaleza es la de una condición más beneficiosa y, por tanto, no se ve afectada por la absorción ni la compensación.

3. Son muchas las sentencias del TS que han analizado la compensación y la absorción, concluyendo que para que puedan operar se requiere que los conceptos retributivos sean homogéneos [SSTS 10/06/94 (rec. 2274/1993); 20/05/02 (rec. 1235/2001); 06/10/08 (rcud 4461/2007); 04/02/09 (rcud 2477/2007), entre otras muchas].

La necesaria homogeneidad *«puede obtenerse a través del método inductivo, consistente [al contrario que el deductivo] en extraer la consecuencia genérica con base en el examen de varios supuestos particulares en cada uno de cuyos casos concretos se haya llegado a la misma consecuencia específica»* [STS 06/03/07 (rcud 5293/2005)], si bien en algunos supuestos se ha flexibilizado este requisito [STS 18/07/1996 (rec. 2724/1995), entre otros], tendiéndose a que pueda resultar suficiente que los conceptos, por genéricos, resulten homogeneizables [STS 20/07/2012 (rec. 43/2011)].

*h) Conflicto colectivo: complemento de antigüedad o trienios*

**STS de 16 de mayo de 2012** (recurso de casación 177/2011), IL J 780/2012.

1. Se solicita que se tenga en cuenta para el cálculo del importe a recibir por los trabajadores en concepto de complemento de antigüedad, regulado en el art. 28 del XV Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos, todo el tiempo que han prestado servicios para la empresa, independientemente de que se hayan producido interrupciones más o menos largas.

Y ello, por cuanto la empresa únicamente reconoce la antigüedad en los supuestos en que el período transcurrido sin contrato entre uno temporal y otro no supere los 31 días, en base a lo previsto en el acuerdo de empresa de 12 de junio de 2006.

Habiéndose obtenido pronunciamiento favorable a las peticiones de la actora, la empresa interpone recurso de casación contra la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional.

2. La Sala de lo Social del TS considera que la interrupción temporal de la relación laboral derivada de la finalización del contratos temporales no justifica que los trabajadores afectados pierdan la antigüedad acumulada, pues la finalidad de complemento cuestionado es recompensar una especial fidelidad a la empresa y unos conocimientos y experiencia adquiridos, que no desaparecen por el transcurso de más de 31 días entre un contrato temporal y otro.

3. Si bien el TS venía aplicando el límite de las interrupciones superiores a 20 días entre sucesivos contratos temporales en el cálculo del complemento salarial de antigüedad, este criterio ha sido rectificado, al entender que *«con este complemento se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador, máxime si tales interrupciones*

*fueron por imposición de este último»* [STS 16/05/2005 (rec. 2425/2004), idea también recogida, entre otras, en las SSTS 14/10/09 (rcud 4405/2008) y 25/01/11 (rcud 207/2010)].

- i) *Retribución de horas extraordinarias en empresas de seguridad. Incidencia de los complementos en razón del puesto*

**STS de 7 de junio de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3512/2011), IL J 796/2012.

1. La demanda inicial que da origen a este asunto solicitaba importe por diferencia entre la cantidad satisfecha a la trabajadora en concepto de horas extra y la debida, en atención a que la hora extra no se había calculado correctamente por no computar determinados conceptos, tales como plus de transporte, vestuario o peligrosidad, pagas extraordinarias y otros incentivos o primas.

La sentencia de instancia estimó parcialmente las peticiones, siendo recurrida en suplicación tanto por la parte actora como por la demanda. Si bien, la sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 21 de julio de 2011 confirmó el pronunciamiento aludido.

Posteriormente, la parte demandada interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2008, rec. 2083/2008.

2. El TS apuesta por la solución contenida en la sentencia de contraste, señalando que en el cálculo de las horas extras se han de computar los conceptos que se vinculen a las circunstancias efectivamente acontecidas durante su desarrollo efectivo.

Por tanto, se estima en lo fundamental el recurso unificador de doctrina, si bien la empresa deberá abonar el importe que corresponda al cálculo de los conceptos salariales que resulten aplicables a las horas realizadas, esto es, únicamente en el supuesto de que efectivamente concurren tales circunstancias en las horas extraordinarias realizadas.

3. Al respecto ha señalado el TS que *«la retribución de las horas extraordinarias nunca perdió el cordón umbilical que le unía con el salario ordinario, y no a un solo componente del mismo como es el salario base, y de aquí que [...] la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes salariales que integran el salario ordinario»* [STS 10/11/2009 (rec. 42/2008)].

Con base en este pronunciamiento se sucedieron otros interpretándolo en su estricta literalidad, llegando a la conclusión de que todas las horas extraordinarias debían ser retribuidas a partir del valor de la hora ordinaria calculada con todos los complementos salariales previstos, sin tener en cuenta si se trata de complementos fijados en función de concretas y especiales circunstancias en las que se ha desarrollado el trabajo.

No obstante, *«una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse “todos” los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que “todas las horas extraordinarias”, y algunas en concreto, deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general*

para las “horas extraordinarias en general” no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias “en particular”» [STS 19/10/2011 (rec. 33/2011)].

Es decir, el trabajador tiene «derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cualesquiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria» [STS 20/03/2012 (rec. 3221/2011) y, en la misma línea, SSTS 29/02/2012 (rec. 2663/2011); 2/03/2012 (rec. 4477/10); 16/04/2012 (rec. 2285/2011), entre otras.]

j) *Salarios. Absorción y compensación. Aplicación de nuevo convenio*

**STS de 12 de junio de 2012** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3518/2011), IL J 886/2012.

1. La demanda inicial pretendía la condena de la empresa al pago de 11.144,89 euros por diversos conceptos salariales, tales como antigüedad, horas extraordinarias, complemento de trabajo y plus transporte. Y ello, por cuanto el trabajador había venido percibiendo sus retribuciones con arreglo al convenio colectivo provincial del comercio. En atención al mismo, percibía un plus de productividad («complemento de trabajo» a partir de 2005), de percepción y cuantía variable, vinculado a una futura implantación de un sistema de objetivos.

No obstante, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2006 (confirmada por la Sala de lo Social del TS mediante Auto de 8 de diciembre de 2007) declaró que el convenio colectivo que debía regir las relaciones laborales de la empresa era el del sector de actividad siderometalúrgica, resultando que en convenio aplicable no existe complemento equiparable y quedando, en atención a lo indicado, el complemento de trabajo del convenio anterior absorbido por las superiores retribuciones salariales.

En primera instancia fue estimado parcialmente el suplico, condenando a la empresa al abono de 9.171,77 euros, entendiéndose que el complemento discutido debía equipararse con las cantidades que hubiera percibido el demandante en concepto de complemento de cantidad o calidad. Pronunciamiento que fue confirmado en suplicación.

El recurso de casación para la unificación de doctrina se basa en la contradicción con la sentencia de la Sala de lo Social de TSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de mayo de 2011, la cual, ante un supuesto de un trabajador de la misma empresa y por los mismos conceptos salariales, no permitió la consideración de éstos de forma aislada, al entender que ello daría lugar a la suma de complementos nuevos con complementos del convenio anterior, debiéndose comparar en conjunto y en cómputo anual.

2. La aplicación de un nuevo convenio con estructura salarial diferente, pero cuya aplicación conlleva la superación del salario anterior, no es compatible con la permanencia de elementos anteriores de forma copulativa, pues ello implica una alteración manifiesta del equilibrio de la estructura aplicable.

En base a ello, el fallo estima el recurso.

3. Son muchos los pronunciamientos en los que el TS ya se ha manifestado a favor de aplicar el criterio de la norma más favorable respetando la unidad de regulación de la materia y, por tanto, aplicando por entero la mejor norma para el trabajador, pero no los aspectos más favorables de una u otra simultáneamente [SSTS 4-03-1996 (rec. 534/1995); 8-07-1996 (rec. 4000/1995); 15-06-1998, (rec. 4695/1997), 28-01-1997 (rec. 1025/1996); 19-01-1998 (rec. 152/1997); 27-04-2001 (rec. 3538/2000); 17-06-2003 (rec. 4565/2002); 26-04-2004 (rec. 4776/2003); 25-11-2004 (rec. 21/2004); 24-01-2005 (rec. 62/2004); 14-07-2006 (rec. 196/2005); 7-12-2006 (rec. 122/2005); 14-02-2007 (rec. 196/2005); 14-02-2007 (rec. 4477/2005); 13-06-2007 (rec. 129/2006); 16-01-2008 (rec. 54/2007), entre otras].

## **B) Fondo de Garantía Salarial**

*a) Convenio de devolución. Sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado.  
Baja de 6 socios trabajadores por causas distintas a las ajenas a la autonomía  
de la voluntad de las partes*

**STSJ del País Vasco de 13 de marzo de 2012** (recurso de suplicación 405/2012), IL J 919/2012.

1. El FOGASA reconoció y abonó a los trabajadores de la mercantil «X, S.A.L.» prestaciones en virtud de lo dispuesto en el art.33 del ET, subrogándose frente a la empresa en los derechos y acciones de los trabajadores. Tras la extinción de sus contratos de trabajo, los trabajadores constituyeron una empresa de economía social denominada «X, S.A.L.» con fecha 19 de octubre de 1993 que asume a su cargo las responsabilidades de la empresa anterior. Con el objeto de facilitar el reintegro de las cantidades debidas al FOGASA se suscribió convenio de devolución por el que «X, S.A.L.» se comprometía al pago de X euros por principal, más sus intereses legales.

Tras la entrada en vigor del Real Decreto 372/2001, de 6 de abril, modificado por Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, no procede la devolución de las cuotas no vencidas a 8 de abril de 2001, siempre que las cuantías abonadas a los trabajadores hubieran sido íntegramente aportadas a la sociedad laboral como capital social, que la empresa no perdiera la calificación de laboral en un plazo de 15 años desde su constitución y que no causara baja como socio alguno de los trabajadores que aportaron sus prestaciones al capital social de la empresa por causa distinta a las que fueran ajenas a la voluntad de las partes, manteniéndose el nivel de empleo. Al amparo de la DA 11.ª de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, al haberse constituido una empresa de economía social por los trabajadores, la misma estarían exenta de la devolución de las prestaciones percibidas que hayan sido íntegramente aportadas al capital social de la misma, viéndose afectada esta empresa respecto de las cuotas vencidas con fecha 8 de abril de 2001, siempre que mantenga la calificación de sociedad laboral durante un plazo de 15 años desde la fecha de su constitución.

La empresa cumple el requisito de mantenerse 15 años como SAL y justifica que las cantidades abonadas por el FOGASA a los socios trabajadores han sido aportadas al capital social de la SAL. También mantiene el nivel de empleo. Sin embargo, se han producido 6 ceses entre los socios de «X, S.A.L.» por causas distintas de las ajenas a la autonomía de la voluntad de las partes. Con fecha 11 de enero de 2010 se notificó a la empresa que debía

reintegrar la parte proporcional a los socios que causaron baja en las cantidades del convenio pendientes de vencer a fecha 8 de abril de 2001. La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por «X, S.A.L.» frente al FOGASA.

2. El TSJ del País Vasco desestima el recurso interpuesto por parte de «X, S.A.L.». Se indica, en síntesis, que la DT Única del Real Decreto 372/2001 recoge que lo establecido en el art. 2, apartados 5 y 6, del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, se aplicará a los convenios de recuperación firmados entre FOGASA y las sociedades laborales o cooperativas existentes a la fecha de entrada en vigor de la primera de dichas normas, es decir, 8 de abril de 2001. A tal efecto se reitera lo dispuesto en el art.2.5 del RD 505/1985, tras el RD 372/2001, en el que se señala que en los casos de beneficiarios de prestaciones del FOGASA que fueran trabajadores que, tras cesar en la empresa en la que prestaban servicios, constituyan una sociedad laboral, una cooperativa de trabajo asociado o de otra clase a la que se aplique las normas que rigen para los socios trabajadores de aquéllas, no procederá la devolución de las prestaciones recibidas, si estas han sido íntegramente aportadas a la sociedad o cooperativa como capital social. La excepción, tal como señala la Sentencia comentada, se contempla en el apartado 6 del mismo precepto, en donde se hace referencia a dos supuestos en que sí procede el reintegro al FOGASA de las cantidades abonadas por el mismo a sus socios trabajadores en concepto de salarios o indemnizaciones debidas por la empresa precedente. El primer supuesto descrito en el precepto se refiere a los casos en que la sociedad pierde la calificación de laboral dentro de los 15 años siguientes a su constitución. El segundo supuesto descrito en el precepto hace referencia a los casos en que, dentro de ese mismo plazo, causa baja como socio cualquiera de esos socios trabajadores, aunque en este caso el reintegro se refiere únicamente a la parte correspondiente al socio que causa baja.

En consecuencia, el TSJ del País Vasco concluye indicando que el reintegro reclamado a «X, S.A.L.» tiene fundamento legal, dado que el FOGASA lo reclama en base a la baja de 6 socios perceptores de prestaciones abonadas por dicho Organismo y no se acredita que tales bajas se hayan producido por causas ajenas a la voluntad de las partes ni tampoco que hayan tenido lugar una vez transcurrido el plazo de 15 años desde la constitución de la sociedad.

3. En los mismos términos Sentencia de la misma Sala de 14 de febrero de 2012.

*b) Responsabilidad directa: no procede. Extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas de 17 de los 22 trabajadores de la plantilla de la empresa en un período de 90 días*

**STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2012** (recurso de suplicación 6625/2010), IL J 807/2012.

1. El FOGASA recurre la sentencia de instancia que le condena al pago a los trabajadores del 40% de la indemnización legal que les corresponde por despido objetivo. Se alega al respecto que la empresa procedió al despido de 17 de los 22 trabajadores de la plantilla en un período de 90 días sin cumplimiento de los trámites previstos en el art. 51 ET aplicable al caso. No se cuestiona la causa objetiva de los 17 despidos producidos entre los meses de mayo y julio de 2009.

2. El TSJ de Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA y revoca el pronunciamiento de instancia. Al respecto se distinguen los supuestos en que se reclama el importe de la indemnización prevista en el art. 33.8 ET y los supuestos en que se acciona en base a lo dispuesto en el art. 33.2 ET y se señala, con cita de SSTs de 24 abril 2002, IL J 1003, de 24 de septiembre de 2002, IL J 1899, y de 16 de noviembre de 2004, IL J 2027, entre otras, que el TS ha señalado que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del art. 52.c) ET o por despido colectivo del art. 51 ET a que se refiere el art. 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma, y que por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogándose el empresario a lo que dispone el art. 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52.c) y 51.1 ET. En tal caso, el TS ha indicado que si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado art. 33.8 ET.

3. La Sentencia comentada reitera el criterio mantenido en reciente STS de 12 de mayo de 2011, que cita. El dato clave por el que se estima el recurso interpuesto por el FOGASA se subraya expresamente en la Sentencia comentada cuando se señala que ni los hechos probados ni la fundamentación jurídica de la sentencia cuestionan la «causa» objetiva de los 17 despidos (de los 22 trabajadores en plantilla) producidos en un período de 90 días, a diferencia de otros supuestos en que no se acreditó que los despidos precedentes de otros trabajadores de la empresa tuvieran como motivo causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

## 2. TIEMPO DE TRABAJO

### **A) Crédito horario de los Delegados Sindicales. Es el centro de trabajo el que determina la plantilla a tener en cuenta, y no la empresa**

**SAN de 30 de mayo de 2012** (conflicto colectivo 84/2012), IL J 765/2012.

1. El sindicato USO plantea demanda de conflicto colectivo frente a la empresa T-Systems Eltec, S.L., la cual tiene una plantilla aproximadamente de 1.400 trabajadores repartidos en diversas comunidades autónomas.

Citado sindicato constituyó sección sindical estatal en citada empresa, que es reconocida pacíficamente por la empresa demandada, siendo pacífico, igualmente, el nombramiento y reconocimiento de dos delegados sindicales con cargo a esta formación.

La controversia jurídica gira en torno al crédito horario, que el sindicato USO concreta en 40 horas semanales para cada uno de los delegados, mientras que la empresa reconoce exclusivamente 20 horas.

2. El conflicto a resolver consiste en la interpretación del artículo 10 de la LOLS en relación con lo dispuesto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores.

Más concretamente, si para fijar el número de horas que corresponden a cada delegado sindical en concepto de crédito horario, debe computarse la totalidad de la plantilla de la empresa en la que se ostenta citada representación sindical o, por el contrario debe computarse sólo la plantilla de cada centro de trabajo.

La Audiencia Nacional falla en sentido contrario a las pretensiones del sindicato impugnante, defendiendo que las exigencias requeridas por el artículo 10.1 de la LOLS para constituir secciones sindicales y nombrar delegados sindicales con las garantías de la LOLS se refieren al centro de trabajo y no a la empresa.

3. En esta materia, la Audiencia Nacional sigue el criterio mantenido en la actualidad por el TS, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, rectificando así un criterio inicial más amplio.

## **B) Permiso por matrimonio de jueces y magistrados. Inaplicable a las parejas de hecho**

**STS de 10 de mayo de 2012** (recurso de casación 1267/2011), IL J 778/2012.

1. La recurrente presentó solicitud ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria solicitando disfrutar de una licencia de quince días tras haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria.

Denegada tal solicitud, formuló recurso de alzada frente al Consejo General del Poder Judicial, que igualmente fue desestimado; Frente a esta última desestimación interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo que, igualmente es desestimado, si bien consta en el fallo un voto particular del Excmo. Magistrado Sr. Don Nicolás Maurandi Guillen.

2. El objeto del procedimiento consistía en determinar la conformidad con el ordenamiento jurídico del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se denegaba la solicitud de la recurrente de disfrutar de una licencia de quince días, tras haberse inscrito en el registro de parejas de hecho de Cantabria. A este fin, constaba en el expediente administrativo informe positivo emitido por la Comisión de Igualdad a requerimiento del Consejo General de Poder Judicial.

La recurrente invocaba, en definitiva, la doctrina contenida entre otras en la STC 222/1992 en la que se sostiene la inexistencia de diferencia de los matrimonios y las parejas de convivencia *more uxorio*; invocaba también que a su pareja (funcionario del Gobierno de Cantabria) sí se le había reconocido el permiso solicitado en este procedimiento.

El TS analiza el Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011 el cual sí incorpora la asimilación del matrimonio a la convivencia *more uxorio* para algunas cuestiones concretas: excedencia voluntaria por cuidado de un hijo, o también en el supuesto de permiso para los supuestos de fallecimiento, enfermedad grave del cónyuge, pero no para el supuesto de licencia por matrimonio. Esta circunstancia salva al acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de la tacha de inconstitucionalidad, a juicio del TS, pues el Reglamento del Poder Judicial sí equipara (conforme a la doctrina del TC) el matrimonio con la convivencia *more uxorio* en supuestos de conciliación de la vida laboral y familiar, cumpliendo así no sólo el

mandato de no discriminación (Art 14 CE) sino también con el contenido de la LO 3/2007 para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres.

En definitiva, se rechaza la petición del permiso por carecer de cobertura normativa en la actualidad, rechazándose una interpretación extensiva del Reglamento 2/2011.

3. La Sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Nicolás Maurandi Guillén. Parte citado Magistrado de que ambas instituciones (matrimonio y convivencia *more uxorio*) no son absolutamente equiparables, en la medida que este segundo modelo de vida de pareja está destinado precisamente a evitar los efectos económicos y personales que derivan de la institución matrimonial, posibilitando que sean los integrantes de esta unión los que definan libremente los términos de su relación personal.

Pero, a juicio de este Magistrado, la licencia por matrimonio merece ser valorada como medida destinada a conciliar la vida laboral y familiar, pues su finalidad es ofrecer al beneficiario de la misma un tiempo para atender los preparativos que requiere un cambio en la vida personal tan trascendente como lo es el inicio de una convivencia estable de pareja.

Por esta razón, la denegación del permiso vulneraría, a su juicio, el principio de igualdad ante la ley (Art 14 CE).

**C) Horas extra. Retribución en el sector de vigilancia y seguridad. Solo pueden incluirse los pluses de peligrosidad, nocturnidad y festivos cuando dichas horas sean trabajadas en las condiciones requeridas para su devengo**

**STS de 13 de marzo de 2012** (recurso de casación 622/2010), IL J 606/2012.

1. El actor, con categoría de vigilante de seguridad, reclamó a su empresa el reconocimiento de la cantidad de 2.288 euros por diferencias salariales correspondientes a un número de horas extras no discutidas. La discusión se centra en el precio de la hora extra en el que el actor incluye conceptos tales como plus de transporte, plus de vestuario, plus de peligrosidad, plus de nocturnidad, plus de festivos, plus de actividad así como pagas extras.

La sentencia dictada en la instancia, estimo en parte la demanda excluyendo sólo los conceptos extrasalariales entre los que incluía el plus de limpieza y conservación de vestuario, pero incluyendo el resto de pluses por considerarlos de naturaleza salarial y por ello computables para el cálculo de la hora ordinaria.

Interpuesto por la empresa y por el trabajador recurso de suplicación, ambos fueron desestimados.

Interpuesto por la empresa demandada recurso de casación para unificación de doctrina, el mismo es estimado parcialmente por el TS, fallando que para obtener la diferencia que se reclama por el pago de las horas extraordinarias, debe acreditarse que las reclamadas se trabajaron en las circunstancias correspondientes al plus cuya inclusión se pretende, es decir: nocturnas, utilizando radioscopia portuaria, en día festivo y en Baleares, o en otras posibles condiciones.

2. El Alto Tribunal estima parcialmente el recurso formulado por la empresa demandada. Distingue para ello entre la doctrina acuñada por el mismo tribunal sobre la retribución de

las horas extraordinarias con carácter general y el específico caso de algunas horas extras prestadas en condiciones muy concretas.

Conforme la doctrina general, la retribución de la hora extra no se satisface únicamente con el abono del salario base, sino que ha de incluir todos los componentes que integran el salario ordinario.

Ahora bien, para determinados pluses denominados de puesto de trabajo (radioscopia, horario nocturno, festivos, etc.) aplica el Tribunal excepción a la regla general y concluye que, si estos pluses se retribuyen únicamente cuando se presta servicios en esas circunstancias, el precio de la hora extra sólo puede incluirlos si aquella se presta en las condiciones que dan lugar al nacimiento del plus.

Para el Alto Tribunal, el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.) pero no podría aceptarse que reclamar como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran tales circunstancias, pues en este caso no tendría derecho a percibir este complemento ni siquiera como hora ordinaria.

3. Con esta Sentencia reitera la Sala su doctrina contenida, entre otras, en la precedente Sentencia de 19 de octubre de 2011 (RJ 2012,527), 1 de marzo de 2012 (RJ 2012,3384) y 3 de marzo de 2012 (RJ 2012,527).

#### **D) Vacaciones. Regulación nacional contraria a normativa comunitaria al impedir recuperar las vacaciones frustradas por incapacidad temporal sobrevinida durante el periodo vacacional**

**STJ de la Unión Europea de 21 de junio de 2012** (cuestión prejudicial C-78/2011), IL J 585/2012.

1. El Tribunal Supremo plantó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el marco de un litigio que enfrentaba a la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) y varias asociaciones sindicales (FASGA, FETICO, y Federación de comercio, hostelería y turismo de CCOO).

En concreto la cuestión que enfrenta a ambas partes consiste en dilucidar si el trabajador tiene derecho a disfrutar en periodo distinto las vacaciones prefijadas y que se ven interrumpidas una vez comenzadas por una sobrevinida situación de incapacidad temporal.

Se plantea el Tribunal Supremo si una respuesta negativa a esta pregunta al amparo de la redacción literal del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores vulneraría la Directiva 2003/88 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Formula en definitiva el Alto Tribunal la siguiente cuestión: ¿El artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevinida durante el periodo de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el periodo de incapacidad laboral?

2. El TSJ responde afirmativamente a esta cuestión recordando su precedente doctrina referida al derecho del trabajador a disfrutar fuera de la fecha prefijada las vacaciones no iniciadas por concurrir situación de IT del trabajador al comienzo de su disfrute.

Para el Tribunal de Justicia carece de pertinencia el momento en que sobreviene la incapacidad a los efectos debatidos. El trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un periodo de baja por enfermedad en un periodo posterior, con independencia del momento en que haya sucedido esa capacidad laboral.

Recuerda a estos efectos que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho Social de la Unión de especial importancia, que además se encuentra recogido en el artículo 31 apartado 2 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, no cabiendo una interpretación restrictiva del mismo.

Desde un punto de vista finalístico, además, recuerda que el derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad.

3. En el presente supuesto, aplica analógicamente el Tribunal de Justicia su anterior doctrina contenida en la Sentencia Vicente Pereda (TJCE 2009, 261), conforme la cual de la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas se desprende que un trabajador que se encuentre de baja por enfermedad durante un periodo de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad.

### 3. MOVILIDAD FUNCIONAL

#### **A) Frontera entre modificación sustancial, movilidad entre categorías equivalentes y asignación de funciones propias de la clasificación profesional del actor**

**STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2012** (recurso de suplicación 1372/2011), IL J 813.

1. El actor, delegado sindical desde el año 2008, realiza desde el inicio de su relación laboral, el 6 de septiembre de 2006, labores propias de su categoría profesional de «Operario de Logística» en el sector 6. Atendiendo a esta categoría, el trabajador realizaba las funciones descritas en el convenio colectivo de aplicación, Convenio Colectivo de Comercio de Papel y Artes Gráficas 2009-2012. Así: embalar o enfardar, con las operaciones preparatorias de disponer embalajes y elementos precisos y con las complementarias de reparto y facturación, cobrando o sin cobrar la mercancía, realizar el transporte interno de la mercancía, ubicándola en sus lugares correspondientes en un orden lógico conforme a lo establecido en el centro de trabajo, recibir las mercancías solicitadas de los proveedores, comprobar la coincidencia entre albarán y mercancía recibida, ordenar su contenido e introducirlo en el sistema organizativo de la empresa para su tratamiento posterior mediante un sistema ordenado de recepción (manual, mecánico y/o informático), pudiendo utilizar

para su trabajo máquinas eléctricas elevadoras, requiriendo cierta práctica en la ejecución de las tareas.

La empresa encomienda verbalmente al actor, a fecha 22 de marzo de 2010, funciones consideradas por éste como propias de la categoría «mozo de almacén», conllevando el cambio desde el sector 6 al sector 9. En consecuencia, dos días después el actor presenta comunicación dirigida a la empresa solicitando «por escrito los motivos y causas tras el cambio producido en mi persona, a otro sector en ese caso el 09» y posteriormente demanda a ésta por el cambio realizado.

2. La SJS núm. 1 de Toledo, de 19-X-2010 (autos número 548/10), considerando por tanto la situación normativa vigente con anterioridad a la reforma laboral del año 2012, estimó la demanda en reclamación por modificación sustancial de condiciones de trabajo presentada por el trabajador, al entender que implicaba un cambio de funciones desde las propias de la categoría profesional del actor a la categoría profesional inferior de mozo. Y declara la nulidad del cambio operado condenando a la empresa a reponer al demandante en las mismas condiciones laborales disfrutadas por éste con anterioridad a la modificación. Argumenta el órgano judicial *a quo* que el actor, en el periodo comprendido desde enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2010, efectuó un total de 128,75 horas de muelle control/descargas y un total de 179,75 horas de recogida lectura punto de venta; proporción la indicada que considera difiere de la llevada a cabo por otros trabajadores con su misma categoría profesional, los cuales realizan un menor número de horas de muelle control/descarga, algunos de ellos ninguna, y un número superior de horas dedicadas a lectura óptica, siendo así que las horas que los trabajadores con la categoría profesional de mozos de almacén llevan a cabo en tareas de muelle control/descargas se asemejan a las invertidas en tales tareas por el accionante.

Datos los indicados de los que, como advierte ulteriormente la Sala, «la Juzgadora de instancia extrae dos consecuencias, por una parte que el cambio operado en las funciones a desarrollar por el actor implican una modificación sustancial de condiciones de trabajo, y en segundo término que dicha modificación, de carácter verbal, sin base en el contrato ni en el convenio aplicable, y sin alegación de causa justificativa alguna de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, y sin sujeción a los requisitos contemplados en el art. 41 del ET, determinaba su nulidad».

3. Reflexiona la Sala en su STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2012, IL J813 (Rec. núm. 1372/2011) y considera que la presente pretensión se mueve en la frontera entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo y su diferenciación con la manifestación del poder de dirección empresarial resultando relevante la jurisprudencia del TS reflejada en su Sentencia de 26 de abril de 2006, entre otras de las que hace acopio. Se refiere aquélla a un supuesto de movilidad geográfica y acaba concluyendo que en el listado del art. 41 ET «ni están todas las que son ni son todas las que están» y también el insoslayable cierto casuismo de la materia, imposible que lo es de cerrar legalmente el concepto de «modificación sustancial». Destaca así mismo la trascendencia al caso de los arts. 5, 20, 22.3 y 5, 39.1 y 41 ET, así como del art. 10 Convenio Colectivo de aplicación citado.

Atendiendo al conjunto normativo anticipado así como a la citada jurisprudencia estima la Sala la inexistencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo en el caso

analizado, considerando hipotéticamente el mismo a lo sumo expresivo de un cambio de funciones entre categorías profesionales equivalentes, cuales son las de mozo de almacén y operario de logística, y por ello subsumible en el art. 39 ET, pero no en su núm. 5 relativo a la modificación sustancial sino al apartado correspondiente al *ius variandi* empresarial. Ello es así, descendiendo a lo concreto, porque la descripción de funciones asignadas a una y otra categoría en discusión, operario/a de logística y mozo/a empaquetador/a, por el Convenio de aplicación, ambas dentro del Área de Logística y Servicios Auxiliares, evidencia su efectiva equivalencia atendiendo al art. 22.3 ET, esto es la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de una de ellas permite desarrollar las prestaciones laborales básicas de la otra, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos simples de formación o adaptación.

Sin embargo, la Sala llega finalmente a la conclusión de que ni tan siquiera el cambio operado, pasando del Sector 6 al Sector 9, ha implicado la asignación de funciones correspondientes a una categoría que se podría considerar como equivalente, esto es la de mozo, distanciándose de la Sentencia de instancia por dos razones. La primera, aquella toma parcialmente como periodo de cálculo para hacer la estimación cuantitativa de la dedicación horaria a funciones en teoría correspondientes a otra categoría un tiempo anterior al cambio de funciones controvertido. La segunda, estas funciones se situaban también en las propias de su categoría profesional. Es decir, no queda acreditado al parecer de la Sala que las tareas llevadas a cabo en muelle control/descargas no se correspondan con las propias de la categoría profesional del actor, estimando en consecuencia el recurso planteado.

#### 4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

##### A) Traslados colectivos. Gastos de mudanza

**SAN de 17 de mayo de 2012** (conflicto colectivo 54/2012), IL J 586/2012.

1. Por la Entidad B.E. y la representación de los trabajadores se inició periodo de consultas para el traslado colectivo de 57 trabajadores a diversas ciudades peninsulares y fuera de la península, concluyendo en el acuerdo de 7/3/11 y fijando que el trabajador trasladado tendrá derecho a percibir determinadas indemnizaciones. Por los Sindicatos se interpuso demanda colectiva en solicitud del derecho a percibir el concepto gastos de mudanza previsto en el Convenio Colectivo.

2. La cuestión a delimitar es si la compensación económica a tanto alzado prevista en el acuerdo debe complementarse con la reconocida en el convenio para los casos de mudanza, o bien se trata de una cuantía que indemniza globalmente a los trabajadores afectados, desplazando la aplicación del convenio. La Sala de lo Social de la AN señala que resulta del proceso de negociación y del texto del Acuerdo de traslado colectivo una clara voluntad de establecer compensaciones económicas que mejoraran las previstas en el convenio de aplicación, no limitándose a sustituir la cuantía de algunos de los conceptos contenidos en este último sino estableciendo el abanico de compensaciones y ayudas que, componen las «condiciones aplicables a los trabajadores trasladados», entre ellas las económicas. «Desde este punto de vista, la pretensión de suplir la omisión en el Acuerdo de la ayuda

por mudanza con la cuantía que sí contempla el convenio, constituiría un supuesto de la técnica del espiguelo que ha sido reprobado por el Tribunal Supremo, SSTS 19-1-98 (RJ 1998/741), 24-1-05 (RJ 2005/3539)». Pero aún más desde la perspectiva del art. 40.1 ET, analizando las cuantías del acuerdo y las contempladas en la citada norma, no deja lugar a dudas que el Acuerdo, incluso sin contemplar la ayuda de mudanza, otorga una mayor cobertura económica para la totalidad de los trabajadores. En su consecuencia se desestima la pretensión.

3. La Sala de lo Social acude para valorar las indemnizaciones del pacto y las previsiones del Convenio Colectivo y del art. 40.1 ET a aquellas que en conjunto sean superiores, y por tal rechaza la técnica del espiguelo, con lo que no puede examinarse autónomamente cada indemnización que contempla la norma colectiva o la norma estatutaria, y sí fijarse en la compensación económica superior ante el traslado.

### **B) Acoso psicológico en el trabajo. Definición. Inexistencia**

**STSJ del País Vasco de 20 de marzo 2012** (recurso de suplicación 824/2012), IL J 934/2012.

1. El trabajador viene prestando servicios para la empresa como representante de comercio, rigiéndose por el RD 1438/85. La empresa comunicó a los vendedores ofreciendo renegociar el contrato de trabajo de los miembros del sector, disminuyendo el salario fijo, pero percibiendo a cambio un complemento dinerario y un aumento de porcentaje de comisiones por las ventas realizadas, siendo su adhesión o no tal cambio voluntario por parte del trabajador. Se ha producido una modificación de clientes pasando de 203 en el año 2010 a 175, lo que no ha incidido en la facturación, teniendo esos clientes extraídos de la cartera facturación negativa. En diciembre de 2010 se produce una reestructuración del sector de la madera, y el trabajador pasa de tener 165 a 127, no obstante superó la facturación de diciembre de 2010 en enero de 2011. El trabajador causó baja por cuadro ansioso-depresivo. El trabajador ejercita demanda de extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET al entender una modificación sustancial de condiciones de trabajo acompañadas de una alegación de acoso moral. Ello es desestimado por el Juzgador de instancia y confirmado por la Sala.

2. La Sala de lo Social, partiendo de las causas justas para extinguir el contrato de trabajo, art. 50 ET, a) y c), y acude a los estudios médico-psiquiátricos y de psicología del trabajo, sobre el acoso moral para conceptualarla, resalta la Sala «los nuevos instrumentos normativos Ley 62/03 que en su art. 28.1.d) (trasponiendo las directivas 2000/43, 2000/78 y 2002/73) hace una definición del acoso a los efectos discriminatorios: «Toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo». En el mismo sentido el Reglamento del Consejo CE 723/04, que en su art. 12 bis prevé, para los funcionarios, un llamado acoso psicológico. Y últimamente la directiva CE 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento del Consejo de la Unión Europea, que en materia propia de igualdad de oportunidades principio de igualdad, acoso sexual, empleo y ocupación no recoge la temática propia del acoso moral y la referencia a carga de la prueba en su art. 19 como alusión a un desarrollo que deberá ser aplicado a partir de los años 2008-2009.

Aún es más, no sólo la existencia del actual Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo firmado el 26 de abril de 2007 (influenciado por el estrés laboral recogido en el Acuerdo Marco Europeo de 8 de octubre de 2004), sino que además las novedosas normativas que imperaban desde la Ley Orgánica 1/04 a la actual Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y por último incluso para la función pública la Ley 7/07, o los convenios colectivos del personal laboral de la Administración (BOE de 14 de octubre de 2006), recogen todos ellos aproximaciones que de alguna manera configuran y dan tratamiento directo o indirecto a las problemáticas de acoso en colectivos cuyo vínculo laboral contienen directa o indirectamente pautas de estudio de derechos individuales con referencias a la dignidad y al acoso, a la discriminación y a la igualdad, que deben ser impedidos como bien reflejan múltiples protocolos administrativos y empresariales que en la actualidad imperan por doquier. Asimismo recuerda la Sala las suficientes pautas establecidas por la doctrina jurisprudencial y así destaca: «la STS de la Sala 3.ª sección 6.ª de 23.7.01, (repertorio La Ley 6765) ha afrontado la temática en el ámbito del empleo público a modo y manera de acoso institucional. Las STSJ de Navarra confirmando las de los Juzgados de lo Social de Pamplona n.º 1 y n.º 3 de 19.02 y 20.03 de 2001 confirman tal realidad como respuesta jurídico laboral jurisprudencial. La STSJ de la Comunidad Valenciana de la sala de lo contencioso Administrativo 25.9.01, reafirma la vulneración del derecho a la dignidad de los trabajadores por práctica empresarial incardinable en el denominado bossing, violencia psicológica por el superior jerárquico. El Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid en Sentencia 18.6.01, Aranzadi 16-67 parafrasea el fenómeno y lo deslinda de otros comportamientos autoritarios. El Juzgado de lo Social n.º 2 de Vitoria-Gasteiz en sentencia de 27.2.02, reconforta la figura del mobbing, que ha sido confirmada mediante sentencia del TSJ.P.V. de 14.05.2002, Recurso 933/02, en materia de procedimiento de oficio y en éste mismo sentido, hay resoluciones del Juzgado de lo Social n.º 1, que ha dictado en autos 107, 119, 394, 417, 569 y 762 (este último procedimiento de oficio) del 2002 sobre la misma materia, además de la STSJPV de 26-02-02, que ha confirmado la primera. Igualmente la sentencia de 26.03.2003, autos 96/03 en materia de tutela de derechos fundamentales. Así como los posteriores autos 943/03, sentencia de 6.02.04, autos 103/04, 261/04, 121/04, 538/04, 651/04 y 355/06 entre otros a los que se unen múltiples recursos que en temáticas parejas se han visto en esta Sala entre los que reseñamos los siguientes 2119, 2324, 2498, 2518, 2847 todos ellos del 2006, y ya en el año 2007 los Recursos 106, 249, 508, 1160, 1196, 1260, 2311, 2358, 2415; y ya incluso en el año 2008 los recursos 239 y 359, 563, 758, 795, 906, 913, 1028, 1203, 1372, 1572, 1693, 1730, 1850, 1876, 1939, 2113, 2636, 2687, 2756, 2767, 2997; en el año 2009, 39, 185, 622, 838, 902, 936, 992, 1198, 1504, 1975, 2193, 2476, 2629, 2836, y 3075; en el año 2000, 329, 383, 467, 529, 551, 653, 1000, 2030, 1207, 1579, 1441, 1792, 2115, 2202, 2209, 2429, 2611, 2718, 2730, 2877, 2783, 2760; en el año 2011, 172, 498, 737, 949, 1003, 1161, 1246, 1680, 1850, 2885, 3135; y en el año 2012, 33, 37, 265, 339, 432 y 437 entre otros muchos.

Por último, en figuras distantes y, en este caso ajenas, sin perjuicio de sus puntuales conexiones, es de recordar por ejemplo la STS 23.7.99, la del TSJ de Murcia de 31.7.97 (síndrome depresivo ansiolítico por sufrir la entidad financiera donde trabajaba la persona varios atracos) STSJ del País Vasco del 7.10.97 (estrés profesional como accidente laboral) y de 2.11.99 (configuración del síndrome de Burn-out como accidente de trabajo también

confirmada por el TS) y la STSJ de Galicia de 20.01.00 configuradora del acoso sexual como accidente de trabajo...».

Llegado a este punto y a la luz de los hechos probados la Sala entiende la inexistencia de acoso moral y es que las conductas de la empresa se alejan de conductas modificadoras contempladas en los arts. 40 y 41 ET, y, concluye la Sala, que «Se ha demostrado la existencia de un conflicto social y laboral entre las partes donde la reclamación del trabajador con sus argumentaciones y pruebas no puede tener por constatado el fundamento exigible de un maltrato o un menoscabo sufrido que sea contrario a la dignidad e inadmisibles, más sino que por el contrario, como bien aprecia la Juzgadora de Instancia, malamente podemos hablar de una modificación sustancial de condiciones en función de las consecuencias de acoso moral cuando no se da naturaleza y exigencia del mismo, siendo que en modo alguno el resto de pautas conforman la realidad de una modificación sustancial injustificada que hayamos podido analizar en función de las alegaciones vertidas por las contraparte».

3. La sala de lo Social y previos estudio de la doctrina científica y doctrina jurisprudencial sobre el acoso moral, a la luz de los hechos probados no alterados llega a la conclusión de la inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo ni tampoco acoso moral alguno y si la existencia de una conflictividad social laboral innata, en muchas ocasiones, a las relaciones laborales pero que no por tal supone el acoso que aduce el trabajador.

## 5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

### A) **Modificación sustancial de las condiciones laborales.**

#### **Inexistencia de discriminación**

**STSJ de Galicia de 15 de diciembre 2011** (recurso de suplicación 2996/2011), IL J 691/2012.

1. La trabajadora venía prestando servicios como auxiliar administrativo con una jornada reducida por cuidado de hijo menor (25 horas) y jornada de 9,00 a 14,00 horas. La empresa le modificó el horario, deponiéndolo de 11,30 a 13,30 y de 15,30 a 18,30 horas. El Juzgado de la instancia estimó en parte la demanda y la trabajadora interpuso recurso de suplicación.

2. La Trabajadora a través del recurso de suplicación entiende que la decisión de la empresa tiene un carácter discriminatorio, lo que es estudiado por la sala de lo Social acudiendo a las reglas del *onus probandi* y por tal desplegando si la trabajadora ha llevado a probar el indicio. Y así señala que la trabajadora —que lleva cuatro años disfrutando de jornada completa de mañana y reducida— se le atribuye una jornada partida, pero manteniendo el carácter reducido; lo que no cumple dichas exigencias, puesto que no se afecta a su derecho a la reducción de jornada, sino a la distribución del horario que, en ejercicio de su facultades directivas, puede hacer el empresario. Tampoco entiende una desigualdad de trato, pues acude a otros trabajadores a los que no se les ha cambiado el horario, concluyendo la Sala que «El motivo es que la trabajadora se compara —siendo Administrativa— con un

Arquitecto y un Arquitecto Técnico, lo que en una empresa que pueda atender al público no es asimilable, dadas las muy distintas funciones que puedan desempeñar una y otros, como, por ejemplo, atención al público, organización, planificación, preparación, etc.», por tanto entiende la sala la inexistencia de discriminación.

3. Dos son los elementos de estudio en esta sentencia, la carga probatoria ante la alegación de una vulneración de derechos fundamentales, y por la prueba de indicios que recae en la trabajadora y el juego de la desigualdad de trato y discriminación para que tal se dé. La Sala acude a la reiterada jurisprudencia sobre tales materias para entender la no prueba de indicios y la no desigualdad de trato.

## **B) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Modificación retributiva justificada**

**SAN de 28 de mayo de 2012** (conflicto colectivo 61/2012), IL J 597/2012.

1. La empresa, que cuenta con 2.200 trabajadores, notificó a la representación de los trabajadores el inicio del período de consultas para modificar, con base a causas económicas, técnicas y organizativas, los esquemas retributivos. En concreto la retribución guardias para resolución de incidencias en clientes, el concepto atención a clientes y el plus de disponibilidad por cambios planificados. Estas retribuciones percibidas por los trabajadores eran superiores a las percibidas por los trabajadores de las empresas de la competencia. La empresa ha reducido tanto la facturación como los beneficios. Existió un periodo de negociación con reuniones, entregándose documentación; en la última de estas la empresa mejoró la propuesta inicial. Las compensaciones medias del régimen retributivo modificado son superiores en todas sus bandas a las del régimen precedente, aunque se distribuyen de modo distinto según sea la banda de los trabajadores afectados. La mayor parte de los trabajadores afectados aceptaron el nuevo régimen retributivo.

2. Primer debate que examina la Sala de lo Social es si se han cumplido las exigencias del art. 41.4 ET, en concreto el periodo de consultas, para ello la sala recuerda que «El período de consultas se constituye, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva, garantizada por los arts. 28.1y 37.1 CE, que tiene unas finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos, habiéndose entendido por la jurisprudencia, por todas STS 30-06-2011, rec. 173/2010 y 18-01-2012, rec. 139/2011, que es requisito constitutivo para que la negociación en el período de consultas pueda alcanzar sus fines, que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos, siendo exigible, del mismo modo, que la negociación sea efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin, como hemos mantenido en SAN 25-11-2009, ROJ 5105/2009». Por tanto concluye que conforme el relato de lo probado se cumplieron las exigencias que el periodo de consultas exige y por tal el procedimiento de modificación.

Respecto al fondo la Sala recuerda la nueva versión del art. 41 ET y señala que limita, aún más, el nivel de exigencia anterior, que admitía la concurrencia de causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, «ya que ahora el precepto se limita a exigir la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose como tales las que se relacionen con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa» Asimismo recuerda la jurisprudencia (STS 17-5-05, R. 2363/04), en la redacción anterior del art. 41.1 ET, que «la modificación sustancial no exigía, a diferencia de la extinción por causas económicas, la concurrencia de pérdidas, porque la interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que *no es la “crisis” empresarial sino la “mejora” de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo.* Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas, subrayando, a continuación, que esa conclusión, basada en la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el art. 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52.c del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa, puesto que estos preceptos sí establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a “superar una situación económica negativa de la empresa” (art. 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma” (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la “superación de situaciones económicas negativas” (art. 52.c, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa” (art. 52.c, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa). Por tanto no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, ello supone un menor nivel de exigencia probatoria respecto a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Así el empresario deberá probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el RDL 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empre-

sa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo. En el presente supuesto la Sala entiende que ha probado todos los extremos y por tal desestima la demanda.

3. Desde dos perspectivas examina la Sala de lo Social de la AN la modificación sustancial colectiva operada, desde la forma, esto el periodo de consultas y sus exigencias para que tal tenga valor, y en este supuesto, conforme a la doctrina jurisprudencial se ha llevado a cabo y respecto al fondo, esto es la nueva exigencia de las causas para la modificación en el texto del RDL 3/12, esto es, concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose como tales las que se relacionen con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, y conectado con esto las exigencias probatorias en relación con los despidos por causas económicas..., en los que se impone un nivel de inferior de exigencia probatoria.

### **C) Conflicto Colectivo. Modificación sustancial de condiciones laborales. Movilidad**

**STS de 13 de junio de 2012** (recurso de casación 100/2011), IL J 597/2012.

1. Consecuencia de haber sido dictada sentencia en conflicto colectivo se acordó en la transformación de contratos a jornada completa los celebrados en las Consejerías y Organismos relacionados. Por la Consejería se procedió a modificar los contratos incrementando las jornadas al 100% y adjudicando los respectivos destinos (residencias de personas mayores) según la antigüedad del contrato fijo discontinuo aplicando la preferencia, en caso de empate, al trabajador de más edad. La Comunidad Autónoma solicitó informe a los Comités de empresa de cada centro. La Sala de lo Social del TSJ estimó la demanda de conflicto colectivo declarando la nulidad del traslado.

2. Interpone recurso de casación la Comunidad Autónoma alegando la inexistencia de modificación colectiva sino a supuestos de traslado de un centro a otro y no modificación sustancial de carácter colectivo y por tal deben seguirse los trámites del art. 66 del Convenio Colectivo y no los del art. 21. La Sala de lo Social del TS señala que «... se deduce con toda claridad que el mismo se refiere al establecimiento de unos criterios generales para proceder a la movilidad de los trabajadores individualmente considerados, en cumplimiento del artículo 83 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), como afirma el propio recurrente, precepto denominado “Provisión de puestos y movilidad del personal laboral”, cuyo tenor literal dice así: “La provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera”. Se trata de una previsión normativa —la del artículo 83 del EBEP y la del artículo 66 del Convenio Colectivo que le da cumplimiento— referida a supuestos normales y habituales de movilidad geográfica individual, que nada tienen que ver, como con acierto afirma la sentencia recurrida, con el caso de autos en el que nos encontramos ante un supuesto excepcional dimanante de un acuerdo específico de la Comisión Paritaria de transformación de contratos a tiempo parcial en contratos a jornada completa, acuerdo convalidado por sentencia judicial y del que, a su vez, se ha derivado la necesidad de proceder a un traslado generalizado de los Auxiliares de Enfermería. Se trata, en definitiva, de una modificación sustancial de condiciones de trabajo

de carácter colectivo —no otra cosa es el traslado, como se desprende del artículo 41.7 del ET que, tras regular las modificaciones sustanciales referidas a otras condiciones de trabajo distintas de la del lugar de trabajo, opta por remitirse al artículo 40 para el tratamiento específico de esa singular condición laboral— “incardinándose la situación enjuiciada en el artículo 21 del Convenio”, como afirma con acierto la sentencia recurrida, pues se trata de un precepto expresamente previsto para estos supuestos, prescribiendo la necesidad de negociar con los sindicatos “aquellas cuestiones que afecten a las condiciones de trabajo del personal” (artículo 21.5) y, más concretamente, “en los supuestos de modificaciones sustanciales de las plantillas y relaciones de puestos de trabajo”, con especial mención de lo dispuesto en el artículo 40 del ET (art. 21.7 del Convenio)».

3. La Sala de lo Social TS con criterio razonado no entiende que estemos ante traslados individuales sino, tratándose de un colectivo, y afectando a las condiciones laborales, supone una modificación sustancial de condiciones laborales de carácter colectivo, e impone, previamente a la decisión del traslado, la negociación con los órganos de representación, tal y como exige el art. 21 del Convenio.

#### **D) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Desestimación**

**SAN de 28 de mayo de 2012** (conflicto colectivo 59/2012), IL J 766/2012.

1. Desde 1976 la empresa El Corte Inglés presta servicio de cafetería a sus empleados en 18 centros de trabajo, subvencionando en parte el precio que pagaban por el menú o comida que efectuaban, y que se ofertaba a precios muy inferiores a los del mercado. El 26-7-2011 la empresa demandada comunicó al comité intercentros que desde el 1-8-2011 los precios subvencionados en las cafeterías de personal se incrementarían, además de los aumentos de materias primas y productos envasados, con los costes de explotación, notificándose, al tiempo, la reducción de los productos subvencionados. Impugnada ante la sala de lo Social de la AN por el trámite del conflicto colectivo se estimó la misma anulando la decisión empresarial. La empresa convocó al Comité Intercentros sobre modificación del sistema de determinación de precios de la carta de productos de los autoservicios, llegando a un Acuerdo, previas diversas consultas con la representación de los trabajadores.

2. Ante el conflicto colectivo planteado por un sindicato, la Sala de lo Social de la AN señala que el art. 41 ET dispone que la modificación sustancial de condiciones de contrato de carácter colectivo debe ir precedida de un periodo de consultas, pues la propuesta fue discutida en varias sesiones; por ello se entienden cumplidos los trámites previstos en el art. 41.4 ET. Asimismo se alegó el fraude o abuso de derecho, extremo este que debe ser probado por quien lo alega (art. 217.2 LEC), lo que nada acredita y por tal, concluida la decisión de modificación sustancial con acuerdo en el periodo de consultas, se ha de presumir la concurrencia de las causas alegadas, conforme dispone el art. 41.4 ET.

3. En la presente sentencia se reitera la exigencia de periodo de consultas para la modificación sustancial colectiva, lo que se cumplió por parte de la empresa. Asimismo se alcanzó un acuerdo, y, ante la alegación de fraude o abuso de derecho aquel que lo alegue debe probarlo, lo que nada realiza. Por último *alcanzado acuerdo existe una presunción de concurrencia de las causas* para la modificación sustancial de condiciones.

**E) Modificación sustancial de las condiciones laborales.****Derecho a tres fines de semana seguidos de descanso**

**STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2012** (recurso de suplicación 772/2012), IL J 808/2012.

1. D. Leandro, mayor de edad, con DNI n.º [...], trabaja por cuenta de la empresa Hotel [...] S.L., dedicada a la hostelería, con domicilio en la ciudad de Barcelona, categoría profesional de platero. Regía en la empresa un pacto extraestatutario, suscrito por la dirección de la empresa y las secciones sindicales de UGT, USO y CGT, de adhesión voluntaria para los trabajadores, con vigencia entre el 2006 y el 2009, estableciendo un descanso semanal de 2 días ininterrumpidos, con un sistema que garantizara, como mínimo, un fin de semana libre mensual a todos los empleados, excepto el departamento de pisos. Este fue sustituido por otro pacto extraestatutario con vigencia hasta 31-12-09. Hasta octubre de 2008 el trabajador disfrutaba, como regla general, de 3 fines de semana de descanso seguidos, trabajando el siguiente. Regla que podía puntualmente alterarse por necesidades de personal sobrevenidas, como ausencias por enfermedad. Desde el mes de octubre de 2008 el demandante, como regla general, trabaja un fin de semana y descansa el siguiente. Regla que puntualmente puede alterarse para conceder mayor número de fines de semana de descanso seguidos. Este es miembro del Comité de Empresa.

2. La cuestión litigiosa en el conflicto se centra en determinar si la decisión empresarial de hacer al demandante trabajar fines de semana alternos en lugar de librar tres seguidos y trabajar el cuarto constituye una modificación sustancial análoga a las citadas por dicho precepto o, por el contrario, está inmersa en el *ius variandi* de la empresa, como poder para modificar el contenido de la prestación y así adecuarla a la finalidad última de la producción. La Sala, revocando la sentencia de instancia, señala que «la modificación impuesta al actor, consistente en trabajar fines de semana alternos en vez de librar tres fines de semana seguidos, ha de calificarse de sustancial. Hemos de considerar que se transforma el equilibrio de las prestaciones correspondientes a cada parte contratante porque: a) se trata de una condición de la que, como regla general, disfrutaba el actor —a falta de dato en contrario— desde el comienzo de su relación con la empresa...; b) no se le proporciona contraprestación alguna; y c) la empresa alega —pero no ha justificado— que su objetivo es permitir que el mayor número de trabajadores pueda disfrutar de más de un fin de semana de descanso al mes (fundamento jurídico segundo). En conclusión, se modifica el régimen y ritmo de descansos, con lo que objetivamente resultan más onerosas las prestaciones que se le vienen exigiendo al trabajador por la empresa desde octubre de 2008». Por tanto estamos ante una modificación sustancial que tiene carácter individual y que, para llevarla a cabo, es preciso el concurso de las circunstancias previstas en el art. 41 del ET, además de que la empresa debió acudir a las previsiones o exigencias que se contienen en el número 3 del mismo precepto, esto es, la notificación por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Por tanto revoca la sentencia declarando el derecho del trabajador a continuar disfrutando de tres fines de semana seguidos de descanso, trabajando el siguiente.

3. El debate se circunscribe a si estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo o no. Recuerda la Sala la doctrina sobre la conceptualización de la sustancialidad en las modificaciones de condiciones de trabajo señalando que tienen el carácter de sustancial

«aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista “ad exemplum” del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi” empresarial». En este supuesto, aunque no entra a valorar el pacto extraestatutario, con los elementos probados, entiende que la alteración de descanso en los fines de semana por otro sistema es una modificación sustancial y por tal la decisión de la empresa no se ajusta a derecho, con lo que se revoca la sentencia y se repone al trabajador en sus condiciones de descanso en los fines de semana.

## **F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Personal de alta dirección**

**STSJ del País Vasco de 24 de abril 2012** (recurso de suplicación 940/2012), IL J 936/2012.

1. El trabajador suscribió contrato con la empresa en el año 1996 como auxiliar administrativo. En el año 2008 suscribieron documento por el que el trabajador asumía las funciones de Delegado en la sede de Bilbao. En su estipulación 1.<sup>a</sup> se establecía la posibilidad de ambas partes de resolverlo con un preaviso de 15 días. Asimismo se fijaba un plus por el desempeño de funciones no consolidable, respondiendo exclusivamente ante la Dirección General de la empresa. La empresa en el año 2011 revocó las funciones del trabajador. Este impugnó la decisión al entender que se trataba de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que fue desestimado.

2. El primer debate que se discute es la naturaleza de la relación habida entre trabajador y empresa, pues, mientras el trabajador entiende una naturaleza común, que para la empresa los poderes concedidos al trabajador desde el año 2008 revelan la naturaleza de relación de alta dirección desde el año 2008.

Para delimitar tal naturaleza acude la sentencia que se examina a la doctrina jurisprudencial (STS 4-6-99, rcud 1972/98), la cual destaca los elementos siguientes: «a) Uno de los elementos indiciarios de la relación especial de servicios de los empleados de alta dirección es que las facultades otorgadas “además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad”. Ello es así porque este contrato especial de trabajo se define en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, de un lado por la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios (autonomía y plena responsabilidad), y de otro lado por el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen (poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma)” (STS/Social 24-I-1990, 12-IX-1990-I-1991 y STS/IV 22-IV-1997 —recurso 3321/1996—).

b) Es exigencia para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección y que explícitamente figura en el mencionado art. 1.2 Real Decreto 1382/1984, que la prestación de servicios haya de ejercitarse asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma, y que “el alto cargo, en el desarrollo de sus funciones

y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que, normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto y sometido a la legislación laboral común, aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorios de tal condición, a tenor del repetidamente citado art. 2.1” (STS/Social 12-IX-1990).

c) No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores —fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad— con la alta dirección que delimita el art. 1.2 Real Decreto 1382/1985 en relación con el art. 2.1.a) ET, “en concepto legal, que, en la medida en que lleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva” (SSTS/Social 13-III-1990 y 11-VI-1990).

d) Destacándose que “lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial” y que “para apreciar la existencia de trabajo de alta dirección se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, sólo subordinado al órgano rector de la sociedad. Y precisamente como consecuencia de estas consideraciones referentes a la delimitación del concepto de ‘alto cargo’, es por lo que se ha proclamado que este especial concepto ha de ser de interpretación restrictiva y hay que entender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa” (SSTS/Social 24-I-1990 y 2-I-1991) (...).

En el presente supuesto la Sala concluye que la relación habida entre las partes es la propia de una alta dirección en base a lo siguiente: «a) se referían a la actividad íntegra de la empresa y a aspectos trascendentales de sus objetivos (ventas y compras, con determinación de las tarifas de ventas; plena gestión administrativa y de personal, con facultades de contratación y extinción de las relaciones laborales; representación de la empresa ante organismos públicos; firma de documentos y autorización de pagos); b) plena autonomía y responsabilidad, con poderes plenos inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (ventas y compras; contratación y extinción de las relaciones laborales; autorización de pagos; plena representación de la empresa) sólo limitada por quien asume su titularidad (sólo respondía ante la Dirección General de la empresa, con sede en Las Palmas de Gran Canaria); c) no era una simple delegación, sino plena actuación responsable y autónoma sin instrucciones ni directrices; d) la actuación del demandante tenía una dimensión territorial, pero se trataba de una zona nuclear y completa de la empresa».

Otra cuestión discutida en la litis es la formalización de la relación laboral de alta dirección al exigir el art. 4 RD 1382/1985 su formalización por escrito. El artículo 9 del citado RD contiene una previsión específica para el caso de que el acceso a la relación laboral de alta dirección se produzca como promoción interna. Aquí se formalizó un documento

mediante clausulado adicional al contrato ordinario y, si acudimos al artículo 4 del RD regulador de la relación laboral especial de alta dirección, concluiremos que el pacto así alcanzado entre las partes y plasmado en el contrato laboral ordinario como estipulación o cláusula adicional constituía, en realidad, un auténtico contrato de relación laboral especial de alta dirección. En efecto, dicho artículo 4 exige que el contrato tenga un determinado contenido mínimo, a saber: la identificación de las partes, el objeto del contrato, la retribución convenida, la duración del contrato y las demás cláusulas exigidas en el propio RD, tales exigencias formales de contenido del contrato de alta dirección se contuvieron en el pacto por el que el demandante pasó a realizar funciones de Delegado de la Delegación de Bilbao, pacto que se incorporó al contrato entre las partes. Por tanto se entiende válida la formalización del contrato de alta dirección.

Por último, respecto a la extinción, el art. 9 RD 1382/1985 contiene una previsión específica para el caso de que el acceso a la relación laboral de alta dirección se produzca como promoción interna, esto es, partiendo de una relación laboral ordinaria para la misma empresa, lo que ha ocurrido en el presente caso. En tal supuesto se prevé, además, que el contrato especificará si la nueva relación especial sustituye a la común anterior o si esta última se suspende y que, si nada se especifica, la relación laboral ordinaria queda en suspenso. En el presente supuesto nada se especificó, por tanto entra en juego el apartado 3 del artículo 9 del RD 1382/1985, según el cual, estando en suspenso la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que tenga derecho a resultas de tal extinción, con excepción de la extinción del contrato de alta dirección por despido disciplinario que se declare procedente. En el presente supuesto la relación laboral de alta dirección se ha extinguido por así haberlo decidido la empresa y que, en consecuencia, el demandante tiene la opción de reanudar la relación ordinaria suspendida. «Lo que en modo alguno puede entenderse es que se haya consolidado la categoría o situación de la relación laboral especial de alta dirección y que su privación al demandante sea, como ha pretendido en este litigio, una modificación sustancial de condiciones de trabajo».

3. La sala examina tres aspectos, por un lado la naturaleza de la relación laboral común o laboral especial de alta dirección; a ello recurre a la doctrina judicial, concluyendo la naturaleza de alta dirección. La segunda cuestión es que la formalización del contrato de alta dirección, y el hecho de no establecerse mediante contrato por escrito y sí solo mediante una cláusula adicional al contrato ordinario, en nada desvirtúa la naturaleza de alta dirección. Y por último la cuestión de la extinción del contrato y la posibilidad de optar por la reanudación del contrato ordinario suspendido, y por ello nada se produce una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

### **G) Jornada laboral. Empleados públicos. Modificación sustancial. Negociación colectiva**

**STSJ de Castilla y León de 5 de julio de 2012** (recurso de suplicación 2/2012), IL J 949/2012.

1. El personal de la Agencia de Innovación y Financiación, ente público de la Junta de Castilla y León, viene rigiéndose en su jornada y horario por el Convenio Colectivo del

personal laboral de la Junta de Castilla y León, según los cuales la jornada es de 35 horas semanales distribuidas con horario de presencia obligatoria de 9,00 a 14,00 horas y luego unas horas voluntarios hasta cumplir tal jornada. La Ley 1/2012 de la Comunidad de Castilla y León fijó una nueva jornada, por lo que mediante circular se comunica a los trabajadores la nueva jornada, conforme a un incremento de dos horas y media semanales.

2. La sala conoce de la demanda de conflicto, entendiendo la representación legal de los trabajadores que se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo por la decisión del Ente Público de modificar el horario y la jornada de trabajo en aplicación de la Ley dictada por la Comunidad Autónoma, que regula entre otros aspectos la duración de la jornada laboral, y si con ello se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva.

La Sala examina, en primer lugar, la cobertura legal de la Ley 1/2012 de la Comunidad de Castilla y León, y llega a la conclusión, al amparo de lo establecido en el art. 149.1.17.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> de nuestra Constitución, de que es competencia del Estado establecer la duración de la jornada laboral en las distintas Administraciones Públicas, y asimismo en virtud de la competencia señalada se dictó el EBEP, cuya aspiración es a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto; Y en su art. 47 dispone que «Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial», y el art. 51 dispone: «Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente». Pues bien, teniendo en cuenta que conforme al art. 2 del EBEP las Administraciones incluidas tienen capacidad para regular la duración de la jornada de sus empleados públicos, esos Órganos pueden acordar tal medida o no y, para conseguir que se adopte por todos ellos, el Estado la impone como medida de «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE), a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, al igual que ha tomado por esta vía medidas de política de personal público en otras ocasiones, como es el caso de la reducción de salarios. Por ello se entiende que la Circular Informativa y comunicación referida tiene cobertura legal suficiente, por lo que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna. Respecto a la naturaleza del Ente se trata de entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, y que se ajusta al derecho privado.

Alegan asimismo una lesión de los arts 37.1 y 28.1 de la Constitución, esto es derecho de libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva; ello se rechaza reiterando la doctrina judicial, recogiendo la doctrina constitucional ATC 85/10 (recogiendo la STC 58/85), y así señala: «El derecho a la negociación colectiva se reconoce en el art. 37.1 CE, precepto ubicado en la sección segunda, que lleva por rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”; del capítulo II, intitulado “Derechos y libertades”, del título primero de la Constitución, que tiene por denominación “De los derechos y deberes fundamentales”. Dispone aquel precepto que “[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]”. No obstante el doble mandato que el tenor del art. 37.1 CE dirige a la ley de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los

convenios colectivos, este Tribunal ha declarado que esa facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva “es una facultad no derivada de la ley, sino propia que encuentra expresión jurídica en el texto constitucional”, así como que la fuerza vinculante de los convenios “emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario”. Por tanto en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario. Por tanto la L. 1/12 de la Junta de Castilla y León no contraviene el derecho fundamental alegado». Así y en cuanto a la no negociación recuerda la Sala la STS 26-5-09 (RC 116/09) según la cual “En definitiva, la norma convencional en cuestión no presupone una obligación de alcanzar un acuerdo sino sólo de intentarlo, de manera análoga a lo que sucede con el ‘deber-derecho’ previsto en el art. 89.1 del ET (aunque no sea éste exactamente el caso porque aquí la fuente normativa no es la Ley sino la autonomía colectiva), respecto del que constante jurisprudencia [por todas: TS 17-11-1998, R. 1760/98 (RJ 1998, 9750); 20-10-1997, R. 2717/95 (RJ 1997, 8083); o 30-9-1999, R. 3652/98 (RJ 1999, 8395)] ha dado claramente a entender que únicamente impone a las partes la obligación de negociar, y de hacerlo de buena fe, pero no que se obtenga éxito en la negociación”.

Por último, respecto a la fijación de una jornada de 37,5 horas y si se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo consecuencia de la L. 1/12 y de la Circular, suponen unas medidas de política de empleo establecidas en uso de unas facultades normativas similares a las que en ocasiones anteriores han supuesto para los empleados públicos medidas que empeoraban sus condiciones laborales, habiéndose convalidado constitucionalmente tales medidas, según hemos visto, y con este mismo criterio ha venido pronunciándose la Sala IV del Tribunal Supremo en sentencias de 19-12-2011 y 10-2-2012 y la reciente sentencia para un supuesto muy similar al aquí planteado de 17-4-2012 (casación 144/2011)».

3. La Sala rechaza, con los argumentos de la doctrina constitucional y judicial, por un lado la legitimidad de la Ley en virtud de sus competencias; y por otro que no resulta contrario a la libertad sindical ni a la negociación colectiva, y amparada en tal legalidad la circular, adoptando la jornada a las 37,5 horas, no supone ninguna modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino política de empleo en uso de facultades normativas.

#### **H) Absorción y compensación de la prima de productividad. Modificación de condiciones de trabajo. Inexistencia.**

**STSJ de Asturias de 25 de mayo de 2012** (recurso de suplicación 1030/2012), IL J 1016/2012.

1. Los trabajadores de la empresa venían percibiendo hace años un complemento denominado «graciable, voluntario, absorbible» que en 2007 pasó a llamarse «retribución voluntaria», en 2009 prima de producción y prima de prevención de riesgos laborales, manteniéndose el mismo importe total aunque dividido entre las dos denominaciones. El mes de febrero de 2010 la empresa suprimió la parte de prima denominada prevención de riesgos

laborales tras un acuerdo con los trabajadores y debido a la situación de ese momento. La prima de producción consistía en una cantidad fija que fue para un grupo de trabajadores durante los primeros seis años de 198 € y luego pasó a 228 €, siendo pagada con normalidad hasta el mes de noviembre de 2011, en cuya nómina, percibida el 12 de diciembre de 2011, la empresa procedió a restar de la prima de producción la cantidad equivalente a la subida salarial del año 2011, que equivale a un 1,5 de subida porcentual. Estos reclamaron la nulidad de la actuación empresarial, que a partir del mes de diciembre de 2011 redujo la prima de producción que abonaba a sus trabajadores en la misma cantidad que la subida salarial aplicaba en el mismo año, procediendo a la absorción y compensación de una con la otra. La sentencia declara nula la conversión de la prima de producción fija en absorbible y funda la decisión exclusivamente en el incumplimiento por la empresa del procedimiento establecido en el art.41 ET.

2. El juzgado de instancia estimó la pretensión declarando nula la absorción al no haber seguido los trámites del art. 41 ET. La Sala de lo Social del TSJ, acudiendo al Convenio Colectivo del metal, en cuanto permite la absorción y compensación, así señala que el precepto del Convenio Colectivo aísla estos supuestos de absorción y compensación permitiendo la aplicación de estos mecanismos por la empresa al margen de los requisitos exigidos en el Estatuto de los Trabajadores para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, y a ello se une lo dispuesto en el art. 26.5 ET. Por tanto no cabe tachar de nula su decisión por la circunstancia de obviar los requisitos de forma exigidos en el art. 41.2 ET para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajador de carácter colectivo, pues la absorción y compensación de las retribuciones efectivamente abonadas con las fijadas en el convenio colectivo constituye un instrumento de regulación salarial previsto en el Convenio Colectivo del sector y en la ley de modo autónomo, al margen del mencionado art. 41 ET.

3. La Sala acude a las reglas del Estatuto y del marco normativo para la aplicación de la absorción y compensación, por tanto existiendo estas no cabe para absorber y compensar acudir a los trámites del art. 41 en cuanto modificaciones sustanciales colectivas.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (dir.)  
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (coord.)  
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA  
MARTA CIMAS SOTO  
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO  
DAVID LANTARÓN BARQUÍN  
MARINA REVUELTA GARCÍA  
MONTSERRAT RUIZ CUESTA  
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO



## VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

---

### SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
  2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
    - A) **Causas de extinción contractual.**
  3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN.
  4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.
    - A) **Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET.**
  5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.
    - A) **La caducidad de la acción.**
  6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
  7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.
    - A) **Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.**
    - B) **La indemnización: cuantía y cálculo.**
    - C) **Derecho de opción.**
  8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.
    - A) **Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.**
- 

#### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral*, números 7 a 9 del año 2012.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aque-

llas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración —con mayor o menor profusión o intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

## 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

### A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el **Mutuo acuerdo de las partes** [art. 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado «Finiquito», es analizada por la **STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2012**, IL J 1751 (recurso 569/2011), que le otorga valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de la válida extinción contractual dentro del periodo de prueba. Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2012**, IL J 165 (recurso 165/2012), no otorga valor liberatorio al finiquito correspondiente al periodo de prueba, cuando ha sido probada la existencia de un contrato previo, donde se había realizado previamente la misma.

La Sala argumenta en su FJ 2.º:

«La negación de la eficacia liberatoria del finiquito se ha producido en otros supuestos por completo distintos del presente, tales como: finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la finalización de periodos de trabajo fijo discontinuo (en acciones de despido) y también en casos en que claramente no se ha incluido un concepto determinado o se producen diferencias salariales por convenio posterior con efectos retroactivos (en acciones de reclamación de cantidad). Por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del periodo de prueba, se ha declarado su ineficacia cuando tal periodo era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito, así en la sentencia del TS de 19-6-1990 y en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 5-10-2001. Pero ya se ha dicho que el caso analizado era diferente por las razones expuestas, por lo que se ha de dar plena validez al finiquito».

**La STSJ de Castilla y León de 22 de marzo de 2012**, IL J 193 (recurso 147/2012), razona cómo para que pueda considerarse existente la dimisión de un trabajador es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato, y declara su inexistencia en el supuesto basado en un incumplimiento empresarial que carece de gravedad suficiente, consistente en el retraso del abono de l a prestación de Incapacidad Temporal.

La Sala justifica el fallo:

«Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obli-

gaciones de la empresa, solo puede producirse desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo (STCT de 5 de mayo de 1988 y del TS de 26 de diciembre de 1986)... Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción».

En sentido análogo, la **STS (Sala 4.ª) de 6 de junio de 2012**, IL J 874 (recurso de casación para unificación de doctrina n.º 1623/2011), desestima la existencia de despido de varios trabajadores, fallando la válida extinción del contrato de trabajo temporal por la cobertura de la plaza interina.

A tal efecto la Sala determina:

«Los anteriores argumentos determinan la necesidad de coincidir con el resultado que se obtiene de la aplicación de la doctrina que se contiene en la sentencia recurrida, puesto que la ocupación de la plaza que desempeñaba interinamente el recurrente por quien legítimamente había superado el proceso selectivo convocado para ello no constituyó un despido, sino la válida extinción de una relación de trabajo, tal y como se desprende de los *artículos 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y 4 del RD 2720/1.998, de 18 de diciembre*, si bien no se comparten plenamente sus argumentos o razonamientos, porque en este punto, la sentencia recurrida se decanta por la solución de afirmar que esa condición *de futuro* del proceso de consolidación significa que la *reserva* de las plazas ocupadas por temporales o interinos, sólo podrá materializarse sobre las que estén ocupadas de esa forma antes del 1 de enero de 2005, y lo siguen estando cuando se proceda a convocar o llevar a cabo por la Administración ese proceso en un momento futuro sin referencia cierta de fecha, lo que no se corresponde con la previsión normativa específica antes razonada, en virtud de la cual esa *reserva* de plazas interinamente desempeñadas habrá de surtir efectos desde la entrada en vigor de la *Ley 13/2007*, que estableció el compromiso y la obligación de la Administración de llevar a cabo ese concurso extraordinario de consolidación de empleo temporal o interino».

### 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La **STS de 15 de mayo de 2012**, IL J 779 (rcud 2329/2011), estima la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, debido al incumplimiento empresarial de los requisitos formales establecidos en el convenio colectivo de aplicación, para proceder a su traslado.

Razona el Tribunal:

«En orden a la interpretación de los Convenios Colectivos esta Sala tiene declarado, entre otras, en la STS de 5 de abril de 2010, recurso 119/09 y en las que en ella se citan: que: “a) el carácter mixto del Convenio Colectivo —norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa— determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (así, recientemente, SSTS 03/12/08 —rc 180/07—; 26/11/08 —rc 139/07—; 21/07/09 —rc 48/08—; 21/12/09 —rc 11/09—; y 02/12/09 —rc 66/09—); b) la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (así, SSTS 16/01/08 —rc 59/07—; 27/06/08 —rc 107/06—; 26/11/08 —rc 95/06—; y 21/12/09 —rc 11/09—), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (por ejemplo, SSTS 26/11/08 —rc 95/06—; 26/11/08 —rc 139/07—; y 27/01/09 —rcud 2407/07—); y c) las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical; o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (aparte de otras muchas, SSTS 16/01/08 —rc 59/07—; 26/11/08 —rc 95/06—; 26/11/08 —rc 139/07—; 03/12/08 —rc 180/07—; 21/07/09 —rc 48/08—; 21/12/09 —rc 11/09—; 02/12/09 —rc 66/09—)».

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la **transgresión de la buena fe contractual** [art. 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 1 de febrero de 2012**, IL J 191 (recurso 2098/2011). Declara la procedencia de un despido disciplinario basada en la sustracción de dinero de un trabajador de banca. La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual expone:

«Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área de disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elemento han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquellas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el art. 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien

son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad... la jurisprudencia requiere —como hemos visto— para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992)».

#### 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

##### **A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET**

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] se plantea en la **STS de 12 de junio de 2012**, IL J 890 (rcud 3638/2011). Frente a las sentencias de instancia, que declararon la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores demandantes fundado en causas objetivas, las Salas declaran la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la disminución importante de la facturación y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la primera Sala, en su FJ tercero, teniendo en cuenta la reforma del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por la entrada en vigor de la LRMT 35/2010, de 17 de septiembre, razona:

«En efecto, se unifica la definición de las causas de los despidos económicos, que se centra en el art. 51.1 ET, eliminando del art. 52.c) la mención que anteriormente se hacía a “*la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo*”, con lo que parece quedar fuera de toda duda que se puedan producir extinciones sin necesidad de llevar a cabo una amortización del puesto de trabajo más que en el sentido orgánico, es decir aunque permanezca la necesidad de realizar las funciones que correspondían al puesto suprimido, y que pueden ser asumidas por otros trabajadores. Además, en la definición unificada que incorpora la nueva redacción del art. 51.1 para las causas “económicas”, varía el elemento de la conexión de la medida extintiva con la causa económica alegada, pues no se exige ya que se haga con la finalidad que se preveía en el art. 52.c) anterior “*de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas*”, sino que basta con que la situación de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente en su nivel de ingresos, “*puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*”. Además la “*situación económica negativa*” se identifica ahora, no sólo con las pérdidas actuales, sino también con las “*previstas*”, y también con “*la disminución persistente de su nivel*”

*de ingresos*”, corrigiendo así el criterio restrictivo que en este punto mantenía la doctrina jurisprudencial anterior».

## 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

### A) La caducidad de la acción

La **STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2012, IL J 894** (recurso de casación para unificación de doctrina n.º 2180/2011), al analizar la caducidad de la acción, reitera su propia Doctrina, ante una información incorrecta en la notificación del despido por la Administración demandada. Información errónea por parte de la Administración.

A tal efecto la Sala determina en su FJ 3.º: «Admitida la contradicción, debe concluirse que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, que continúa la doctrina establecida por la Sala y por el Tribunal Constitucional, que ha sido reiterada por las sentencias más recientes de 12 de abril de 2011, 7 de octubre y 28 de noviembre de 2011, que siguen, conforme a lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 193/1992, 194/1992, 214/2002, 154 y 252/2004. En estas sentencias se establece que «las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución», de forma que a la hora de pronunciarse sobre la caducidad han de tenerse en cuenta también los preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común y, en concreto, su artículo 58 sobre los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas. De ahí que no pueda calificarse como coherente con el derecho a la tutela judicial efectiva una interpretación según la cual los defectos informativos de la notificación o de la propia regulación a la que aquélla remite deben perjudicar el derecho a la tutela judicial efectiva del interesado. La información errónea no se hubiese producido si la Administración hubiera advertido que la acción estaba sometida al plazo de caducidad del art. 114 de la LPL y que la reclamación previa y la demanda debían presentarse dentro de ese plazo, sin perjuicio de los efectos de suspensión que prevé el art. 73 de la LPL. Es importante recordar que el Tribunal Constitucional ha precisado que no es relevante a estos efectos que no estemos ante un acto administrativo en sentido estricto, sino ante una decisión de un ente público empleador sometida al Derecho del Trabajo. Procede, por tanto, la estimación del recurso para casar la sentencia».

## 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 1 de febrero de 2012, IL J 191** (recurso 2098/2011), declara la procedencia, de un despido disciplinario, basada en la sustracción de dinero de una trabajador de banca. Para ello, la Sala alega: «El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experi-

mentar, se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, FJ 6 y 143/1994, FJ 6, por todas)».

La **STSJ de Asturias de 10 de febrero de 2012**, IL J 207 (recurso 3256/2011), declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, al descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, la sala, en su FJ único, alega:

«Debe entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el art. 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo... De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto a medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas. Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante».

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la **transgresión de la buena fe contractual** [art. 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Aragón de 10 de febrero de 2012**, IL J 827 (recurso 24/2012), y la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 1 de febrero de 2012**, IL J 191 (recurso 2098/2011). Ambas declaran la procedencia de los despidos disciplinarios, basados, en una conducta vejatoria de una trabajadora gerocultora, y en el hurto de dinero de un trabajador de banca, respectivamente. Las Salas, respecto a la transgresión de la buena fe contractual exponen:

«Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área de disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elemento han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquellas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el art. 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una

interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad... la jurisprudencia requiere —como hemos visto— para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992)».

## 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

### A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STS de 15 de mayo de 2012**, IL J 779 (rcud 2329/2011), falla la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, debido al incumplimiento empresarial de los requisitos formales establecidos en el convenio colectivo de aplicación, para proceder al traslado del trabajador. El convenio colectivo prevé que se dé audiencia al trabajador que va a ser sancionado por el plazo de cinco días para que pueda formular alegaciones por escrito. Incumplimiento.

Razona el Tribunal:

«En orden a la interpretación de los Convenios Colectivos esta Sala tiene declarado, entre otras, en la STS de 5 de abril de 2010, recurso 119/09 y en las que en ella se citan: que: “a) el carácter mixto del Convenio Colectivo —norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa— determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (así, recientemente, SSTS 03/12/08 —rco 180/07—; 26/11/08 —rco 139/07—; 21/07/09 —rco 48/08—; 21/12/09 —rco 11/09—; y 02/12/09 —rco 66/09—); b) la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (así, SSTS 16/01/08 —rco 59/07—; 27/06/08 —rco 107/06—; 26/11/08 —rco 95/06—; y 21/12/09 —rco 11/09—), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (por ejemplo, SSTS 26/11/08 —rco 95/06—; 26/11/08 —rco 139/07—; y 27/01/09 —rcud 2407/07—); y c) las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical; o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos,

que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (aparte de otras muchas, SSTS 16/01/08 —rco 59/07—; 26/11/08 —rco 95/06—; 26/11/08 —rco 139/07—; 03/12/08 —rco 180/07—; 21/07/09 —rco 48/08—; 21/12/09 —rco 11/09—; 02/12/09 —rco 66/09—”»).

**La STS de 20 de junio de 2012, IL J 962 (rcud 2931/2011),** falla la improcedencia del despido, debido a la ausencia de consignación de la correspondiente indemnización, y lo califica de error inexcusable, a la par que determina que no enerva el pago de salarios de tramitación. Al respecto la Sala expone:

«Esta doctrina jurisprudencial ha quedado establecida sin fisuras y se ha venido reiterando hasta fechas más recientes (SSTS de 12/11/2007, de 11/2/2009 y de 20/7/2009), lo que dificulta la consideración como excusable del error cometido. Por otra parte, la sentencia recurrida añade que “en este caso la empresa tampoco aplicó el primer criterio, de modo que simplemente prescindió del cómputo de esos dos días de exceso”, con lo que el incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 56.1.a) deviene aún menos justificable. Y hay un tercer elemento que abunda en la misma dirección y que pone de relieve el escrito de impugnación del recurso: la empresa tuvo ocasión de subsanar el error en el acto de conciliación administrativa, lo que hubiera limitado el deber de pago de los salarios de tramitación hasta esa fecha, lo que no hizo. Otro motivo de error excusable apreciado en ocasiones por la jurisprudencia y que es alegado por el recurrente es “la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar”. En el caso, lo consignado fue 3.775,93 euros y la cantidad adicional a que fue condenada la empresa fue 385,96 euros, que representa el 9,27 por 100 de la indemnización debida de 4.161,89 euros, como con precisión afirma la sentencia recurrida, que entiende —y estimamos que acertadamente— que “la cuantía no es despreciable teniendo en cuenta el monto total de la indemnización”. Además, es claro que el criterio de la escasa cuantía conecta con un error de tipo aritmético pero no con un error que, como ocurre en este caso, deriva de un desconocimiento de la interpretación jurídica dada por la jurisprudencia al contenido del precepto aplicable».

### **B) La indemnización: cuantía y cálculo**

La **STS de 11 de junio de 2012, IL J 884 (rcud 3860/2011),** al analizar el despido declarado improcedente por no readmisión del trabajador después de su excedencia especial según convenio, determina que procede el abono de los salarios de tramitación. Para ello, reitera doctrina de la Sala de 19 de diciembre de 2011 que modificó la Doctrina anterior de la Sala contenida, entre otras, en la STS de 14 de octubre de 2005 (rcud 4006/2004).

Para ello la Sala expone:

«La cuestión ha sido objeto de unificación en la reciente sentencia de esta Sala, acabada de citar, de 19 de diciembre de 2011 (rcud 218/11) que, rectificando la doctrina anterior sostenida, entre otras, en la de 14/10/05 (rcud 4006/04) que sirve de apoyo a la sentencia ahora recurrida, establece “Los diversos criterios contenidos en las sentencias de casación unificadoras referidas, obligan, por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso, a que por esta Sala se concrete la doctrina que entienda jurídi-

camente como más correcta. Asumiendo esencialmente los razonamientos contenidos en nuestras resoluciones en las que, ya sea referidas directamente a salarios de tramitación derivados de la declaración judicial de despido improcedente de un trabajador excedente (STS/IV 12-marzo-2003 —rcud 2757/2002—) o recaídas en procesos derivados del ejercicio de la acción tendente al reingreso del trabajador excedente cuya obligación de readmisión incumple la empresa (entre otras, SSTS/IV 2-octubre-1992 —rcud 39/1992—, 15-junio-2004 —rcud 3305/2003— y 10-junio-2009 —rcud 1333/2008—), se llega a la conclusión de que si bien durante el periodo durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios pero que, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, la consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos (bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria), la Sala entiende que, rectificando la doctrina últimamente sustentada (contenida, entre otras, en las citadas SSTS/IV 26-junio-1998 —rcud 3044/1997—, 14-octubre-2005 —rcud 4006/2004—, 12-julio-2010 —rcud 3282/2009— y 3-mayo-2011 —rcud 3453/2010—), debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido”».

### C) Derecho de opción

La STS de 25 de junio de 2012, IL J 968 (rcud 2370/2011), al analizar el derecho de opción en un despido calificado de improcedente, determina que el mismo no corresponde al trabajador que es despedido y cuatro horas después del despido se presenta como candidato a las elecciones sindicales, sin conocimiento por parte de la empresa de la intención del trabajador de presentarse a las elecciones.

La Sala determina:

«El cumplimiento del requisito de contradicción no impide que el motivo haya de ser desestimado, pero por razones de fondo y de acuerdo a consolidada doctrina de la Sala. Para la misma —oportunamente reproducida por la sentencia recurrida— el derecho que confiere el art. 56.4 ET —de optar entre la readmisión y la indemnización en el concreto supuesto de despido declarado judicialmente improcedente— no solamente corresponde a quien en el momento del despido fuera “un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical”, sino que igualmente ha de atribuirse al presentado o proclamado como candidato a la elección de representante de los trabajadores, pues una interpretación acorde a la realidad social [art. 3 del Código Civil] de la expresión “representantes legales de los trabajadores” impone que deba comprender también a los candidatos proclamados que hayan resultado electos, siendo así que “una interpretación restrictiva pudiera llevar a un fraude de ley tendente a evitar accesión a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas” (SSTS 22/12/89 Ar. 9258; 20/06/00 —rcud 3407/99—; 30/10/00 —rcud 659/00—; 02/12/05 —rcud 6380/03—; y 28/12/10 —rcud 1596/10—). En palabras de la resolución dictada en último lugar (STS 28/12/10 —rcud 1596/10—),

“... la protección que el art. 56.4 del ET da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral este iniciado, la *empresa conozca su condición de candidato* y haya resultado elegido tras el cese. La razón que apoya esta solución es la misma que funda la protección del candidato proclamando o presentado: si a estos se les protege para evitar las injerencias de la empresa en el proceso electoral iniciado, cuando ella conoce su condición de candidatos, también debe protegerse al candidato que aunque no ha sido presentado formalmente, la empresa conoce que lo va a ser. La identidad de razón lleva a aplicar la misma regla para evitar injerencias empresariales en el proceso electoral, siempre, claro está, que el proceso electoral se haya iniciado y que el candidato haya resultado elegido”. Y como aclara la misma sentencia “conviene destacar que esta doctrina es aplicable a los supuestos de declaración judicial de despido improcedente, esto es cuando ya se ha descartado la existencia de un móvil sindical o discriminatorio”».

## 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

### A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STJUE de 5 de julio de 2012**, IL J 752 (Cuestión Prejudicial n.º C-141/11) desestima la nulidad de la extinción del contrato de un trabajador por haber alcanzado la edad de jubilación establecido en Convenio Colectivo.

Razona el Tribunal:

«La Directiva 2000/78/CE no se opone a una medida nacional que permite al empresario rescindir el contrato de trabajo de un empleado basándose únicamente en que ésta ha cumplido los 67 años de edad, sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación que percibirá el interesado, si tal medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a las políticas de empleo y del mercado de trabajo y constituye un medio adecuado y necesario para lograrlas)».

Por el contrario, la **STS de 6 de julio de 2012**, IL J 974 (rcud 2719/2011), falla la nulidad del despido en un supuesto de cese de una trabajadora en su contrato «administrativo» al día siguiente de reincorporarse tras agotamiento del permiso por maternidad.

La Sala fundamenta el fallo en los siguientes términos:

«El recurrente alega infracción del artículo 55.5 c) del Estatuto de los Trabajadores en redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. El precepto citado textualmente establece: “(...) Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: (...) c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo”, “Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”. El artículo 108.2 c) de la Ley de Procedimiento Laboral contiene idéntica redacción. En el supuesto

ahora sometido a la consideración de la Sala, tal y como resulta del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, la actora disfrutó de permiso de maternidad desde el 14 de octubre de 2009 al 2 de febrero de 2010, procediendo a reincorporarse al trabajo el 3 de febrero de 2010. Dicho día se personó en las oficinas de la empresa y fue recibida por D. Bernardino, asesor facultativo y jefe en funciones del servicio de calidad ambiental, quien le confirmó su cese haciéndole saber que no se había previsto su nueva contratación tras el descanso maternal. En definitiva, una vez finalizado el descanso maternal y personada la actora en la empresa para reanudar su actividad, se le comunica el cese, cuando aún no había transcurrido el lapso de nueve meses desde su incorporación, lo que supone que el despido ha de ser declarado nulo, de conformidad con lo previsto en el artículo 55.5 c) del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que conduce a estimar este motivo del recurso».

Asimismo, la **STS de 18 de junio de 2012**, IL J 875 (rcud 2604/2011), estima la nulidad del despido efectuado a un trabajador, con una relación laboral especial de alta dirección y representante de los trabajadores, cuando la misma solapa el verdadero motivo de despido, en forma de despido objetivo. Para ello, la sala descarta la justificación del despido objetivo y declara la nulidad del mismo.

«Compartimos el exhaustivo análisis sobre el origen y evolución de la doctrina constitucional sobre la nulidad radical que se hace en la sentencia del TSJ de Aragón de 14 de marzo de 2007, reproducida por la ahora recurrida del TSJ de Madrid, en los siguientes términos: “Debe recordarse que la denominada nulidad radical del despido discriminatorio fue, en origen, una construcción del TC. En efecto, el ET de 10-3-1980 establecía en su art. 55.4 que el despido nulo suponía ‘la readmisión inmediata del trabajador con abono de los dejados de percibir’. En el mismo sentido se pronunciaba el art. 103 LPL de 13-6-1980, salvo en el caso de despido de un trabajador suspendido el contrato de trabajo (que a la sazón era causa de nulidad), supuesto en el cual había de estarse a las normas aplicables en cada caso. Sin embargo esta LPL de 1980, al regular la ejecución de las sentencias de despidos, llevaba a cabo una equiparación de los efectos de la nulidad y de la improcedencia del despido porque la no readmisión del trabajador por el empresario tras la declaración de nulidad del despido (o su readmisión irregular) podían ser sustituidos por el Juez, en el seno del incidente de no readmisión, por una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 42 mensualidades, declarando el auto judicial extinguida la relación laboral con abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de aquella resolución (art. 211 de la LPL de 1980). La readmisión únicamente era obligatoria cuando el despedido era representante de los trabajadores (art. 212 de la LPL de 1980). Ello suponía que la LPL de 1980, salvo en este último caso, vaciaba de contenido la estabilidad real establecida por el ET de 1980 para los despidos nulos. En esta tesitura, fue el TC, a partir de la sentencia n.º 38/1989, de 23-11, quien instauró la nulidad radical del despido discriminatorio, inicialmente respecto de los despidos antisindicales y después respecto de los despidos lesivos de los derechos fundamentales de los trabajadores, excluyendo la opción e imponiendo la readmisión del trabajador. Así, la citada sentencia del TC n.º 38/1989 afirmó que “la nulidad es radical, y, por ello, comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos. La naturaleza de la obligación de readmisión y los medios de coercibilidad de la misma y el tratamiento, en su caso, de los medios sus-

titutorios de la restitución ‘in natura’, son, por lo demás, materias que justificaran pronunciamientos ejecutorios en su tiempo y por el cauce previsto para la ejecución, mas que no reclaman ahora pronunciamientos ejecutorios en su tiempo y por el cauce previsto para la ejecución, mas no reclaman ahora pronunciamientos previstos ante la eventualidad de obstáculos en la ejecución. La literalidad de los arts. 212 y 213 de la LPL no son un obstáculo a la plena efectividad del derecho o libertad conculcada, pues aunque se concreten a los delegados o miembros del comité de empresa, constituye cauce analógicamente aplicable a los otros supuestos de nulidad ‘ab radice’, sanción que comporta la violación de derechos constitucionales fundamentales”. Posteriormente, a partir de las sentencias del TC n.º 7 y 14/1993, se extendió la categoría de despido nulo con nulidad radical al derecho a tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción de toda represalia derivada del ejercicio por el trabajador de acciones judiciales en defensa de sus intereses».

Por el contrario, **la STS de 21 de junio de 2012, IL J 870 (rcud 2194/2011)**, desestima el recurso debido a falta de contradicción y de fundamentación de la infracción legal en el supuesto de despido efectuado a un trabajador por actividad en la incapacidad temporal debido a la existencia de una violación del derecho a la intimidad por el medio de control empleado (instalación de localizador GPS en el vehículo del actor). La Sala desestima el recurso en los siguientes términos contenidos en su FJ 3.º:

«Para el segundo motivo se aporta como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Galicia de 27 de noviembre de 2003. Se decide en ella sobre el despido de un trabajador, al que se le imputaba una trasgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal. El trabajador fue sometido a un control por investigador privado, “siendo seguido y grabado en lugares públicos”, actuación que fue encargada por la empresa “a raíz de ser publicada en el diario La Región del día 21/10/02 una fotografía en la que aparecía el actor y de la que era deducible la posibilidad de que estuviera realizando actividades de caza incompatibles con la situación de IT en que se encontraba”. El trabajador pretendía la nulidad radical del despido, invocando la lesión del derecho a la intimidad; pretensión que se rechaza por entender que la empresa está legitimada para vigilar y comprobar el cumplimiento de los deberes laborales de sus empleados, utilizando los adelantos técnicos y los servicios de agencias de investigación privada, pues, por una parte, existía un indicio de incumplimiento (la fotografía publicada en un medio informativo), el control tenía que realizarse, dado su objeto, fuera de la empresa y se desarrolló en lugares y espacios públicos “en días y en momentos concretos y en el exclusivo contexto de la investigación laboral”. Pero los medios empleados en cada caso para realizar el control son distintos y resulta claro, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, que esa diferencia es esencial en orden a la “ratio decidendi” de la sentencia recurrida que ha tenido en cuenta precisamente esa diferencia en el medio empleado para fundar su decisión, sin que proceda ahora entrar en una valoración de la misma. En este sentido la sentencia recurrida, al igual que la de instancia, valora el carácter permanente del dispositivo de control (GPS) aplicado, su incorporación a un bien propiedad del trabajador, el exceso sobre las exigencias objetivas de control y falta de proporcionalidad resultante. No puede, por tanto, apreciarse la identidad necesaria a efectos de la contradicción que exige el art. 217 de la LPL».

**La STS de 8 de julio de 2012, IL J 975 (rcud 2341/2011)**, falla la nulidad del despido ante un supuesto de extinción del contrato temporal por fin de la obra o servicio, al tratarse de un contrato fraudulento. El cese constituye un despido en el cual la causa real, aunque

no alegada, fue productiva-organizativa, siendo nulo por superar los umbrales numéricos determinados en el artículo 51 del ET. Despido nulo por constituir verdaderamente un despido colectivo en el cual no se han seguido los trámites legalmente previstos.

La Sala fundamenta su fallo en los siguientes términos:

«De esta forma es claro que en los supuestos de posible concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legítimamente optar —para extinguir un número de contrato de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET— entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [empresariales; públicos; y de los concretos trabajadores afectados] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET. Doctrina ésta que es absolutamente compatible con la tradicional de esta Sala, respecto de que “... para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el art. 51-1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción” (SSTS 22/01/08 —rcud 4042/06—; 22/02/06 —rcud 3315/06—; 26/02/08 —rcud 672/06—; 14/05/08 —rcud 3688/06—; y 30/09/08 —rcud 4050/06—). Y es compatible porque tales consideraciones se añadían a la observación de que en los supuestos entonces debatidos “no consta, en forma alguna, la concurrencia de ninguna de estas causas; ni siquiera aparece el más mínimo indicio de tal concurrencia”. Así pues, el criterio expresado en el actual proceso no es sino mero complemento del referido en las sentencias que precedentemente se han indicado y cuya doctrina tan sólo resulta “clarificada” con la sentada en la presente resolución».

M.<sup>a</sup> CARMEN ORTIZ LALLANA

BEGOÑA SESMA BASTIDA

INMACULADA BAVIERA PUIG

## VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

---

### SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

- A) **Contenido.**
- B) **Acción sindical.**
- C) **Tutela de la libertad sindical.**
- D) **Representatividad.**
- E) **Expulsión de afiliados.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

- A) **Procedimiento de elección y composición.**
  - a) Comité de empresa europeo.
  - b) Comité Intercentros.
- B) **Garantías de la representación unitaria.**
  - a) Supuestos de sucesión entre empresas.
  - b) Garantías de candidatos no electos.

3. CONFLICTO COLECTIVO.

- A) **Competencia del orden jurisdiccional social para conocer de un conflicto colectivo.**
- B) **Inadecuación de procedimiento. Nulidad de convocatoria de concurso-oposición.**
- C) **Efecto de cosa juzgada del proceso de conflicto colectivo.**
- D) **Falta de legitimación activa del Comité de empresa de un centro de trabajo para promover conflicto acerca de la interpretación de un convenio colectivo de empresa de ámbito provincial.**

4. HUELGA.

- A) **Huelga ilegal por tener por finalidad alterar lo convenido colectivamente.**
  - B) **Servicios esenciales.**
-

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 6 a 9 de la *Revista de Información Laboral*.

### 1. LIBERTAD SINDICAL

#### A) Contenido

La concesión de determinadas facilidades para el ejercicio de la acción colectiva sigue siendo un objeto recurrente en la doctrina judicial, especialmente cuando la actuación de la empresa implica la existencia de diferencias de trato entre sindicatos implantados. Aun así, el principio de igualdad de trato, connatural a un sistema de libertad y pluralidad sindical, no impide que, en determinadas ocasiones y para determinadas funciones, deba admitirse un trato desigual a los sindicatos. El ejemplo más destacable es la desigualdad derivada del criterio de la mayor representatividad, que el TC ha acogido en otras ocasiones (en general, SSTC 98/1985 147/2001), si bien este tipo de prácticas encuentra sus límites en la prohibición de la discriminación sindical, ya por la generación injustificada de ventajas sindicales, ya porque, desde cualquier otro prisma, objetiva o intencionalmente produzca resultados antisindicales, contrarios al hecho y la acción sindical o a alguno de sus agentes. Esta actuación lesiva se puede proyectar en diversos ámbitos, entre ellos, en lo que hace a las prerrogativas reconocidas a cada organización sindical.

En este sentido, la **STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2011**, IL J 680/2012, dilucidó si vulneraba o no el derecho a la libertad sindical de la Confederación Nacional del Trabajo la conducta municipal consistente en privarle del uso del local de que disponía en el edificio del Ayuntamiento para atribuirlo a otro sindicato que, como el demandante, carecía igualmente de representatividad, decidiendo la Sala en tal caso que, puesto que las condiciones de ambos sindicatos eran las mismas, no existía razón ni norma legal que validase tal comportamiento. Concluye el Tribunal recordando que «en el presente caso no se debate sobre ese local municipal —que, por lo demás, sigue utilizando pacíficamente la Confederación Nacional de Trabajadores—, sino sobre la concesión de otro distinto y complementario en las dependencias del antiguo Seminario, algo a lo que, por todo lo dicho, carece de derecho dicha organización».

Dentro de estas prerrogativas, el art. 9.2 LOLS reconoce el derecho de acceso a la empresa de los representantes sindicales provinciales, autonómicos y estatales, si bien no concretiza cuáles son los lugares en los que puede desplegarse este derecho. La **STS de 25 de abril de 2012**, IL J 773/2012, resuelve un recurso que gira en torno a la pretensión de la empresa de denegar el acceso a determinados lugares, concretamente en cuanto a que, aun sin emplear el término lugar de reposo y taquillas, niega su presencia en estos espacios, es decir, pretende la limitación de acceso a determinadas zonas comunes si bien, a juicio del Alto Tribunal, esta decisión carece de apoyo legal alguno, toda vez que el empresario no es tutor de los intereses de los trabajadores ni de su intimidad o descanso frente a los representantes sindicales, siendo éstos los que en atención al desarrollo de su labor se cuidarán de elegir el momento y el lugar que consideren más oportuno, sin que se haya alegado ni

probado que el acceso a la zona de descanso sea un medio ilícito o perturbe la actividad empresarial. La empresa recurrente sostiene, por el contrario, que el derecho de acceso al centro de trabajo no incluye la elección del lugar en donde debe desarrollarse la actividad del sindicato. Niega que exista restricción o limitación al ejercicio de la actividad porque considera que el derecho de acceso al centro de trabajo no conlleva el del derecho a elegir los lugares del mismo a los que estos pueden acceder.

Para resolver la cuestión planteada, la sentencia incluye un razonamiento que precisamente deberá ser puesto en relación con uno de los condicionantes de la actividad sindical, no perturbar el normal desarrollo del proceso productivo. No cabe la menor duda de que la actividad desempeñada en taquillas y zonas de reposo excluye una incursión en tiempo y lugar del proceso productivo, al contrario, la inmisión se producirá en el tiempo del que disponen los trabajadores para el descanso o al menos corresponderá a momentos en los que no participan del proceso productivo por razón justificada y que se cumpla una exigencia previa, cual es la comunicación al empresario y una restricción en las circunstancias materiales de ejercicio, la no interrupción del desarrollo normal del proceso productivo.

Pero quizás donde mayor frecuencia se concentra la litigiosidad judicial es en el crédito horario, especialmente en todos los aspectos derivados de cómo el representante utiliza y dispone de este tiempo retribuido en la medida que el empresario no podrá tratar de controlar la actividad del representante o el momento elegido para el desarrollo de la misma. Cuestión distinta es que el representante exonerado parcialmente de trabajar deba preavisar con una antelación suficiente al empresario del disfrute del crédito horario para poder organizar adecuadamente su producción a tal circunstancia si bien se ha admitido una cierta laxitud en lo que hace este requerimiento Conforme a la previsión legal no exige una documentación especialmente formalizada en lo que hace a las actividades o términos de ejercicio del derecho, bastando con exponer la causa en términos genéricos pues otra cosa podría ir contra la independencia y libertad en el ejercicio de la función representativa.

La **STS de 9 de mayo de 2012**, IL J 777/2012, enjuicia la demanda de conflicto colectivo presentada por un sindicato, acerca de la legalidad de la Circular de 25 de enero de 2011 emitida por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, relativa al disfrute de permisos sindicales, instando en el suplico a que la demandada permita de forma efectiva el disfrute de los permisos y créditos sindicales de la forma en la que se venían disfrutando con anterioridad al dictado de la circular de 25/01/2011 pues consideran que, de forma unilateral, los créditos horarios han pasado a computarse de forma mensual, con pérdida de horas no utilizadas y que la exigencia de comunicación del uso del crédito horario con tres días hábiles de antelación es una injerencia empresarial que condiciona la estructura interna del sindicato. La sentencia entiende, por el contrario, que el uso mensual y sin reserva se acomoda a lo previsto en el art. 43 del Convenio Colectivo del Personal Laboral y no consta que con anterioridad se disfrutara de otra manera y en todo caso no se trata de una elaboración unilateral por la empresa sino de la plasmación del resultado de reuniones y acuerdos con el Sindicato ELA.

En cuanto a la comunicación anticipada, si bien no se contempla en el Acuerdo Marco ni en el Convenio Colectivo, su objeto no es la obtención de una autorización empresarial para su uso sino comprobar su pertinencia y evitar falta de cobertura en el servicio, acompañando los modelos necesarios que la sentencia entiende que son de fácil cumpli-

mentación, e inclusive la Circular prevé la posibilidad de que no quepa cumplir los plazos generales por falta de tiempo, lo que no impedirá el ejercicio de la actividad sindical mediando circunstancias especiales que impidan cumplir los plazos. Asimismo se considera acomodada al Convenio Colectivo la previsión de la Circular relativa a la asistencia a las reuniones convocadas en procesos de negociación colectiva, y en cuanto a la antelación de tres días, también se contempla la posibilidad de circunstancias que impidan ajustarse al plazo de tres días.

Cuestión distinta, a los efectos aquí analizados, es que una empresa pueda reconocer a la sección sindical de un sindicato minoritario, así como a los delegados sindicales elegidos por esta, determinadas facilidades, tales como una ampliación del crédito horario y otra que los requisitos, exigidos por el art. 10.1 LOLS para constituir secciones sindicales y nombrar delegados LOLS, como subraya una controvertida jurisprudencia, estén referidos al centro de trabajo y no a la empresa. Por consiguiente, no habiéndose probado que un sindicato implantado minoritariamente en la empresa, que era quien cargaba con la prueba, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, que alguno de los centros de trabajo de la empresa tuviese más de 250 o 751 trabajadores, la **SAN de 30 de mayo de 2012**, IL J 765/2012, recuerda que las horas sindicales, disfrutadas por estos delegados sindicales, no traen causa en la LOLS sino en el reconocimiento de la empresa demandada, no correspondiéndoles, en ningún caso, 40 horas semanales, porque los arts. 10.3 LOLS y 68.e ET exigen, como anticipamos, que el centro de trabajo tenga más de 750 trabajadores, lo que ni se ha probado ni se ha intentado probar, por lo que se desestima la demanda de conflicto colectivo promovida por USO.

En lo que hace al cómputo de estos 250 trabajadores, la **STSJ de Asturias de 3 de febrero de 2012**, IL J 816/2012, extiende las reglas ya previstas para la representación unitaria, de modo que, tratándose de las elecciones a miembros del Comité de empresa, la atribución de resultados a las distintas listas presentadas habrá de hacerse de acuerdo con las normas vigentes (art. 71 ET y art. 12 RD 1844/1994). Para ello se depuran en primer lugar los votos nulos, porque la diferencia entre voto nulo y voto válido «constituye un presupuesto imprescindible para el cómputo y atribución de resultados» y, seguidamente se procede a la exclusión de aquellas candidaturas que no han obtenido el 5% de los votos válidos en su colegio respectivo ya que estas listas no van a participar en el reparto de representantes. Habiéndose planteado el dilema si para fijar el referido porcentaje del 5% de votos válidos deberán o no tenerse en cuenta los votos en blanco, señala la STSJ que tales votos en blanco han de ser computados porque son votos válidos y porque, como razona la STSJ País Vasco de 16 de noviembre de 1992 «desdeñar los votos en blanco, negándoles su significado a los efectos de valorar la voluntad de los representantes (...) supone desoír lo dispuesto en el Art. 96 de la LOREG que reconoce explícitamente validez al voto en blanco», con lo que desconocer el sentido de tales votos determinaría que su valor no fuera el mismo que el de los restantes votos válidos». Este es, por lo demás, el criterio de la doctrina unificada en referencia concreta a la obtención del 10% necesario para designar los delegados sindicales, que es en definitiva la cuestión que aquí ha de resolverse; determina en tal sentido la precitada sentencia de 19 de mayo de 1993 (R.º 1627/1992). Esta línea interpretativa a la que se adhiere la Sala considera que «la interpretación correcta del art. 10.2 LOLS debe partir de los conceptos recogidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, en particular del art. 96 al establecer las distintas

anomalías que pueden determinar la nulidad de un voto, y en particular el núm. 5 del mentado precepto cuando literalmente determina: «se considerará voto en blanco, pero válido, el sobre que no contenga papeleta y, en las elecciones para el Senado, las papeletas que no contengan indicación a favor de ninguno de los candidatos».

Nuevamente son objeto de atención judicial los requisitos exigidos por el legislador para la designación de delegados sindicales. Concretamente en la **STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 2011**, IL J 685/2011, se dirime la legalidad de la actuación de una Administración Pública en relación al reconocimiento de delegados sindicales en aplicación de lo establecido en el artículo 52 y Disposición Adicional Quinta del Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario. Con este objetivo, el sindicato recurrente argumenta que la denegación del derecho de designación de liberado institucional incurre en nulidad de pleno derecho, dado que, no existiendo fundamentación alguna de hecho o de derecho que avale dicha denegación la misma atenta contra los derechos de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y la propia libertad sindical constitucionalmente reconocida y añade que, tanto el artículo 52 del Acuerdo de funcionarios como el artículo 52 del Convenio Colectivo del personal laboral establecen la posibilidad de designar un liberado institucional de representante sindical en la Junta de Personal y otro en el Comité de Empresa, otorgando la designación a los propios órganos de dirección de las organizaciones sindicales que lo comunicarán por escrito, por lo que, cumpliéndose los dos requisitos establecidos (tener representación sindical en la Junta de Personal y comunicación escrita de la designación que se efectúe) y no existiendo causa legal ni organizativa alegada de contrario que pudiera limitar, previa justificación, el ejercicio del derecho reconocido, debe estimarse el recurso. Y, en relación con la propia designación del trabajador a liberar institucionalmente por el sindicato en el ejercicio de su derecho, razona el recurrente que con la Ley 7/2007 de 12 de abril, sobre el Estatuto Básico del Empleado Público se disipan las diferencias entre personal laboral y personal funcionario, debiendo considerarse a ambos empleados públicos.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, lo que resulta verdaderamente relevante es que la persona propuesta por el sindicato actor como liberada institucional por el cupo de funcionarios no tiene esa condición sino que es personal laboral del Ayuntamiento y, en consecuencia, se rige por la legislación laboral —a tenor de lo prevenido en el artículo 7 de la Ley 7/2007— y por las demás normas convencionalmente aplicables, y por los preceptos del dicho Estatuto que así lo dispongan, siendo así que sólo puede ser designado como tal quien ostente la condición de personal funcionario, dado que la Junta de Personal del Ayuntamiento es el órgano de representación del personal funcionario y no le es de aplicación el Convenio Colectivo. A estos efectos, resulta de interés recordar que la doctrina científica ha puesto de relieve la amplitud de la fórmula legal contenida en el art. 8 LOLS en lo que hace a la constitución de secciones sindicales, lo que parece permitir la constitución de una o varias Secciones Sindicales por los afiliados de un mismo sindicato, señalando asimismo, como rasgo típico de la Sección Sindical en la Función Pública, el que no resulta prejuzgado su ámbito personal en la LOLS, de donde se infiere la posibilidad de constitución mixta de la Sección Sindical con el personal laboral y funcional de una misma dependencia administrativa, si así lo tienen determinado los respectivos Estatutos sindicales.

Forma parte, pues, del derecho a la libertad sindical en su vertiente colectiva, la opción del sindicato reflejada en sus Estatutos determinando la modalidad o ámbito de constitu-

ción funcional y territorial de sus secciones sindicales y la composición personal o subjetiva de éstas. Pero si la implantación en el sector público de secciones sindicales mixtas es una realidad que tiene enmarque en la LOLS, y que puede admitirse sin problemas desde la perspectiva interna de la organización del sindicato que quiera mantener un ámbito de la sección integrante a un tiempo de los dos tipos de personal, con lo que en modo alguno se puede transigir es con ciertas implicaciones o derivaciones «perversas» de tal realidad sindical en el ámbito de las Administraciones Públicas. En efecto, son muy numerosos los problemas que en la práctica se están produciendo con el desenvolvimiento de las secciones sindicales mixtas, sobre todo a la hora de que los afiliados a la sección y sus representantes ejerzan las competencias que la LOLS les asigna, toda vez que ésta se remite (art. 10.3), para el ejercicio de las facultades y garantías que reconoce a las Secciones y Delegados sindicales, a la legislación específica de cada uno de los componentes de la Sección: el ET si son laborales y la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo.

En consecuencia y prescindiendo de cualesquiera otras consideraciones, como la referida a la forma en que se habría efectuado la designación de la trabajadora, sin indicación de si se producía o no la cesión del crédito horario ni de quienes habían sido los miembros de la Junta de Personal o Delegados de Personal que le habían cedido sus créditos horarios, y a qué tiempo concreto se refería la cesión, la STSJ sostiene que debe concluirse que, como razonó la Magistrada de instancia, la negativa del Ayuntamiento demandado a admitir a la trabajadora, como liberada institucional dentro del cupo de funcionarios de dicho Ayuntamiento, se ajustó a derecho, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas y debe confirmarse la sentencia impugnada, previa desestimación del motivo y del recurso de suplicación.

## B) Acción sindical

El alcance de las competencias negociales reconocidas a los órganos colectivos creados en el seno de las Administraciones Públicas (con el reconocimiento contenido en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados público), ha sido objeto de una notable conflictividad judicial. La **STC 118/2012**, IL J 756/2012, se inserta en la vasta doctrina jurisprudencial elaborada con ocasión de la exclusión de sindicatos minoritarios en la mesa de las comisiones de desarrollo o seguimiento de los acuerdos alcanzados en su seno, por no haber sido parte signataria de los mismos al disentir de sus contenidos, atendiendo al carácter de la propia comisión creada, esto es, a su naturaleza negocial o de mera administración y seguimiento del acuerdo, de lo que depende la vulneración o no del derecho de libertad sindical.

Conforme a lo establecido en la STC 222/2005, los firmantes no pueden establecer comisiones con funciones de modificación o regulación de condiciones de trabajo no abiertas al sindicato disidente. Más allá de este límite, las partes sí pueden crear, en uso de la autonomía colectiva, una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones *ad hoc*, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio y en el caso enjuici-

ciado nos encontramos, en palabras del Tribunal, ante un acuerdo programático, dirigido a comprometer la negociación futura, asegurando el tratamiento de diversas materias; un pacto que no altera, sin embargo, la competencia en la toma de decisiones ni atribuye funciones negociadoras a la «comisión de seguimiento».

En un sistema de relaciones laborales como el nuestro, este tipo de prácticas es algo extendido y admitido comúnmente como mecanismo que puede favorecer el logro de los resultados perseguidos (la consecución de pactos). Lo trascendente en términos de libertad sindical no es que existan o no estadios previos, incluso paralelos, formales o informales, o dinámicas de pre-negociación o acercamiento de posturas, consustanciales a toda dinámica de concierto y búsqueda de compromisos de naturaleza normativa como los que se derivan de la negociación colectiva. Lo relevante, antes bien, es que sean los legitimados en el órgano competente y en su seno (aquí la mesa sectorial afectada) los que lleven a efecto la negociación y la adopción de acuerdos. Y, desde ese punto de vista, «no hay dato alguno que pueda poner en duda el pleno y pacífico desarrollo de su derecho a la negociación colectiva por parte de la recurrente de amparo, pues ningún indicio de ello se infiere del contenido del acuerdo» controvertido ni tampoco de los hechos sucesivos a la negociación que se haya podido desplegar en la mesa sectorial, al punto que no consta actuación impugnatoria de la ahora recurrente en amparo frente a los acuerdos concretos adoptados.

En un marco más general, en lo que hace a la posible vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva por la imposición de nuevas condiciones salariales a los empleados públicos, se debe recordar que cada funcionario ostenta el derecho a la retribución económica correspondiente a la jubilación y a las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no tiene legalmente reconocido el derecho a percibir un salario y complementos en un determinado importe, que puede variar en atención a circunstancias graves y extraordinarias, cuando se adopta la decisión por medio del cauce legislativo legalmente previsto para ello, como ha ocurrido con motivo de la conocida crisis económica que afecta a Europa. La **STSJ (CA) de Cataluña de 6 de octubre de 2011**, IL J 648/2012, reitera la jurisprudencia claramente restrictiva sobre el límite material que para la figura del decreto-ley resulta de la prohibición de «afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» CE, que es el concernido en este caso, este Tribunal ha rechazado una interpretación expansiva del mismo, pues se «sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto ley que lleva en su seno al vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquiera aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo “afectar” de un contenido literal amplísimo», lo que conduciría «a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I».

Conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional, los Decretos-leyes han de hacer frente a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes, y esto es precisamente lo que ha ocurrido con el RDL 8/2010 pues en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2011 se indica que la concurrencia del presupuesto habilitante hay que analizarla en relación con la totalidad

de las medidas adoptadas pues está claro que los objetivos a conseguir dependen de todas las medidas incluidas. Y en el mismo sentido la sentencia del mismo Tribunal de 15 de diciembre, donde se afirma que el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-leyes, sino que ha de apoyarse en una valoración de conjunto de las circunstancias que rodean al caso.

Se establece así un evidente límite al contenido de la negociación colectiva en el ámbito laboral del sector público en tanto que el hipotético incremento de la masa salarial del personal laboral está condicionado a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de modo que los incrementos retributivos pactados en negociación colectiva no podrán superar el límite del incremento de la masa salarial previsto en la ley presupuestaria sin que la minoración sufrida por los empleados públicos prevista en estos RDL haya sido considerada vulneradora del derecho a la negociación colectiva.

### C) Tutela de la libertad sindical

Dentro del elenco de garantías reconocidas por la legislación a quienes asumen funciones representativas se incardinan tanto la interdicción del despido de un trabajador a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales [Convenio 98 OIT, art. 2.b)] como el despido de los trabajadores por razón de su condición de representantes de los trabajadores, quedando comprendidas estas conductas dentro del cuadro de injerencias empresariales atentatorias a la libertad sindical, sujetas a interdicción y para las que se demanda una protección eficaz de la que forma parte el imponer al empresario la carga de probar que el despido está justificado. El art. 7.1 de la Recomendación 143 OIT extiende, como es sabido, el alcance subjetivo de las medidas de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como tales mediante los procedimientos apropiados existentes.

En España, conforme al procedimiento electoral contenido en el Título II ET, esta protección alcanzará a los futuros representantes, de manera que la mera inclusión del trabajador en una lista sindical como precandidato, siempre que de la misma tenga conocimiento la empresa, constituye un indicio suficiente para que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba, corresponda al empresario acreditar que existían motivos serios y razonables para llevar a cabo el despido del candidato. Esta extensión garantista no solo es coherente con la finalidad de la misma sino con una adecuada protección del ejercicio del derecho de libertad sindical, habida cuenta que la referida protección debiera precisamente extremarse a partir del momento en que la empresa tiene —o puede tener— conocimiento de la intención del trabajador de concurrir al proceso electivo (si no tiene ese conocimiento no puede extenderse la garantía —**STS 25 de junio de 2012**, IL J 968/2012—, evitando la desprotección que conduzca a la inexistencia de posibles candidatos como consecuencia del temor a que, si estuvieran carentes de protección, pueda la empresa arbitrariamente proceder a su despido. Y así no cabe duda que los derechos que los representantes de los trabajadores tienen son extensibles a los candidatos, y como quiera que en la **STSJ Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2011**, IL J 651/2012, el recurrente era candidato a la elección en el momento de producirse el despido reconocido como improcedente y que existe una decisión arbitral vinculante

para las partes, por la que se le tiene que permitir la presentación a las elecciones como candidato en la lista de CCOO, todo lo que coarte este derecho fundamental se entenderá una violación del mismo y por ende la sanción con la nulidad del despido, en contra de lo que ha señalado el Juzgador.

La amplitud de las manifestaciones posibles en relación a los perjuicios en la promoción económica o profesional de los representantes legales de los trabajadores es objeto de atención con ocasión de la resolución del recurso planteado en la **STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2011**, IL J 695/2012, en la que el demandante —delegado de prevención y asimismo delegado sindical de la sección sindical de CSIF—, entiende que existe una vulneración de su derecho de libertad sindical por el ejercicio de determinadas acciones por parte de la Sección Sindical a la que él pertenece, recordando el TSJ que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo pues, como es sabido, solo una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989), que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales sin que en la sentencia analizada queden acreditada tal.

Forma parte del contenido del derecho a la libertad sindical del art. 28 CE el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; «garantía de indemnidad» que veda cualquier diferencia de trato por tales razones y que determina el menoscabo del derecho a la libertad sindical si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. Como es de sobra conocido, la conducta antisindical puede tener orígenes y manifestaciones muy variadas: De las normas y preceptos reglamentarios, de los convenios colectivos, de los contratos o pactos individuales, del empleador, de las asociaciones patronales, de las Administraciones Públicas, «o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada», como señala el artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Incluso el propio sindicato puede ser sujeto de un comportamiento antisindical si, por ejemplo, limita la libertad de expresión de un afiliado. Y es que, efectivamente, la libertad sindical no se agota con la libertad de asociación, sino que presenta una faceta de garantía de indemnidad, no siendo lícito que la actividad sindical traiga consecuencias negativas frente al empresa-

rio, o frente a los órganos de dirección del propio sindicato, cuando este castiga al afiliado que denuncia comportamientos irregulares en su dirección.

No obstante, para analizar la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental, se hace preciso partir conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional ya en la STC 38/1981 acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que puedan lesionarlo. Según reiterada doctrina del TC, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta que el actor tilde a la decisión impugnada de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y presente esta prueba indiciaria, y entonces el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la acreditación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. En conclusión, para que entre en juego el desplazamiento de la carga probatoria, se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos»; indicios que no pueden ser probados en la **STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012, IL J 995/2012**.

La juez de instancia consideró que los hechos presentados por el trabajador despedido eran insuficientes para tal efecto dado que si el despido lleva fecha de efectos de 25 de febrero de 2011, la comunicación escrita se le entregó el 10 de febrero de 2001. El recurrente sostiene que su despido obedece a su afiliación sindical y a su presentación como candidato a las elecciones sindicales por el sindicato CIG, pero esas alegaciones no se apoyan en indicios o en un principio de prueba suficiente que lo apoye para crear la apariencia de que en efecto el despido está vinculado a esos hechos. Pues por lo que se refiere a su afiliación sindical, la juez afirma que no se acredita que la empresa conociese la misma pues ni siquiera le descontaba la cuota sindical de la nómina y, en cuanto al proceso de elecciones sindicales, se ha declarado probado que la empresa no conoce el aviso de elecciones hasta el 24 de febrero de 2001 cuando ya había entregado la carta de despido. Y todo lo demás no dejan de ser alegaciones o elucubraciones que no tienen apoyatura ninguna, sin que pueda ser considerado hecho notorio que la empresa debía necesariamente conocer el proceso electoral antes de la entrega de la carta de despido. En definitiva, no existiendo los referidos indicios no procede la inversión de la carga de la prueba, de modo que la empresa debe limitarse a acreditar los hechos en los que basa su decisión extintiva sin que la falta de esa prueba conlleve la calificación del despido como nulo sino en todo caso improcedente.

Sí que se considera, por el contrario, constatado en la **SAN de 23 de mayo de 2012, IL J 769/2012**, que la actitud de la demandada —un Ministerio— había obstaculizado reiteradamente la celebración de las elecciones sindicales sin fundamento alguno puesto que, como recuerda el sindicato demandante, la inacción de la Administración «ha supuesto la dinamitación del proceso de elecciones sindicales», lo que vulnera el derecho a la libertad

sindical en tanto en cuanto el derecho a promover las elecciones por parte de los sindicatos constituye una facultad o derecho adicional que se integra en el derecho fundamental de libertad sindical que proclama el art. 28 de la Constitución española y regula y desarrolla la LOLS. Hacer caso omiso a la solicitud de elecciones sindicales de manera constante y reiterada vulnera el derecho a la libertad sindical que —como ha declarado el Tribunal Constitucional— comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos cabe esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (STC 17/2005).

Como dice con acierto el sindicato actor, cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros en la participación en el proceso electoral o en su promoción cuando están legitimados supone una violación de la libertad sindical, y así fue declarado por la Audiencia Nacional, a la vez que se reconoció una indemnización por daños morales, porque además también se ha vulnerado este derecho en su vertiente funcional de negociación colectiva.

El Alto Tribunal ha resuelto recientemente sobre la legalidad de una actuación empresarial en relación a las elecciones sindicales y al procedimiento para formar parte de este proceso. Concretamente la **STS de 19 de junio de 2012**, IL J 903/2012, recuerda que el convenio colectivo de Grandes Almacenes contiene en su clausulado una previsión sobre los «censos electorales informatizados» en la que textualmente se acuerda lo siguiente: «los datos de los listados informáticos se referirán al momento de cada proceso electoral, y quedará a disposición de la Mesa Electoral un ejemplar con todos los datos necesarios para la identificación de los trabajadores incluidos. Este censo será debidamente devuelto a la empresa por la Mesa electoral una vez finalizado el proceso. La Mesa electoral hará pública, a través del tablón de anuncios de cada centro de trabajo, la lista de trabajadores electorales y elegibles. En la lista que deba publicarse no figurarán ni el domicilio del trabajador ni el número de Documento Nacional de Identidad, pero sí deberán figurar el resto de los datos exigidos por la Ley, el Grupo Profesional y la Función».

Conforme a esta regulación, la Comisión Mixta enviaba electrónicamente los censos a todos los sindicatos que concurrían a las elecciones, con independencia de que formaran parte de la Comisión Mixta, alterando dicha situación en el año 2010 en el que la citada comisión acordó que la documentación sobre listas electorales permanecería custodiada para verificación y correcta administración de lo pactado en el convenio colectivo y para que fuese objeto de consulta por cualquier organización sindical que así lo solicitase en los horarios habituales de oficina. El acuerdo antes dicho se remitió a los sindicatos el 5-10-2010.

El Alto Tribunal resuelve el recurso planteado por un sindicato no firmante en el que se señala que, a su juicio, los no signatarios del convenio quedan en inferioridad de condiciones respecto a los firmantes que tienen acceso directo a todos los censos electorales, solicitando que se declare «la nulidad de la práctica de la Comisión Paritaria y que la misma se avenga a reconocer el derecho de todos los sindicatos concurrentes a las elecciones sindicales a recibir en mano los censos de aquellos centros de trabajo donde se van a celebrar elecciones, tal y como se ha venido produciendo hasta ahora». La sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Nacional, y confirmada posteriormente por el Tribunal Supre-

mo, estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la medida acordada por la Comisión Paritaria el 16/07/2010, por la que se decidió dejar de informar electrónicamente de los censos electorales a los sindicatos que se presentan a las elecciones sindicales, absolviendo a los codemandados de la segunda petición relativa a que la Comisión se avenga a reconocer el derecho de todos los sindicatos concurrentes a las elecciones a recibir en mano los censos, estableciéndose exclusivamente la obligación del envío electrónico.

#### D) Representatividad

La composición del comité intercentros ha de tener en cuenta los resultados tanto de las candidaturas sindicales y no sindicales para proceder a la designación de sus miembros, conforme a la regla contenida en el art. 63.3 ET que garantiza la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente, y que la determinación de los integrantes de este órgano de segundo grado se realizará por y entre los componentes de los respectivos comités de centro y delegados de personal, no pudiendo atribuirse puestos a un sindicato con posterioridad a las elecciones si se arroga tal derecho porque ha pactado una coalición con otra lista. Cuestión distinta es la concreta composición de un comité intercentros, que habrá de atender a las previsiones convencionales en las que traiga causa siempre que las mismas no supongan una vulneración del derecho de libertad sindical de las organizaciones minoritarias. La **STS de 19 de junio de 2012**, IL J 880/2012, enjuicia la composición resultante de un acuerdo adoptado en el seno de un comité mediante el cual se acuerda que únicamente estarían presentes las organizaciones sindicales que contaran con al menos el 10% de representación en el ámbito del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

En la demanda por conflicto colectivo resuelta por el Alto Tribunal, la parte demandante instaba la «nulidad de la constitución del Comité Intercentros del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias», entendiendo que esta debe realizarse bajo el principio de proporcionalidad del número de miembros totales obtenidos por las diferentes listas en las elecciones sindicales celebradas en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo. La sentencia recurrida estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de la constitución —impugnada— del Comité Intercentros, reconociendo que su composición debe realizarse bajo el principio de proporcionalidad del número de miembros totales obtenidos por las diferentes listas en las elecciones sindicales celebradas en el ámbito de aplicación del convenio.

En lo que interesa a la cuestión que en casación se plantea, los argumentos justificativos de aquella decisión son los que sigue a los efectos electorales —para que el resultado pueda atribuirse a la coalición— no se requiere más exigencia que la de tener la coalición una «denominación concreta» y que en las listas de candidatos figuren las siglas [arts. 69.3 ET y 12.2.c) RD 1844/1994]. Respecto de la cuestión de fondo, se estima parcialmente la demanda por considerar que no procede la limitación del 10% de representatividad mínima que se ha aplicado para la constitución del Comité Intercentros y que por ello la coalición integrada por los demandantes tiene derecho a contar con un miembro en el citado Comité Intercentros pues respecto de este último lo que priman no son los votos obtenidos en las elecciones generales sino la representación proporcional, calculándose cada lista en función de los representantes elegidos sin exclusión alguna.

La elección del Comité Intercentros es una elección de segundo grado en la que la condición de electores y elegibles corresponde a los miembros de los distintos Comités de Empresa y Delegados de Personal y que el criterio de proporcionalidad ha de atender a los resultados globales en momento de las elecciones pero sin tener en cuenta las alianzas o agrupaciones sobrevenidas después de la elección. Cuestión distinta son las coligaciones pactadas con anterioridad a su constitución, toda vez que ningún precepto del ordenamiento somete la eficacia de los acuerdos de presentación coaligada en las elecciones a la exigencia de una previa inscripción en la Dirección General de Trabajo. Bastaría esta consideración, la de que las normas —de cuya infracción se ha acusado a la sentencia recurrida— no hayan sido efectivamente conculcadas para que el recurso haya de ser desestimado pero es que, a mayor abundamiento, no existe norma alguna que imponga aquella pretendida inscripción en un Registro oficial y cuya ausencia limite la eficacia de los acuerdos «a las partes que los otorgan» [art. 1257 CC].

### E) Expulsión de afiliados

La naturaleza privada de los sindicatos determina un régimen autónomo de actuación que se concreta en la articulación de un régimen disciplinario como un instrumento eficaz para asegurar el orden organizativo y la legalidad estatutaria. Esta facultad es reconocida expresamente en el art. 4.2 LOLS cuando establece como contenido mínimo de los estatutos sindicales los requisitos y procedimientos para la pérdida de la condición de afiliado, la obligación legal de consignar estatutariamente las conductas sancionables y el procedimiento que se debe observar en el ejercicio de este poder disciplinario; aspectos todos ellos que suponen una garantía para los afiliados en tanto que conocen los actos que son objeto de sanción, la gradación y tipificación de las faltas o el procedimiento disciplinario que el sindicato debe respetar.

Obviamente, en el marco de este procedimiento, el sindicato debe respetar los valores que informan al Derecho Público sancionador con el objetivo de neutralizar actos arbitrarios y evitar la indefensión de los afiliados. Esta máxima se puede concretizar en la observancia de los siguientes principios: interdicción de arbitrariedad en el ejercicio del poder disciplinario por parte de los sindicatos y sujeción a los principios de culpabilidad y tipicidad como criterios informadores y el procedimiento debe estar, en todo caso, sometido a unas garantías formales pues no cabe imponer una sanción tan grave como es la expulsión sin la apertura de un expediente disciplinario que ha de relacionarse con la necesidad de información y audiencia al afiliado objeto de sanción.

La parquedad de la LOLS hace que sistemáticamente sean los Tribunales los que tengan que enjuiciar la corrección legal de estos procedimientos disciplinarios. Prueba de esta afirmación es la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 2012, IL J 1002/2012**, en la que se valora la actuación de un sindicato médico que quiere expulsar a unos de sus miembros por la contravención de los Estatutos Sindicales sin que la afiliada aceptase la notificación del pliego de cargos que el sindicato le remitió. Para estimar la pretensión de la afiliada, revocando la sanción, el TSJ señala que, como bien razonara la sentencia de instancia, en argumentos que la Sala comparte, se considera que la sanción de expulsión cuando la entidad sindical prescindió de las debidas garantías de forma y procedimiento pudo vulnerar los derechos asociativos básicos de los sindicatos. En el caso

de autos, no se acreditó el conocimiento del procedimiento sancionador por la actora sino hasta la Asamblea Extraordinaria de 4-7-2011 donde se adoptó la decisión de expulsión, pues consta la negativa de la actora a la recepción del pliego de cargos ese mismo día, sin que con anterioridad el sindicato demandado hubiera conseguido acreditar la recepción del burofax remitido el 18-5-2011 ni del correo electrónico enviado al día siguiente. Con dichos defectos formales en el procedimiento, la actora había sido privada de la posibilidad de ser oída y de efectuar alegaciones o de proponer prueba durante la tramitación del expediente disciplinario del que no tuvo el conocimiento debido, falta de conocimiento que ya no era achacable al sindicato a partir de la negativa de la actora a recibir el pliego de cargos, pero como quiera que en esa misma asamblea se le expulsó con celeridad, no se respetaron las garantías debidas en coincidencia con lo argumentado por el Ministerio Fiscal.

## 2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

### A) Procedimiento de elección y composición

#### a) *Comité de empresa europeo*

De acuerdo con lo previsto en el art. 3.8 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, se entiende por «comité de empresa europeo» el órgano colegiado y representativo de los trabajadores para llevar a cabo las funciones de información y consulta a los trabajadores. Este órgano de representación se constituye en las empresas con dimensión europea.

Se considera empresa de dimensión comunitaria la que emplee 1.000 o más trabajadores en el conjunto de los Estados miembros, siempre que dé ocupación a un mínimo de 150 trabajadores en más de un Estado. Igualmente, procederá la constitución de estos comités en los grupos de empresas de dimensión comunitaria, entendiéndose por tales aquellos grupos que den ocupación a 1.000 o más trabajadores en el conjunto de los Estados miembros, cuando tengan al menos dos empresas del grupo en Estados diferentes, siempre que éstas empleen a 150 o más trabajadores en al menos esos dos Estados miembros.

La constitución del comité de empresa europeo se lleva a cabo previa petición escrita de un mínimo de 100 trabajadores, o de sus representantes, que pertenezcan como mínimo a dos centros de trabajo, situados en estados diferentes, debiendo tramitarse la petición a la dirección central de la empresa o del grupo. Varias empresas españolas han realizado acuerdos de este tipo: Compañía Roca Radiadores, S.A., Grupo Praxair o BBVA se encuentran entre éstas.

En cuanto a su composición, el art. 27, que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, establece: «1. Los representantes que deban formar parte de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. Del mismo modo se procederá para la sustitución de los representantes

designados en los supuestos de dimisión y revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores».

El caso que plantea la **SAN de 4 de julio de 2012**, IL J 868/2012, versa precisamente sobre los sujetos legitimados para realizar tales nombramientos y para practicar, en su caso, la remoción de los representantes europeos. A este respecto, parece claro que la elección de los miembros del comité de empresa europeo debe decidirse, en primer lugar, por las representaciones sindicales que sumen en su conjunto la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal o, en su defecto, por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. El mismo criterio rige para el caso de la remoción.

Pues bien, sobre esta base la Sala entiende que el comité intercentros implicado en el caso estaba legitimado para nombrar delegados europeos, a tenor con lo dispuesto en el art. 63.3 ET, en relación con el art. 73.A del convenio de Grandes Almacenes, que resultaba aplicable. Sin embargo, declara nulo el acuerdo por el que se cesaba a uno de los representantes europeos para nombrar uno nuevo, ya que, en aplicación de la misma regla, la competencia corresponde, en primer lugar, a los sindicatos que acrediten las mayorías señaladas y, subsidiariamente, esto es, sólo cuando estos declinen la elección, o no alcanzan las mayorías exigidas, a la totalidad de representantes unitarios de todas las empresas, mediante acuerdo mayoritario.

#### *b) Comité Intercentros*

El comité intercentros se encuentra recogido en el art 63.3 ET, cuya sucinta regulación permite al convenio colectivo diseñar «un comité intercentros con un máximo de 13 miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro», respetando, en su constitución, «la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente».

Se trata, por tanto, como ha señalado la jurisprudencia, de «es un órgano representativo de segundo grado, cuya composición no se efectúa, por tanto, mediante elección directa de sus miembros por todos los trabajadores, sino que esa elección directa es la que se utiliza para la designación de los vocales de los Comités de Empresa y de los Delegados de Personal, y son, precisamente, estos representantes unitarios e inmediatos los que se toman en consideración para, mediante la oportuna selección de los mismos, formar e integrar aquel Comité Intercentros. Parece lógico, por consiguiente, que así como para la determinación de los elegidos en el primer grado la regla fundamental a tener en cuenta es el número de votos, de acuerdo con lo que dispone, sobre todo, el artículo 71.2 del Estatuto de los Trabajadores, en cambio para la designación del órgano de segundo grado [el Comité Intercentros] se computen los representantes elegidos en aquellas elecciones, estableciendo sobre ellos la oportuna proporcionalidad, de conformidad con el artículo 63.3» (STS 23/07/01 —R.º 2818/00—, entre otras).

Algunos problemas de aplicación práctica se plantean en supuestos de coaliciones entre sindicatos. A este respecto, podrían sintetizarse las reglas aplicables como sigue: a) que la elección del comité intercentros es una elección de segundo grado, en la que la condición de electores y elegibles corresponde a los miembros de los distintos Comités de Empresa y Delegados de Personal, como ya hemos tenido ocasión de señalar; b) que

el criterio de proporcionalidad ha de atender a los resultados globales en momento de las elecciones, pero sin tener en cuenta las alianzas o agrupaciones sobrevenidas después de la elección; y c) que la presentación separada de las candidaturas de los dos sindicatos accionantes cierra el paso a la suma de las mismas con posterioridad.

La **STS 6 de junio de 2012**, IL J 880/2012, resuelve el caso que se le plantea aplicando precisamente las reglas anteriores. Así, viene a subrayar especialmente la importancia de la regla de la proporcionalidad a que se refiere el art. 63.3 ET pues, de otra forma, «quedaría absolutamente burlada si se aceptase que coaliciones posteriores a las elecciones otorgasen a los Sindicatos participantes unos porcentajes que les atribuyese un mayor representatividad —proporcional— de la que individualmente les atribuyeron las urnas para el acceso al comité intercentros, de forma que por vía de coaligación *ex post* obtuviesen una presencia en él que les negó la proporción que les otorgaba su consideración individualizada». Del mismo modo, rechaza que sea necesario la inscripción de la coalición en el correspondiente registro, pues tal requisito no se encuentra expresamente previsto en la normativa aplicable.

## **B) Garantías de la representación unitaria**

### *a) Supuestos de sucesión entre empresas*

Entre las garantías con que cuenta la representación unitaria de los trabajadores se encuentra aquella que tiende a mantener la propia existencia de representación en los supuestos de transmisión de empresa. A este respecto, el art. 44.5 declara expresamente que «cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad». Luego, *a sensu contrario*, debe entenderse que si la empresa, centro de trabajo o unidad de producción pierden tal autonomía con la transmisión, entonces debe entenderse extinta la representación.

Esta norma transpone a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 2001/23, de 12 de marzo de 2001 relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuyo art. 6.1 dispone que «si la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos no conserva su autonomía, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores».

El problema estriba en que la normativa comunitaria no exige expresa y concretamente, ni la nacional incorpora, la forma en que ha de garantizarse la representación de tales trabajadores traspasados en tanto se produce la elección de una nueva. Así, cabe preguntarse si, en ausencia de previsión nacional expresa, podría interpretarse el mencionado art. 6 en el sentido de que habilita para extender el mandato de los representantes de la empresa traspasada, hasta la elección de unos nuevos, en conexión con lo dispuesto en el art. 67.3 ET.

Pues bien, la **STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2012**, IL J 835/2012, rechaza la interpretación favorable a la anterior tesis que había realizado la instancia sobre la base de que el legislador español no ha previsto mediante una regulación específicamente destinada a los supuestos de «extinción del centro de trabajo objeto de cesión o transmisión —no conservación de su autonomía— la empresa cesionaria que absorbe a la preexistente en la que los trabajadores prestaban servicios, [careciendo] de comité de empresa o delegados sindicales. En tal hipótesis sólo contamos con la disposición de la Directiva mencionada que tiende a proteger los intereses de los trabajadores traspasados en el ámbito de la representación y defensa de sus intereses, y aquí es donde la Sala no comparte la solución de la sentencia recurrida, porque no es claro que la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar esta garantía representativa consista en entender —y declarar— como argumento subyacente a este mandato el que los representantes legales conservan su cargo hasta la elección de nuevos representantes en la empresa o centro de trabajo al que son traspasados». Dicho en otros términos, a ojos de la Sala, llevar el art. 6 de la Directiva hasta tal extremo implica una interpretación que excede de lo que, *a priori*, resulta razonable.

*b) Garantías de candidatos no electos*

Dentro de las garantías con que cuentan los representantes de los trabajadores para el libre ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, destaca la prevista en el art. 56.4 ET, que otorga la opción entre la readmisión y la indemnización, genéricamente atribuida a la empresa para el caso de despido improcedente, al representante legal de los trabajadores o al delegado sindical y para el mismo supuesto.

La dicción literal del precepto se queda precisamente ahí, en el «representante legal» o «delegado sindical». Sin embargo, pronto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional amplió su ámbito de actuación, pues declararon que también se aplica a aquellos representantes legales elegidos tras su cese en la empresa. Así, la STS de 28 de diciembre de 2011 (R.º 1596/2010) declaró que «la protección que el art. 56.4 del ET da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral esté iniciado, la empresa conozca su condición de candidato».

La razón que apoya esta solución es la misma que funda la protección del candidato proclamado o presentado: si a éstos se les protege para evitar las injerencias de la empresa en el proceso electoral iniciado, cuando ella conoce su condición de candidatos, también debe protegerse al candidato que, aunque no ha sido presentado formalmente, la empresa conoce que lo va a ser.

Precisamente este último elemento cognitivo, el hecho de que la empresa conozca que el trabajador va a presentarse a las elecciones, es determinante del fallo de la **STS de 25 de junio de 2012**, IL J 968/2012. Así, la sala rechaza el recurso presentado por una trabajadora despedida con anterioridad al desarrollo de un proceso electoral en el que se presentó sobre la base de que la empresa no conocía en el momento del despido que la trabajadora fuera siguiera precandidata, por lo que no puede deducirse la intencionalidad de interferencia en el proceso electoral, lesiva del derecho fundamental en juego.

### 3. CONFLICTO COLECTIVO

#### A) Competencia del orden jurisdiccional social para conocer de un conflicto colectivo

El **Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de abril de 2012**, IL J 633/2012, determina la competencia del orden jurisdiccional social en un asunto en el que el sindicato demandante pretende que se mantengan las cuantías de las retribuciones acordadas en el convenio colectivo aplicable, y la inaplicación del Decreto ley 2/2010 de Andalucía en el que se acuerda la reducción del 5% de las retribuciones. En este caso el Tribunal Superior de Justicia que conoce del caso declara la falta de jurisdicción para conocer del conflicto colectivo porque la Fundación está integrada en el sector pública andaluz. El sindicato demandante recurre ante el TS y alega infracción del art. 1 en relación con el art. 2.1.a) LPL por incorrecta interpretación del art. 151.1 LPL. El sindicato recurrente pretende que se declare la competencia del orden jurisdiccional social.

Sobre la problemática de la determinación del orden competente ya se han pronunciado en asuntos parecidos a favor de la competencia del orden social. El art. 151.1 LPL ordena que se tramiten a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o una decisión o práctica de empresa. Añade que, en aplicación de esta norma, la doctrina reiterada de la Sala se ha pronunciado sobre cuáles sean las cuestiones idóneas para ser objeto de proceso de conflicto colectivo. En este sentido, las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. En este sentido la sentencia de 1 de junio 1992 aclara que el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Por otra parte, el problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto. El Tribunal Supremo determina a este respecto que el sindicato demandante no postula la inaplicación o eliminación del mundo jurídico de la norma en cuestión, el Decreto ley 2/2010, sino que lo que pretende es que en relación con un grupo homogéneo de trabajadores, afectados por la misma situación de disminución

retributiva, se mantengan las condiciones retributivas previstas en el artículo 52 y Anexos de su Convenio Colectivo, y no la nulidad o declaración de inconstitucionalidad directa de la norma, pretensión aquélla que entra de lleno en las competencias de la Sala de lo Social, que la ha negado al acoger la excepción invocada por la empresa al efecto, y ello con independencia de la decisión que pueda adoptarse por dicha Sala tras declararse competente, bien aplicando la norma por encima de las previsiones del Convenio, bien planteando la cuestión de inconstitucionalidad a que la demanda también se refiere, pues para adoptar cualquiera de esas decisiones es plenamente competente el orden social de la jurisdicción, tal y como se desprende de lo previsto en el art. 9.5 LOPJ, y en los arts. 1, 2.1) y 151 LPL.

### **B) Inadecuación de procedimiento. Nulidad de convocatoria de concurso-oposición**

En el presente caso, la sentencia de instancia estimó la demandad de la parte actora, agrupación sindical de conductores de TUSSAM, declarando nula la Base Segunda de la Convocatoria Pública de 20 de octubre de 2009 por la que se proveían plazas vacantes de supervisor. En la **STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2011**, IL J 694/2012, la empresa codemandada recurre en suplicación alegando, entre otras cosas, la excepción de inadecuación de procedimiento.

El enjuiciamiento de la cuestión exige, en primer lugar, precisar cuáles son las pretensiones que pueden tramitarse a través del proceso de Conflicto Colectivo. Para ello, acudiendo a la jurisprudencia y especialmente a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004, las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos, tal y como ya hemos mencionado en el anterior caso analizado. Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad y otro, elemento objetivo, que consiste en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. De ahí que en el proceso de Conflicto Colectivo, y conforme deduce de los artículos 152 y 153 de la Ley de Procedimiento Laboral (ya derogada), solo pueden intervenir y ser parte en el proceso de Conflicto Colectivo sujetos colectivos, como lo son los Sindicatos, las Asociaciones Empresariales, los Empresarios y los Órganos de Representación legal o Sindical de los Trabajadores. Pues bien, en el caso que nos ocupa, al momento de presentarse la demanda, ya había concluido el primer ejercicio del concurso oposición, y a la fecha del juicio había concluido el proceso selectivo, por lo que ya desde el comienzo del proceso existían trabajadores individualizados frente a todos los demás que, por haber superado la primera fase del concurso, eran portadores, respecto de toda la colectividad de trabajadores de la empresa, de un interés jurídico, individual y concreto digno de protección. Ahora bien, como son trabajadores individualmente considerados no pueden ser parte en el procedimiento de Conflicto Colectivo.

Ha de ser pues estimada la excepción de inadecuación de procedimiento, lo que comporta la revocación de la sentencia de instancia e impide entrar en el estudio del motivo de

recurso planteado por la recurrente para estudiar el fondo del asunto, lo que no significa que los trabajadores individuales afectados, que a la fecha de presentación de la demanda ya eran individualizables porque ya habían superado la primera fase del proceso selectivo y más a la fecha de juicio y consecuentemente a la fecha de la sentencia que se recurre porque ya había terminado el proceso selectivo, queden desprotegidos, pues pueden, en defensa de sus intereses, recurrir al proceso ordinario de reclamación individual o plural, en su caso.

### **C) Efecto de cosa juzgada del proceso de conflicto colectivo**

En la sentencia que vamos a comentar, la **STS de Unificación de Doctrina de 14 de junio de 2012**, IL J 898/2012, el actor interpone demanda ante el juzgado de lo social correspondiente, que la desestima. Posteriormente, el TSJ de las Islas Baleares estima el recurso de duplicación declarando el derecho del demandante al complemento de permanencia previsto en el art. 61.d) del II Convenio Colectivo de la sociedad demandada (Correos y Telégrafos, S.A.), a la que se condena al pago de las cantidades demandadas.

Frente a esto el Abogado del Estado en nombre y representación de esta empresa formula Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina alegando contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo en fecha de 15 de abril de 2010. En ésta el Tribunal desestima el recurso de casación ordinario interpuesto por los sindicatos demandantes en proceso de conflicto colectivo, por considerar que mientras no se alcance el acuerdo previsto en el apartado 4.b) del art. 61.d) del II Convenio Colectivo no podrá tener efectividad el complemento de permanencia y desempeño que en dicho precepto se regula, sin que pueda aplicarse la doctrina de la sentencia de 27 de septiembre de 2006, porque dicha sentencia se pronunció sobre un supuesto en el que se aplicaba el artículo 60 del I Convenio de Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos en regulación diferente a la del II Convenio.

Por tanto, la existencia de contradicción determina la estimación del recurso en aplicación de la doctrina que contiene la sentencia de contraste, que es además vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 158.3 de la LPL, pues se trata de un sentencia dictada en proceso de conflicto colectivo que produce efectos de cosa juzgada en los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse y que versen sobre idéntico objeto.

### **D) Falta de legitimación activa del Comité de empresa de un centro de trabajo para promover conflicto acerca de la interpretación de un convenio colectivo de empresa de ámbito provincial**

El conflicto colectivo que vamos a analizar en el presente supuesto se resuelve en la **STS de 2 de julio de 2012**, IL J 901/2012. Se trata de un conflicto colectivo que afecta a todos los trabajadores del centro de trabajo de la empresa demandada, Thyssenkrupp Elevadores, S.L. Las relaciones en el ámbito del conflicto colectivo se regulan por el convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, S.L. en la provincia de Bizkaia para los años 2007, 2008, 2009 y 2010. «3.º La presente demanda de conflicto colectivo se interpone

por el Comité de Empresa del centro de trabajo sito frente a la empresa demandada, y versa sobre el incremento salarial, en concreto se solicita se declare que para el año 2010 procede el incremento salarial previsto en el art. 20 del convenio de empresa, sobre el salario realmente percibido por los trabajadores en el año 2009, no procediendo deducción alguna del salario del 2009 al haber resultado inferior el IPC real al IPC previsto por el Gobierno, no existiendo acuerdo para ello. 4.º El art. 20 del convenio colectivo de empresa indica que el incremento salarial del personal será para todas las categorías profesionales enumeradas en el presente Convenio Colectivo. 5.º En junio de 2009 se reunió la comisión paritaria del convenio y se acordó con la dirección de la empresa la reducción de los salarios correspondientes a la diferencia entre el IPC previsto y el IPC real del año 2008, reduciéndose los salarios en un 0,6%. El IPC previsto por el Gobierno (2%) fue superior al IPC real (1,4%). 6.º Para el año 2009, la empresa y los trabajadores acordaron una subida salarial del 1,5%, con un IPC previsto del 2%. 7.º En el año 2010 la empresa pretende aplicar un descuento salarial equivalente a la diferencia entre el IPC previsto y el IPC real del año 2009, sin acuerdo con los representantes de los trabajadores».

En instancia y en suplicación se estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el comité de empresa. La empresa formula recurso de casación para unificación de doctrina alegando la infracción, entre otros del art. 152.c) LPL (ya derogada). La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si para promover un conflicto colectivo acerca de la interpretación de unas cláusulas de un convenio colectivo de empresa de ámbito provincial, en una provincia en la que existen dos centros de trabajo en los que en uno de ellos la representación unitaria de los trabajadores está constituida por un Comité de Empresa y en otros por tres Delegados de personal, tiene o no legitimación activa el referido Comité si en su demanda indica que el conflicto afecta únicamente al centro de trabajo en donde está constituido dicho Comité.

La LPL, que era la norma procesal social vigente en la fecha del planteamiento judicial del conflicto, vinculaba la legitimación activa para promover procesos sobre conflictos colectivos de los sujetos colectivos a quienes atribuía tal legitimación a la concurrencia de la coincidencia entre su ámbito de actuación y el ámbito de afectación del conflicto. La jurisprudencia social ha venido interpretando de forma uniforme y reiterada los preceptos citados sobre la legitimación activa para promover procesos sobre conflictos colectivos, configurando el denominado «principio de correspondencia» mediante el que destaca la finalidad legal de que, en especial cuando se insta el conflicto en representación de los trabajadores, la representación que se exige en el proceso es la que corresponde a los trabajadores afectados por el mismo, por lo que se rechaza que el pronunciamiento judicial alcance a trabajadores no representados por el sujeto actuante y que el ámbito del conflicto se fraccione o quede reducido por la sola voluntad del órgano que lo promueve.

Las normas de determinación de la legitimación activa para promover conflictos colectivos por su especial vinculación con las normas imperativas sobre la competencia objetiva de los juzgados y tribunales del orden social, así como los efectos que la sentencia colectiva produce sobre los procesos individuales o plurales sobre la misma cuestión, justifican una interpretación estricta de los presupuestos de tal legitimación, coordinando el ámbito de actuación del sujeto colectivo con el ámbito del conflicto; y exigiendo, especialmente en algunos supuestos, en que se cuestiona la interpretación de un convenio colectivo de

empresa de ámbito provincial y existiendo en la empresa en la referida provincia dos centros de trabajo con distintas representaciones unitarias, que el Comité de empresa demandante, que solamente ostenta la representación de los trabajadores que prestan servicios en uno de dichos centros de trabajo, aportara siquiera indicios para justificar su legitimación activa, pues, ante la expresa negativa empresarial sobre el ámbito del conflicto suscitado, no resulta presumible entender que la empresa aplique de forma distinta en dos centros de trabajo de la misma provincia la importante norma cuestionada sobre la forma de determinar y aplicar, en su caso, los posibles incrementos salariales correspondientes a un determinado año, por lo que no es suficiente para otorgar legitimación activa el hecho de que el Comité demandante reduzca en su demanda, de forma que es dable calificar de artificial, en el presente caso, el ámbito del conflicto para hacerlo coincidir con el ámbito de su actuación. La aplicación de esta doctrina conduce a la estimación del recurso de casación.

#### 4. HUELGA

##### A) Huelga ilegal por tener por finalidad alterar lo convenido colectivamente

En el caso que se analiza, la **Sentencia de la Audiencia Nacional 53/2012, de 16 de mayo**, IL J 596/2012, la empresa, Iberia, solicita que se declare ilegal la huelga convocada por el sindicato de tripulantes auxiliares de vuelo de líneas aéreas por los paros convocados varios días en febrero en marzo, abril y mayo. La empresa expone cinco motivos de ilicitud: 1.º) Por responder a motivos ajenos al interés profesional de los trabajadores afectados, ya que existía un acuerdo de garantías de mantenimiento del empleo que satisfacía sus intereses, vulnerando con ello la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE y que asistía a la demandante en su decisión de crear Iberia-Express fuera de Iberia Operadora. 2.º) Por tratarse de una huelga novatoria de lo pactado en el XVI Convenio Colectivo entre Iberia y sus tripulantes de cabina de pasajeros, en el que se contempla la posibilidad de crear Iberia-Express fuera de Iberia Operadora. 3.º) Por vulnerar un pacto asimilable por analogía a un acuerdo de fin de huelga. 4.º) Por ser huelga de solidaridad, que pretendía apoyar la promovida por SEPLA a pesar de que el interés de los tripulantes ya estaría satisfecho por el citado acuerdo de garantías. 5.º) Por tratarse de una huelga intermitente que provocaría perjuicios desproporcionados por las fechas escogidas.

El Tribunal en sus Fundamentos de Derecho va analizando cada uno de estos motivos. Por lo que se refiere a la vulneración del art. 11.A) del Decreto-ley 17/1977, el Tribunal entiende que aunque es cierto que en las convocatorias de huelga el sindicato identifica como objetivo el mantenimiento de los puestos de trabajo de los tripulantes de cabina no es menos cierto que los compromisos no contienen una garantía absoluta, sino que admiten la posibilidad de extinciones contractuales en el marco del ERE ya en marcha y su posible prórroga por acuerdo mayoritario con la representación social, habiendo quedado acreditado que la adscripción a las medidas extintivas no es en todo caso voluntaria sino que puede revestir carácter forzoso, tal como ya sucedió con las prejubilaciones programadas para 2011 (hecho probado tercero). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en las convocatorias también se alude al mantenimiento de condiciones laborales, que no consta que hubieran quedado garantizadas en los mencionados acuerdos.

Iberia alega que el ejercicio de estas huelgas atenta contra el derecho a la libertad de empresa, al venir a oponerse a una decisión empresarial lícitamente enmarcada en el art. 38 CE. Sin embargo, la Audiencia entiende que el ejercicio del particular instrumento de presión que reconoce el art. 28 CE a los trabajadores pueda ser tachado de ilícito simplemente por alzarse en contra de una decisión ejercida en el marco del poder de dirección empresarial, por muy correcta que esta última se considere. El Tribunal Constitucional ha establecido que «la huelga constituye un instrumento de presión que pretende modificar la correlación de fuerzas existentes entre las partes» y que «el derecho de huelga no supone sólo ampliar el campo jurídico del trabajador, sino simultáneamente, restringir el del empresario con la idea de compensar, al menos en parte, la desigualdad que ineludiblemente origina una relación de subordinación».

En esta misma línea se rechaza el hecho de que estemos ante una huelga de solidaridad, puesto que la huelga constitucionalmente protegida no sólo es la dirigida a presionar para el logro de un convenio colectivo en fase de negociación, sino toda aquella que tenga por objeto la defensa de los intereses que son propios de la categoría de trabajadores. De ahí la licitud de las huelgas de solidaridad cuando con ella se atiende a la expuesta finalidad, como era el supuesto que estamos tratando.

Por otro lado, tampoco admite el tribunal el carácter abusivo de la huelga mediante los paros. Se consideran huelgas abusivas, de conformidad con el art. 7.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, y las de celo o reglamento. Una huelga intermitente no es por sí misma abusiva, aunque puede serlo si existe un daño desproporcionado, que es lo que Iberia alega en este caso, pero que también le competía acreditar. No obstante, ni siquiera lo ha intentado, quizá asumiendo que la notoriedad de estos perjuicios la eximía de tal esfuerzo.

Sin embargo, no llega a la misma conclusión la Audiencia Nacional cuando entra a interpretar si se trata de una huelga novatoria, lo que la convertiría en ilegal según lo dispuesto en el art. 11.c) del Decreto-ley 17/1977: «Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por laudo». Nada impide la celebración de una huelga durante el período de vigencia del convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio, como puede ser reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio. Por otro lado, es posible reclamar una alteración del convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. No obstante, lo que ocurre en este caso es que con la huelga lo que se está demandando es el estricto cumplimiento convencional incluyendo a Iberia Express dentro de la matriz. El problema resultó que el propio convenio dejaba las puertas abiertas a dos fórmulas alternativas sin comprometerse a una u otra, de forma que la creación de Iberia-Express dentro de la matriz no era más que una hipótesis, bien es verdad que configurada como la deseable, pero sin que ello llegara a enervar la posibilidad de la empresa de acogerla o no. La regulación de las condiciones tan solo para el caso de que se acogiera no implica por sí misma un compromiso de la compañía en tal sentido. Por tanto la opción de Iberia se ajusta perfectamente a lo acordado en el convenio colectivo. Consecuentemente, la huelga que se opone a la

decisión empresarial persigue la alteración de lo dispuesto convencionalmente, y en tal sentido debe ser tachada de ilegal.

## B) Servicios esenciales

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012**, IL J 871/2012, los sindicatos demandantes, por la vía del proceso de tutela de los derechos fundamentales, solicitaron que se declarara que algunas de las medidas adoptadas por la Televisión Vasca en la ejecución de los servicios mínimos aprobados para la programación del día 29 de junio de 2010, coincidente con la huelga convocada para ese día, vulneraron el derecho de huelga, y que se establecieran determinadas compensaciones. Las demandas fueron parcialmente estimadas por la Sala de lo Social del País Vasco, que declaró la existencia de la citada vulneración en relación con las emisiones que se señala, declarando también su nulidad radical y condenando a la demandada a la lectura del texto que el propio fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia establece.

Frente a este pronunciamiento recurren las entidades demandadas en dos recursos cuyos motivos coinciden plenamente, por lo que serán objeto de un análisis conjunto. Se denuncia la infracción del art. 28.2 de la Constitución en relación con el art. 20.1.d), 20.4, 14 y 38 de la misma norma fundamental, así como los arts. 6.4 y 6.6 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. El motivo combate el pronunciamiento de la sentencia de instancia que ha considerado una vulneración del derecho de huelga la emisión de publicidad. Aparece probado el hecho de que «el día 29 de junio de 2010 las empresas demandadas emitieron publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. El Tribunal Supremo entiende en esta Sentencia que no se ha considerado como servicio esencial la emisión de publicidad preprogramada, sino que simplemente se ha procedido a la emisión de la misma, sin que conste que para ello se hayan utilizado los servicios del personal designado para cubrir los servicios esenciales. Por el contrario, se ha probado que «la emisión se produjo de manera completamente automática». No hay, por tanto, ninguna lesión del derecho de huelga, porque lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios. Como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no puede realizarse por la empresa. La actividad podrá realizarse, como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática.

El segundo motivo de los recursos denuncia la infracción del art. 28.2 de la Constitución en relación con los arts. 20.1.d) y 20.4 de la misma norma y cuestiona la consideración como contraria al derecho de huelga la emisión de dos programas: «Buenos días, Euskadi» y «Euskadi Directo». Los demandados entienden que se trata de programas sin contenido informativo. Por lo que se refiere a la tertulia y la entrevista pueden tener contenidos informativos en el sentido apreciado de valoración de la actualidad y no de simple noticia de ella, y desde esta perspectiva es claro que podrían entrar en la reserva de servicios

mínimos que estableció la Orden del Gobierno Vasco en los términos ya examinados. Pero desde el momento en que las organizaciones demandantes pusieron en cuestión que esto fuera así, era la parte demandada la que tenía que probar el contenido de estas secciones del programa para acreditar que se insertaban dentro de la finalidad propia de la garantía, pues «cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos..., la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación» (STC 26/1981). Por ello ha de concluirse que, al no haberse acreditado el contenido de esas secciones del programa, tampoco cabe entender que haya sido errónea su exclusión del ámbito de la garantía por parte de la sentencia recurrida, que además deja abierta la posibilidad de la inclusión de esas secciones o espacios en ese ámbito. Por lo que se refiere a «Euskadi Directo» carece de contenido informativo directo y estima la Sala que esta consideración es acertada, pues las programaciones sumariamente descritas no se ajustan ni a los contenidos estrictamente informativos de la actualidad que son relevantes desde una perspectiva de interés público, ni tampoco a las comunicaciones de orden valorativo que tienen también esa relevancia en una sociedad pluralista. No se trata de informaciones de «interés local», sino que se está más cerca de lo que la doctrina constitucional considera programas de «entretenimiento» y sería banalizar el derecho fundamental a la información considerar este tipo de programas como un servicio esencial a la comunidad. Por tanto en ambos casos se rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 24 de junio de 2010 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación, manteniendo respecto a los programas mencionados lo establecido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (es decir, que vulneran el derecho de huelga). En este supuesto se produce un voto particular que conviene que mencionemos brevemente, y que analiza la parte de la emisión de publicidad como parte que también vulnera el derecho de huelga. El magistrado entiende que el razonamiento de la Sentencia que se dicta hace una ponderación inadecuada del alcance de los dos derechos constitucionales en presencia: el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28.2 CE que, por su ubicación en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo II, debe considerarse prevalente, y la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 CE, ubicado en la Sección 2.<sup>a</sup> de dicho Capítulo II. En virtud de esa ponderación inadecuada, el derecho de huelga puede llegar a constreñirse hasta extremos que le hagan prácticamente ineficaz en su ejercicio, al amparo de una protección ilimitada de la libertad empresarial. No otra cosa significa, a mi juicio, la conclusión radical a la que llega la sentencia cuando afirma textualmente que el derecho de huelga «solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos». Entiende el magistrado que, con tal planteamiento, quedaría legitimada una actuación empresarial en la que, en lugar de emitir solamente publicidad —como en el supuesto de autos— se emitieran también todos los programas de entretenimiento —películas, concursos, reportajes, etc., etc.— que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría, pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos —que

siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos— el resultado práctico no puede ser más evidente: la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar casi vaciado de contenido real, especialmente en un tipo de huelgas en las que no se trata de infligir un daño económico al empresario —que, probablemente, tampoco se le produciría si se le permite emitir publicidad— sino de hacer visible una protesta contra determinadas medidas gubernamentales que afectan al conjunto de la clase trabajadora.

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (coord.)  
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ  
PATRICIA NIETO ROJAS  
AMANDA MORENO SOLANA  
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI  
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

## VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

---

### SUMARIO

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.
  2. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.
    - A) **Ámbito territorial.**
    - B) **Ámbito funcional.**
  3. ULTRAACTIVIDAD.
  4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.
  5. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS».
- 

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 7, 8 y 9 del año 2012 de la *Revista de Información Laboral* de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde puede consultarse su texto íntegro.

#### 1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

**De las asociaciones empresariales. Interpretación del requisito que atribuye legitimación a las que cuenten en el ámbito geográfico y funcional del convenio con, al menos, el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 del ET, y que tales empresarios den ocupación, también al menos, a igual porcentaje de trabajadores afectados.** Como señala el art. 87 ET, «los porcentajes de “empresarios” afiliados a las asociaciones empresariales se han de contar teniendo presente la definición de los “empleadores” o “empresarios laborales” contenida en el artículo 1.2 ET. Esta definición excluye tanto las cooperativas de trabajo asociado que no empleen trabajadores asalariados como los propios trabajadores cooperativistas, en los que no concurre propiamente tal condición de trabajadores asalariados. La razón de esta exclusión se ha expuesto con claridad en nuestras sentencias de 22 de diciembre de 1998 (rec. 1212/1996) y de 18 de septiembre de 2004 (rec. 75/2003)» [**STS 3 de julio de 2012** (IL J 869/2012)].

**Prueba.** La conocida presunción según la cual quien ha participado en la negociación y suscrito el convenio cuenta con la legitimación necesaria para hacerlo no resulta utilizable frente a la autoridad laboral, en el curso del control de la legalidad del convenio que ésta

debe desarrollar. «La autoridad laboral, garante inicial de la legalidad de los convenios colectivos de eficacia general, no sólo puede sino que debe indagar en los casos dudosos de legitimación negociadora de las partes de los convenios colectivos» y «cumple con la función asignada en el artículo 90.5 ET al requerir a las asociaciones empresariales los datos relativos a la naturaleza de las empresas afiliadas» (si éstas son empleadores en el sentido del art. 1.2 y si los trabajadores de que se valen tienen o no la condición de asalariados). «La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de legitimación negociadora» corresponde, en el supuesto contemplado, a quienes pretendan que se les reconozca la legitimación que invocan. Tiene ocasión de pronunciarse en el sentido indicado la **STS 3 de julio de 2012** (IL J 869/2012):

«La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, a propósito de la carga de la prueba de los requisitos de legitimación para la negociación colectiva de los artículos 87.3 y 88.1 ET, la presunción *iuris tantum* de representatividad suficiente de quienes han participado en la negociación y conclusión de un convenio colectivo, frente a quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación (...). Pero, como se señala también reiteradamente en la propia jurisprudencia citada, tal doctrina es de aplicación a los sujetos que impugnan los convenios colectivos alegando bien su propia condición representativa no tenida en cuenta, bien la falta de representatividad de quienes participan o han participado en la elaboración del convenio impugnado.

Lo anterior quiere decir, *a contrario sensu*, que la presunción *iuris tantum* de cumplimiento de los requisitos de representatividad no se debe ni se puede esgrimir frente a la Administración de Trabajo encargada por el artículo 90.5 ET de controlar con carácter previo a la decisión jurisdiccional la legalidad de los convenios colectivos. Como es lógico, la presunción de legitimidad acompaña a los actos de control de la autoridad laboral y no a las afirmaciones de las partes en la negociación colectiva, que deben atender en los términos solicitados por la Administración a los requerimientos de ésta encaminados al ejercicio efectivo de su función de garante de la legalidad. Invertir la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de legitimación negociadora, respecto de la autoridad laboral que ha iniciado el procedimiento de oficio, obligando a ésta a demostrar el incumplimiento de los mismos supone un obstáculo inaceptable en la defensa de la legalidad en un sistema de negociación colectiva, como el regulado en el título III del Estatuto de los Trabajadores, que atribuye a los convenios colectivos una eficacia general que desborda los ámbitos de la representación asociativa de los sujetos negociadores».

## 2. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

### A) **Ámbito territorial**

Tratándose de una empresa sin convenio colectivo propio y con centros de trabajo ubicados en distintas provincias de diferentes comunidades autónomas, el convenio aplicable a sus trabajadores será el sectorial del lugar que corresponda a cada uno de los aludidos centros, cuando sean éstos y no las empresas el elemento tomado como referencia por aquél para definir su ámbito territorial. No cabe pretender aplicar a todos los trabajadores el convenio colectivo del lugar de la sede de la sociedad titular de la empresa si dicho convenio dispone su aplicación a los centros de trabajo con que cuenten en su ámbito territorial las empresas incluidas en su ámbito funcional; en tal caso el aludido convenio sólo resulta aplicable a

los trabajadores de los centros situados en su ámbito territorial. Así, **STS de 13 de junio de 2012** (IL J 897/2012), en casación para la unificación de doctrina:

«La cuestión que plantea el presente recurso (...) consiste en determinar cuál es el convenio colectivo aplicable a la empleada de una cadena hotelera que presta servicios en un centro de trabajo distinto del de la sede de la sociedad titular de la empresa. La actora (...) trabaja habitualmente en un establecimiento hotelero (...) situado en la ciudad de Madrid, localizándose la “sede social” de la empresa (...) en la ciudad de Barcelona. Con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por su propia voluntad pidió a la empresa el abono de determinada cantidad por conceptos retributivos fijados en el convenio colectivo del “sector del hospedaje de Madrid”, solicitud rechazada por la empresa con el argumento de que la disposición convencional aplicable es la de la “industria de hostelería y turismo de Cataluña”, con arreglo a la cual no correspondía el pago de la cantidad pedida.

(...)

El punto de partida del silogismo judicial que permite formalizar una respuesta ajustada a derecho al problema planteado en este litigio debe ser la afirmación de que, en principio, las partes de los convenios colectivos tienen un amplio margen de libertad para definir el ámbito de aplicación de los mismos tanto en su dimensión funcional, profesional y temporal, como en su dimensión territorial. Esta norma general de libertad de determinación del ámbito de aplicación, a la que se refiere el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores (...), está sometida a ciertos límites lógicos (por ejemplo, reglas de razonabilidad y objetividad en la configuración del ámbito funcional) y a determinadas limitaciones legales (por ejemplo, reglas de concurrencia y reglas de legitimación de las partes negociadoras), cuyo alcance se ha encargado de concretar la jurisprudencia en supuestos litigiosos muy diversos.

Esta premisa inicial del razonamiento obliga, cuando como ocurre en el caso lo que está en juego es la dimensión territorial del ámbito de dos convenios colectivos distintos, a considerar en primer lugar las disposiciones correspondientes de dichos convenios, para verificar si existe o no conflicto entre ellas (...).

El artículo 3 del convenio colectivo de la industria de hostelería y turismo de Cataluña (2008) dispone que dicho convenio “afectará a todos los centros de trabajo de las empresas a que se refiere el artículo anterior [entre las que figura en primer lugar la ‘hostelería’] ubicados en el territorio de Cataluña”.

Por su parte, el artículo 3 del convenio colectivo sector del hospedaje de la Comunidad de Madrid (2008) establece que “el ámbito de aplicación [territorial] del presente convenio se circunscribe a la Comunidad de Madrid”. Esta disposición sobre el ámbito territorial ha de entenderse en su contexto inmediato, del que forma parte el artículo 2 del propio convenio, donde se afirma que el mismo “afecta y obliga a las empresas y establecimientos del sector del hospedaje, que figuran en el anexo I”, que incluye como es natural a los hoteles.

(...) En un estudio detenido del tenor de las disposiciones convencionales invocadas (...) no existe conflicto o incompatibilidad entre las mismas. El convenio colectivo aplicable a la hostelería de Cataluña limita su ámbito de aplicación territorial a los centros de trabajo radicados en dicha Comunidad Autónoma, y lo mismo sucede con el convenio colectivo sectorial de Madrid, teniendo en cuenta que, en la hostelería, el término “establecimientos” hace referencia clara a los centros de trabajo, es decir, a las distintas unidades técnicas de producción locativamente individualizadas que son los hoteles. Así las cosas, lo que ordena el convenio de Cataluña es perfectamente armonizable con lo que dispone el convenio de Madrid: sus ámbitos territoriales de aplicación son los hoteles situados en las circuns-

cripciones territoriales de las respectivas comunidades autónomas, puesto que no parece dudoso que distintos hoteles son distintos centros de trabajo a los efectos del artículo 1.5 ET, y que en el propio sector de actividad, las expresiones “hoteles” y “establecimientos” hoteleros vienen a significar lo mismo.

La conclusión que se desprende de las consideraciones anteriores es favorable a la tesis o posición sostenida en el recurso por la empleada demandante»;

esto es, aplicación del convenio colectivo del sector del hospedaje de Madrid.

No sirve aquí la invocación del principio de unidad de empresa para sostener que el convenio colectivo sectorial aplicable es el correspondiente al ámbito territorial del lugar de la sede de la sociedad titular de la empresa:

«Sin negar que tal principio disponga de un cierto terreno de juego en la solución de conflictos entre convenios colectivos, lo cierto es que no puede ni debe prevalecer sobre lo dispuesto en los propios convenios colectivos confrontados, cuando éstos utilizan de manera expresa como punto de conexión el concepto de centro de trabajo.

El referido punto de conexión del centro de trabajo o lugar de la prestación de trabajo (*lex loci laboris*) supera además con toda seguridad (...) el test de razonabilidad y objetividad exigido por la jurisprudencia en la delimitación de los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos.

(...) Una sentencia reciente de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada el 24 de febrero de 2011 (rcud 1764/2010), ha abordado una cuestión litigiosa muy semejante a la del presente asunto, concerniente al ámbito de aplicación territorial de sendos convenios colectivos del sector de transporte por carretera. Los argumentos de esta sentencia para sostener la razonabilidad y objetividad de la conexión “centro de trabajo” con preferencia a la conexión “sede social” de la empresa son perfectamente trasladables a nuestro caso, pudiéndose resumir así: 1) no puede dejarse “al arbitrio del empresario la decisión última de crear artificialmente o reconocer la existencia de un centro de trabajo”; 2) la nota decisiva en el concepto legal de centro de trabajo del artículo 1.5 ET es “la existencia de una unidad técnica de producción que, dentro del conjunto de la actividad de la empresa, sirva a la ejecución práctica de ésta”; y 3) con independencia de que “la empresa planifique desde su sede central la actividad del conjunto”, el centro de trabajo como “unidad simple” donde se desarrolla la actividad de trabajo por parte de los trabajadores puede desplazar al domicilio social de la empresa como criterio de aplicación de convenios colectivos, cuando así se ha establecido en las propias disposiciones convencionales.

A mayor abundamiento, la sentencia de contraste apunta, con argumentación que se comparte al menos para el supuesto concreto enjuiciado, que la conexión o criterio *lex loci laboris* es en principio preferible a la conexión o criterio “sede social” o “domicilio de la empresa”, teniendo en cuenta que las “condiciones salariales” habrán de amoldarse, presumiblemente, más a las circunstancias sociales y económicas (coste de la vida, entorno de trabajo, etcétera) del lugar donde se prestan los servicios que a las del lugar donde el empresario individual o social está domiciliado».

## B) **Ámbito funcional**

**Del Acuerdo estatal del sector del metal y de los convenios sectoriales provinciales de la industria siderometalúrgica** aplicables en el ámbito territorial donde figuren ubicados

los centros de trabajo. Para la **SAN 30 de mayo de 2012** (IL J 764/2012; procedimiento 76/2012), tanto aquel Acuerdo como los aludidos convenios resultan de aplicación a la empresa cuya actividad principal consiste en la fabricación y distribución de productos de hierro y acero y forma parte de un grupo dedicado al diseño de parques eólicos y la construcción y explotación de autogeneradores. Así resulta de lo dispuesto en el art. 2 del Acuerdo, que establece expresamente la inclusión en su ámbito funcional de la fabricación de «componentes de energías renovables» y la actividad de ingeniería y los servicios técnicos de ingeniería que se lleven a cabo en la industria y en las plantas de generación de energía eléctrica, así como de lo dispuesto en los convenios provinciales (en el caso de autos, el de Vizcaya), cuyo ámbito funcional incluye la referida actividad:

«Debemos precisar (...) si las actividades de la empresa demandada se subsumen en los descriptores citados, procediendo anticipar una respuesta positiva. La respuesta deber ser afirmativa necesariamente, porque se ha acreditado contundentemente que la actividad prevalente de la empresa demandada es la ingeniería (centro de Zamudio) y los servicios técnicos de ingeniería (resto de centros de trabajo de la empresa demandada), que se despliegan en la industria y en las plantas de generación de energía eléctrica, ya que la propia empresa certificó que su actividad principal en todos sus centros de trabajo consiste en la promoción y venta de parques eólicos, lo cual incluye su construcción, montaje y posterior venta, lo que nos obliga a concluir que sus relaciones laborales deben regirse por el Acuerdo estatal del sector del metal, lo que comporta obligadamente que se les apliquen del mismo modo los convenios provinciales de la industria siderometalúrgica, que se enmarcan y ordenan en el Acuerdo estatal, conforme a lo dispuesto en el art. 83 ET».

En el mismo sentido, en relación con el mismo grupo de empresas (GAMESA) y sus centros en Vizcaya y Madrid, **SAN de 28 de mayo de 2012** (IL J 767/2012; procedimiento 78/2012):

«Lo realmente determinante es que la propia empresa certifica que su actividad principal es la de los servicios técnicos de ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico, actividad que se subsume de modo directo y expreso en los descriptores del Acuerdo marco analizado, sin que a ello obste el que en algunos centros de trabajo se lleven a cabo actividades distintas, puesto que la empresa las califica de secundarias.

El Tribunal Supremo afirma que “para la determinación acerca de cuál de los dos convenios resulta aplicable a la empresa demandada y a sus trabajadores, ha seguido la Sala de instancia el criterio de inclinarse en pro de la actividad real preponderante de dicha empresa” (STS 29-1-02, RJ 2002/2646). Por su parte, la STS 31-10-03 (RJ 2004/589), al resolver la cuestión relativa a la impugnación de un convenio por concurrencia con otro, señala que (...) “es la actividad principal o real preponderante de la empresa, la que delimita su ámbito funcional”.

No desconoce la Sala que es perfectamente posible que en una empresa se apliquen diversos convenios colectivos, pero tal cosa sólo ocurre cuando en aquélla coexisten actividades tan dispares que no puedan ofrecer un punto común de encuentro (STSJ Aragón 5-12-2005, rec. 934/2005) —lo que, en nuestra opinión, aquí no sucede puesto que la actividad química se orienta a la fabricación de componentes de energías renovables, lo que vuelve a introducirnos en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco—. Por otra parte, tal como se sugiere en STSJ La Rioja 20-4-93 (AS 1993/1902), el principio de unidad de empresa prevalece frente al de especificidad en la aplicación de los convenios en “aquellas empresas con una actividad general cuyo carácter preeminente resulta claramente diferenciado, que

cuentan además con otra u otras actividades auxiliares de la misma que, comparativamente con éstas, ostentan escasa entidad”, lo que ocurre en el caso analizado.

Por lo expuesto, hemos de concluir que las relaciones laborales en la empresa deben regirse por el Acuerdo estatal del sector del metal, lo que comporta obligadamente que se les apliquen del mismo modo los convenios provinciales de la industria siderometalúrgica, que se enmarcan y ordenan en el Acuerdo estatal, conforme a lo dispuesto en el art. 83 ET».

### 3. ULTRAACTIVIDAD

No alcanza a los pactos o acuerdos colectivos de empresa sobre determinadas condiciones de trabajo previstos y autorizados por el convenio colectivo o por la ley, en este caso como subsidiarios de la falta de convenio colectivo que regule las aludidas condiciones. Concluida la duración señalada para el pacto por las partes negociadoras, ninguna de ellas puede considerar de forma unilateral prorrogado aquél hasta su renovación o sustitución por otro. Con el agotamiento de su duración el pacto pierde vigencia y la materia objeto de él pasa a estar sometida a lo que disponga el convenio colectivo (o la norma estatal) aplicable, incluso aunque éste se encuentre en situación de ultraactividad. Tal el criterio de la **SAN de 11 de julio de 2012** (IL J 959/2012; procedimiento 121/2012), en relación con el pacto de empresa sobre horario distinto del previsto con carácter general en el convenio colectivo y suscrito por tres años:

«Si los acuerdos subsidiarios a convenio colectivo, como sucede en el supuesto debatido, no son convenios estatutarios, puesto que no cumplen todas las exigencias del título III del Estatuto de los Trabajadores, no les es aplicable el régimen de ultraactividad, regulado en el art. 86.3 ET, tratándose también de un criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas [STS 12/12/2008 (rec. 538/2008), 23/12/08 (rec. 3199/07), 25/02/09 (rec. 1880/08), 20/3/09 (rec. 1923/08), 11/05/09 (rec. 2509/08 y 16/06/09 (rec. 2272/08)].

(...)

Identificada la naturaleza jurídica del acuerdo y acreditado que su vigencia finalizó el 30-06-2011, debemos concluir que la empresa demandada no puede continuar aplicándolo unilateralmente desde esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1256 CC, por lo que, acreditado que las negociaciones para su renovación no llegaron a buen puerto, debe aplicarse el régimen de jornada previsto en el art. 14 del XIX convenio de cooperativas de crédito, aunque su vigencia venciera el 31-12-2010, porque la jornada es una cláusula normativa, en tanto que regula una de las condiciones básicas de trabajo de los trabajadores afectados por el convenio, que permanece vigente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.3 ET, siendo este el criterio reiterado y pacífico de la jurisprudencia, por todas STS 21-12-2009 (RJ 2010\2150)».

**Límite temporal.** Concluidas sin acuerdo las negociaciones del convenio colectivo que se pretende renovar y existiendo otro de ámbito superior en vigor, la fecha de aquella conclusión marca la finalización de la ultraactividad y el momento a partir del cual pasará a ser aplicable ese otro convenio. La ruptura de las negociaciones tendentes a su renovación no hace perder con efectos retroactivos al convenio colectivo de ámbito más reducido su ultraactividad; ello impide que el convenio de ámbito superior se pueda considerar aplica-

ble con efectos desde el momento en que aquel convenio hubiese concluido su duración pactada. En este sentido, **STS de 20 de junio de 2012** (IL J 948/2012):

«El problema principal que plantean los dos recursos de las dos asociaciones patronales demandadas (...) consiste en determinar el alcance temporal de esa ya indiscutida aplicabilidad del V convenio marco estatal del sector en cuestión (...); es decir, lo que realmente se discute no es sino el grado de retroactividad de la norma convencional estatal o, lo que es lo mismo, la fecha a partir de la cual hemos de considerar incluido al sector autonómico de las residencias privadas de la tercera edad en el ámbito regulado por el convenio marco estatal. (...)

Esta Sala puede compartir también en lo esencial el diagnóstico que efectúa la sentencia recurrida cuando, en relación al supuesto concreto que analiza, afirma que, “inexistente un nuevo acuerdo entre los interlocutores sociales con legitimación para ello, pierde toda virtualidad la regulación excepcional que permite la ultractividad del convenio cuya vigencia ordinaria ha terminado, y que ha servido de parapeto contra la inmersión dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, y en su consecuencia, esa nueva situación hace desaparecer la misma justificación de la excepción, que desde esa perspectiva, debe de tenerse como no aplicable, una vez constatada la falta de acuerdo o la negociación en términos puramente formales, que incumplen el sentido y la finalidad perseguida por la cláusula de excepción”.

Pero, pese a todo ello, los motivos de naturaleza jurídica que articulan las dos asociaciones patronales recurrentes, en lo sustancial y común que ambas plantean, merecen favorable acogida porque, aunque, en efecto, la ultractividad se mantiene durante el período en el que, denunciado el convenio de ámbito autonómico anterior, se desarrollan las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo que pueda plasmarse en otra norma convencional del mismo ámbito territorial y, de no alcanzarse el acuerdo final, pueden entenderse definitivamente rotas las negociaciones, sin embargo, aquel efecto (la ultraactividad del primitivo convenio autonómico) no pierde su eficacia y virtualidad de manera retroactiva, haciendo resurgir también retroactivamente el convenio estatal, sino que se mantiene hasta entonces. De forma que sólo a partir de la ruptura definitiva de las negociaciones entabladas para lograr el nuevo convenio autonómico puede tener efectos la aplicación del convenio estatal, sobre todo si respecto a la procedencia de su aplicación, y a falta de convenio autonómico, todos los sujetos colectivos implicados han mostrado su acuerdo en ello (en la procedencia de su aplicación, que no en la fecha de efectos).

Es cierto, como también razona la sentencia de instancia, que una actitud obstruccionista de cualquiera de las partes negociadoras podría conducir de modo torticero a ese efecto limitado de la retroactividad y, por tanto, tal vez fuera más justo y adecuado, aquí desde la perspectiva sindical, extender la aplicación retroactiva del convenio estatal a la fecha en que, teóricamente, podría haber comenzado la ultractividad (el 1-1-2009 en el caso) de la disposición convencional autonómica, tal como ha decidido la resolución recurrida, o, al menos, desde que pudiera entenderse producida la obstrucción negociadora.

Pero también es verdad que, por un lado, ni está terminantemente claro que haya existido realmente tal conducta obstruccionista por parte de cualquiera de las asociaciones patronales implicadas (...) y, por otro, se revela claramente desproporcionado ese extraordinario efecto retroactivo sobre otros sujetos colectivos (...) de los que ni tan siquiera se duda que hayan participado en las negociaciones cumpliendo a la perfección con el principio de buena fe. Por otro lado, en fin, la hipotética conducta “obstruccionista” de cualquiera de las partes negociadoras, sean las que representan a los empleadores o a los trabajadores

afectados, si es que de ello hiciéramos depender la intensidad de la aplicación retroactiva del convenio superior, podría llegar a constituir una estrategia negociadora más, no necesariamente reprochable desde la perspectiva de la buena fe, tanto para los unos como para los otros, porque cada parte podría considerar más beneficiosa una norma convencional que otra, lo que, de hecho, parece ser lo que acontece en el presente supuesto.

Ponderando pues todas estas circunstancias y a falta de disposición legal o convencional que resuelva expresamente el dilema, la solución más proporcionada se revela la propuesta por el Ministerio Fiscal, es decir, que la aplicación del convenio estatal (...) tenga efectos desde que se rompieron definitivamente las negociaciones del futuro convenio autonómico (hasta entonces operó la ultractividad del anterior) (...).

Esta solución, que, a nuestro entender, es la que mejor se compadece de forma objetiva con la previsión legal de ultractividad contemplada por el art. 86.3 ET vigente en el momento de los hechos (es decir, antes de la tan discutida reforma operada por el RD-ley 3/2012), no depende de que las condiciones laborales reguladas en el convenio de ámbito superior puedan ser más beneficiosas en su conjunto para los trabajadores que las del convenio de ámbito inferior (...), sino, exclusivamente, de que deba entenderse finalizado sin acuerdo el proceso negociador “activo” (TS 17-5-2004, R. 101/03) de la norma convencional de inferior o más reducido ámbito territorial. Por supuesto que esta negociación estatutaria es obligatoria en términos relativos y debe estar presidida por la buena fe de los sujetos colectivos que participan en ella, pero sobre esos dos condicionantes (deber de negociar y buena fe) no puede haber, *a priori*, una especie de presunción contraria, como parece deducirse de los razonamientos de la sentencia impugnada, impecables en lo demás. La presunción opera siempre a favor de la buena fe y sólo cuando, mediante prueba plena o indicios realmente solventes, quepa atribuir una conducta torticera a alguno de los negociadores, cabría tomar en consideración las consecuencias previstas en el derecho común (art. 6.4 CC) para la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, e incluso, si fuere el caso, con los efectos indemnizatorios que, para los supuestos de abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC), tal conducta pudiera llegar a acarrear».

#### 4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

**Entre el convenio colectivo sectorial estatal y el convenio de empresa.** La prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial en determinadas materias, ordenada por la redacción actual del art. 84.2 ET, que establece, además, el carácter indisponible de aquélla respecto a los convenios o acuerdos colectivos sectoriales estatales o autonómicos, alcanza tanto a los convenios de esta naturaleza suscritos con posterioridad a la reforma del citado precepto como a los suscritos con anterioridad; a estos últimos, lógicamente, a partir de la entrada en vigor del texto legal a través del cual se ha introducido la reforma del correspondiente marco normativo. Aplica el indicado criterio en relación con la preferencia del convenio colectivo sectorial en materia de regulación de las tablas salariales y su revisión y el calendario de trabajo, así como en relación con la fijación de importes salariales mínimos y la adaptación de los convenios colectivos de empresa a ellos, contenidas en el V convenio colectivo del sector de derivados del cemento, suscrito el 21 de febrero de 2012, la **SAN de 10 septiembre 2012** (IL J 950/2012; procedimiento 132/2012):

«Ha de clarificarse cuál es el derecho aplicable al caso, teniendo en cuenta que el citado Real Decreto-Ley 3/2012 entró en vigor el 12 de febrero de 2012 y el V convenio se suscribió como tal el día 21 del mismo mes.

Destaca en las posiciones de las partes un debate muy intenso sobre si, con independencia de la fecha formal de firma del convenio, la negociación había finalizado o no antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, en orden a determinar si le es de aplicación el art. 84.2 ET en su redacción actual o bien en la previa. Sin embargo, en nuestra opinión se trata de una discusión que, aunque interesantísima, nos desvía de lo que aquí realmente debe examinarse. Lo que está claro es que, una vez entrada en vigor la referida norma, y siendo válida mientras no exista tacha de inconstitucionalidad, los convenios colectivos han de ajustarse a la misma, con independencia de que existieran con anterioridad o no, porque tal es el juego de la jerarquía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, debe entenderse que todos los convenios colectivos vigentes quedan vinculados por el marco expresamente indisponible fijado en el art. 84.2 ET, y no sólo los suscritos tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, el 12 de febrero de 2012. Sin embargo, esa vinculación únicamente ha de operar hacia el futuro, es decir, a partir de la existencia de la citada norma con rango legal, no pudiendo entenderse que su aplicación deba tener efectos retroactivos (...).

En efecto, el principio de jerarquía normativa que determina el sometimiento de los convenios al marco legal indisponible, ha de conjugarse con otro principio general que inspira nuestro ordenamiento jurídico, positivizado en el art. 2.3 del Código Civil: “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”. En aplicación de este principio, basado a su vez en el de seguridad jurídica que consagra el art. 9 de la Constitución española, la doctrina de suplicación ha considerado, justamente en relación con el Real Decreto-Ley 3/2012, que no puede aplicarse a supuestos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor en aquellas cuestiones en las que no previera una retroactividad expresa (por todas, STSJ Castilla y León, Burgos, 28-3-12, AS 2012/867; STSJ País Vasco, 21-2-12, AS 2012/211, que versan en concreto sobre salarios de tramitación).

(...)

Por tanto, asumiendo la irretroactividad del Real Decreto-Ley 3/2012, sin embargo ello no impide su aplicación a los efectos del convenio colectivo a partir de la entrada en vigor de la norma con rango legal, incluso aunque aquél se hubiera negociado con anterioridad a tal fecha.

Es decir que, con independencia de la fecha de suscripción del V convenio, teniendo un período de vigencia de dos años, 2011 y 2012 (...), la nueva redacción del art. 84.2 ET vincula a este instrumento normativo pero sólo a los efectos desplegados a partir de la entrada en vigor de la norma con rango de ley el 12-2-2012, ya que el legislador no le ha conferido eficacia retroactiva”.

El art. 3 del V convenio examinado “establece diversas reservas de negociación en convenios sectoriales y de empresa, lo que no infringe en absoluto” el actual art. 84.2, “si bien integra un último párrafo en el que se confiere prioridad aplicativa a los convenios sectoriales frente a los de empresa en ciertas materias”. El resultado de esta última regla es que el precepto está decantándose por la preferencia de la regulación sectorial de las tablas salariales y su revisión y del calendario laboral anual, lo que resulta contrario, respectivamente, al art. 84.2.a) ET (que otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto de la cuantía del salario base y complementos) y al art. 84.2.c) ET (que respalda la preferencia

empresarial de la regulación del horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones).

Es evidente que, con independencia de la reserva de negociación que el V convenio establece para convenios sectoriales y de empresa, no puede otorgar prioridad aplicativa a los primeros en las materias señaladas sin vulnerar con ello el art. 84.2 ET. Por tanto, el último párrafo del precepto ha de declararse nulo con efectos a partir del 12-2-12.

(...)

Lo mismo cabe decir respecto del art. 41 del V convenio, que regula la estructura retributiva a lo largo de varios párrafos. El primero, que alude a conceptos salariales y extrasalariales, no presenta desajuste alguno con el art. 84.2 ET, como tampoco es cuestionable el final del precepto, en el que se define lo que es salario y los conceptos que lo comprenden, así como los extrasalariales.

Sin embargo, en el segundo párrafo se remite al anexo I del convenio, en el que se fijan las “remuneraciones económicas mínimas” de los trabajadores, y a continuación establece un mecanismo para que los convenios de ámbito inferior se adapten a las mismas. Esto significa, nuevamente, que el V convenio está estableciendo la cuantía salarial con prioridad aplicativa respecto de convenios inferiores, entre los que se hallan los de empresa, contrariando así lo dispuesto en el art. 84.2.a) ET.

En consecuencia, declaramos nula la indicación de que las cuantías fijadas en el anexo I son ‘mínimas’ en relación con los convenios de empresa (entendiéndose válida respecto de otros convenios sectoriales de ámbito inferior), así como, también exclusivamente en relación con los convenios de empresa, lo siguiente: “Los convenios de ámbito inferior que en sus tablas salariales y por todos los conceptos y en cómputo anual, se vean afectados por las remuneraciones económicas fijadas en el anexo I, dispondrán de un período de dos años para la adecuación necesaria de las mismas, mediante los acuerdos pertinentes, cuando dicha afectación no supere el importe equivalente a 240 euros, anuales y de cuatro años cuando la afectación o desviación exceda de 240 euros anuales. Las remuneraciones económicas mínimas fijadas en el anexo I de este convenio general en los términos precedentes, se verán actualizadas anualmente mediante la aplicación sobre las tablas fijadas en dicho anexo de un incremento igual al que se pacte a nivel estatal para los convenios colectivos de ámbito inferior y en ausencia de acuerdo estatal salarial el equivalente al IPC real correspondiente al año natural anterior inmediato al de actualización. En los convenios colectivos de ámbito inferior se establecerá para cada categoría o nivel la cuantificación total de las remuneraciones anuales y adaptarán sus tablas salariales a la clasificación profesional desarrollada en el capítulo V de este convenio. La adaptación se realizará siguiendo exactamente la transformación de niveles a grupos prevista en el anexo I.B (cuadro de remuneraciones mínimas sectoriales) de este convenio general”.

Todo ello exclusivamente con efectos a partir del 12-2-12».

En fin, «el análisis del art. 58 del V convenio nos conduce a similar conclusión, puesto que en su primer párrafo establece que los convenios de ámbito inferior (incluidos, por tanto, los de empresa) deben adecuar sus “condiciones retributivas” al sectorial general, lo que vuelve a infringir el art. 84.2.a) ET y también el 84.2.b) ET (que otorga prioridad aplicativa a los convenios de empresa en materia de retribución de horas extraordinarias y de trabajo a turnos; que son, sin duda, condiciones retributivas). Declaramos, pues, la nulidad de ese primer párrafo, exclusivamente en relación con los convenios de empresa y sólo con efectos a partir del 12-2-12».

## 5. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS»

**Materias no susceptibles de negociación.** Cuando el convenio tiene, por razón de los sujetos que intervienen en su negociación, eficacia limitada, no puede entrar en materias cuya regulación ha de afectar, necesariamente, a la totalidad de los trabajadores, como sucede con la subrogación empresarial, que ni siquiera admite su regulación por el convenio colectivo estatutario de empresa. Lo advierte la **STS de 11 de julio de 2012** (IL J 952/2012):

«Con mayor motivo debe entenderse que excede los límites de la negociación colectiva extraestatutaria la disposición adicional cuarta en cuanto establece el régimen de subrogación empresarial en las empresas del sector al que el convenio se refiere y ello no solo por el carácter general o “erga omnes” con el que la misma se regula en el caso, sino porque en la esencia del régimen de la subrogación está el que una cuestión como la que se refiere a la subrogación laboral por cambio de empresa no es por su propia naturaleza susceptible de regulación en un convenio de eficacia limitada por cuanto es materia que necesariamente afecta a todo el personal afectado y excede por lo tanto de las posibilidades de este tipo de convenios. A tal efecto procede constatar que esta materia ni siquiera es susceptible de ser regulada por un convenio estatutario de empresa por cuanto se ha entendido que la representación que ostentan estos negociadores no puede vincular a terceros dados los límites derivados de la propia delimitación del ámbito negociador y de la representatividad de sus propios negociadores pues en ningún convenio colectivo se pueden imponer condiciones a terceros; así se ha dicho en relación con STS 14-3-2005 (rco. 6/2004), “precisando que la Sala en sus sentencias de 12 de marzo de 1996 (recurso 945/1995) y 28 de octubre de 1996 (recurso 566/1996) ha unificado ya la doctrina sobre la limitación de los efectos de lo pactado en convenio colectivo respecto a los terceros que no han intervenido en la negociación. En la primera sentencia se trataba precisamente de un convenio colectivo de una empresa dedicada a la actividad de limpieza que preveía que el nuevo concesionario del servicio debería hacerse cargo de los trabajadores de la primera contratista al producirse la sucesión en la contrata. La sentencia de 12 de marzo de 1996 establece que esta cláusula carece de cualquier eficacia frente a quien no está incluido en el ámbito del convenio y que tampoco ha participado en la negociación ni directamente, ni a través de representación. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 28 de octubre de 1996, para la que ‘convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación’”».

**Adhesión de los trabajadores.** Resulta contrario a la libertad sindical el condicionar dicha adhesión a un procedimiento que la somete, con carácter general, para la aplicación retroactiva de los salarios acordados, a que la solicitud de aquella se realice a través de los sindicatos firmantes del convenio. Es lo que sucede cuando éste dispone que la adhesión tenga lugar «a través de las organizaciones firmantes del acuerdo» y, en concreto, que se aplique «por las empresas afectadas a todas aquellas personas cuyo nombre o relación sea facilitado por cualquiera de las centrales sindicales firmantes», que ninguna de ellas «podrá denegar a cualquier persona su derecho a solicitar la adhesión a este acuerdo y a la retroactividad salarial en los términos establecidos» y, por último, que «para que la aplicación de salarios de manera retroactiva sea efectiva, las centrales sindicales aportarán a las empresas

el documento cuyo formato se incorpora a este convenio» y tiene el siguiente tenor: «la central sindical (...) firmante del convenio de eficacia limitada (...) a la dirección de la empresa (...) solicita que a las personas relacionadas y firmantes a su vez de este documento, les sean aplicados retroactivamente los salarios establecidos en las correspondientes tablas salariales; los firmantes de este documento se adhieren voluntariamente al convenio firmado en todo su clausulado como un todo indivisible por lo que aceptan todas las condiciones en él expuestas (...)». No basta para evitar la vulneración de la libertad sindical que supone semejante encauzamiento de la adhesión a través de la intervención de los sindicatos firmantes y, por lo tanto, la nulidad de la cláusula que lo establece, que se prevea, asimismo, la posibilidad de que los trabajadores también puedan solicitar su adhesión al convenio de forma individual a partir de una determinada fecha y con efectos desde ella, esto es, sin aplicación retroactiva. De nuevo, **STS de 11 de julio de 2012** (IL J 952/2012):

«Se aprecia, en definitiva, a la hora de determinar si aquellas disposiciones deben considerarse o no atentatorias a la libertad sindical, que en cuanto contemplan como regla general una adhesión mediatizada o condicionada por la intervención de una de las centrales sindicales firmantes del convenio, están fijando condiciones al derecho individual de adhesión que se traducen en un tratamiento desigual de los sindicatos no firmantes del convenio en cuanto que obligan a los trabajadores no afiliados a ningún sindicato, así como a los afiliados a sindicatos que no suscribieron dicho convenio, a someterse a un condicionante que aunque no exige la afiliación, sí que lleva consigo una apariencia de relación con dicho sindicato que no se corresponde con las exigencias de libertad de asociación negativa de los trabajadores no afiliados ni con las exigencias de trato igual que tienen garantizados todos los sindicatos y que se hallan implícitas en el derecho de libertad sindical de las entidades de esta naturaleza. Sólo el hecho de que con la letra pequeña se admita una adhesión libre y [in]condicionada permitiría defender la bondad de aquel clausulado, pero de lo previsto en el mismo se desprende que la voluntad de los firmantes era condicionar la adhesión a la sumisión a un procedimiento que por lo dicho es claramente antisindical, por cuanto, aun siendo cierto que la adhesión no venía vinculada a la previa afiliación a ninguno de los sindicatos firmantes del convenio, sí que se preveía que se llevara a cabo como regla general mediante la previa solicitud dirigida a uno de los que sí que habían suscrito el convenio y ello merece ser calificado de antisindical por condicional “el ejercicio, en general de actividades sindicales” como tiene previsto el art. 12 de la Ley orgánica de libertad sindical, en cuanto lleva implícita una ingerencia de los sindicatos firmantes del convenio en la libertad de los trabajadores para adherirse o no, y de los sindicatos a los que puedan estar estos afiliados en cuanto que quedan en peor situación que aquéllos frente a lo que suponga la mejoría que deriva de la adhesión.

En este sentido es conveniente recordar que la adhesión individualizada por parte de los trabajadores no afiliados a los sindicatos firmantes de un convenio de esta naturaleza siempre ha sido aceptada por esta Sala y por el TC —por todas STS de 8 de junio de 1999 (rcud 2070/97) y las que en ella se citan, o 108/1989, de 8 de junio del TC—, incluso aunque fuera hecha la adhesión a solicitud del empresario —STS 30 de marzo de 1999 (rcud 2947/98)—. Sin embargo, en todo caso se ha partido de la plena libertad de cada trabajador para tomar con toda libertad esa decisión sin ingerencia ni mediatización condicionada por parte de terceros».

## IX. SEGURIDAD SOCIAL

---

### SUMARIO

1. FUENTES.
  2. CAMPO DE APLICACIÓN.
  3. ENCUADRAMIENTO.
  4. GESTIÓN.
  5. FINANCIACIÓN.
  6. COTIZACIÓN.
  7. RECAUDACIÓN.
  8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.
    - A) **Concepto de accidente.**
    - B) **Reparación del daño.**
    - C) **Imprudencia temeraria.**
    - D) **Delito contra los derechos de los trabajadores.**
  9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
    - A) **Régimen económico.**
    - B) **Responsabilidad.**
  10. ASISTENCIA SANITARIA.
  11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
  12. MATERNIDAD.
  13. REGÍMENES ESPECIALES.
    - A) **Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
    - B) **Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.**
  14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
  15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
-

1. FUENTES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

La **STJUE de 7 de junio de 2012, IL J 588/2012**, analiza el supuesto de un trabajador neerlandés, que reside en España y trabaja por cuenta ajena para una empresa con domicilio en los Países Bajos, en unas dragas —asimiladas a un buque— situadas en aguas territoriales chinas y de los Emiratos Árabes Unidos, pero con pabellón neerlandés, recurre la decisión del Gobierno del Reino de los Países Bajos de darle de alta en la régimen de Seguridad Social de dicho país.

El Tribunal afirma que el Reglamento n.º 1408/71, sobre determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, no tiene por objeto determinar los requisitos para que exista el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social; según el TJUE corresponde a la legislación nacional de cada Estado miembro establecer esos requisitos, respetando, en todo caso, el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia. Los requisitos que fije cada Estado miembro, en ningún caso, pueden tener por efecto excluir del ámbito de aplicación de la legislación nacional a aquellas personas a las que, en virtud del Reglamento 1408/71, esa legislación le es de aplicación.

En consecuencia, en el presente supuesto, la prestación de una actividad profesional en un buque registrado en los Países Bajos, al servicio de una empresa domiciliada en dicho país, es suficiente para que le pueda ser de aplicación la legislación de los Países Bajos en materia de Seguridad Social.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

En la **STS de 31 de mayo de 2012, IL J 677/2012**, el trabajador, junto a la entidad financiera empleadora, recurren la decisión del TSJ de Cataluña que deniega la concesión de

jubilación parcial al recurrente por incumplimiento del requisito del período mínimo cotizado, dando la razón al INSS.

La cuestión discutida en casación sobre la que se aporta sentencia de contraste es la relativa al cómputo recíproco de cotizaciones, pues se da la circunstancia de que el actor no reunía las cuotas exigibles en el Régimen General —por el que se jubiló— y solicitó que se computasen las cotizaciones realizadas con anterioridad en el régimen de clases pasivas. La STS examina, en primer lugar, el RD 691/1991, de 12 de abril, que regula el cómputo recíproco de las cotizaciones entre el régimen de Clases Pasivas y el resto de los regímenes de la Seguridad Social; en desarrollo de la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. El Real Decreto excluye expresamente del cómputo recíproco de cuotas la prestación de jubilación parcial por no estar comprendida «en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate» [art. 2.2.b) RD 691/1991].

La clave de la controversia judicial reside en determinar si este precepto continúa o no estando vigente una vez que el Estatuto Básico del Empleado Público reconoce que los funcionarios públicos pueden jubilarse parcialmente. Para el Tribunal Constitucional esta norma no ha cambiado el marco jurídico anterior sobre dicha materia pues no ha derogado la previsión de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1984 y, sobre todo, porque no ha habido un posterior desarrollo reglamentario que haya llevado a cabo la previsión del Estatuto Básico del Empleado Público.

La exigencia de hallarse al corriente del pago de las cuotas no es oponible por la Administración de la Seguridad Social en los supuestos en los que se reúnan todos los requisitos para causar pensión de incapacidad permanente en el Régimen General. La **STS de 21 de junio de 2012, IL J 967/2012**, y la **STS de 2 de julio de 2012, IL J 971/2012**, reiteran la doctrina de pronunciamientos anteriores (STSS de 26 de julio de 2011 y de 21 de enero de 2012) respecto a la aplicación del requisito de hallarse al corriente del pago de las cuotas previsto en el RETA para personas que hayan causado pensión en el Régimen General.

Las sentencias analizan el significado de la controvertida Disposición adicional 39.<sup>a</sup> LGSS cuando señala que «en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena». Entiende el Tribunal Supremo que del contenido de dicho precepto se desprende la subsistencia de la exigencia del requisito de hallarse al corriente del pago en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos aun cuando le sea aplicable a la persona beneficiaria un régimen de trabajadores por cuenta ajena siempre que se haya recurrido al cómputo recíproco de cotizaciones. *A sensu contrario*, el presupuesto de esta norma no es aplicable a los casos de autos donde las actoras reunían la totalidad de requisitos para causar la pensión de incapacidad permanente en el Régimen General sin necesidad de totalizar las cotizaciones vertidas al RETA.

La **STJUE de 19 de julio de 2012, IL J953/2012**, examina si es compatible con el derecho a la circulación de los ciudadanos de la Unión la normativa alemana de Seguridad Social en relación con el Reglamento, que regula el reconocimiento de los cuidados de

hijo como período cotizado para calcular la cuantía de la pensión de jubilación. En el caso enjuiciado la Administración de la Seguridad Social alemana deniega a la actora la petición de tomar en consideración para calcular la futura pensión de jubilación los períodos de crianza cubiertos en Bélgica.

Se da la circunstancia de que la actora, de nacionalidad alemana, ejerció una actividad por cuenta ajena en Alemania y vivió en territorio alemán hasta el 30 de junio de 1980. Posteriormente, percibió una prestación por desempleo concedida por ese Estado, cuyo abono finalizó el 10 de octubre de 1980. Del 1 de julio de 1980 al 30 de junio de 1986 residió en Bélgica con su cónyuge, que ejercía en el territorio de dicho Estado una actividad por cuenta ajena. La pareja tuvo dos hijos, nacidos en Bélgica el 25 de mayo de 1981 y el 29 de octubre de 1984, respectivamente. Desde el 1 de enero de 1984, cotizó de forma voluntaria al régimen legal del seguro de vejez en Alemania. El 1 de julio de 1986, la Sra. Reichel-Albert, su cónyuge y sus hijos fueron declarados oficialmente residentes en Alemania. La Seguridad Social alemana denegó la solicitud de la actora de que se tomasen en consideración y se computasen los períodos dedicados a la crianza de los hijos cubiertos durante su estancia en Bélgica, dado que, durante este período, la crianza de los hijos tuvo lugar en el extranjero. Sólo se computaron como períodos dedicados a la crianza de los hijos los períodos posteriores al 1 de julio de 1986, fecha en la que la familia en cuestión estaba de nuevo domiciliada oficialmente en Alemania. Las decisiones de la Seguridad Social alemana indican que, durante su estancia en Bélgica, no se mantuvo la necesaria vinculación con la vida profesional en Alemania ni mediante una relación laboral de la propia actora ni a través de su cónyuge, al haber transcurrido más de un mes completo entre el final de la actividad por cuenta ajena de la beneficiaria, incluido el período de desempleo, y el inicio del período de crianza de los hijos.

Recurrida la decisión ante el Juzgado de lo Social de Würzburg, éste considera que el art. 56.3 del Código de legislación social alemana en relación con el art. 44.2 del Reglamento 987/2009 (Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social) no permite computar los períodos controvertidos de crianza de sus hijos, ni en Alemania ni en Bélgica, pues no ejercía ninguna actividad —por cuenta ajena o por cuenta propia— en la fecha en que dichos períodos habían empezado, y que, por tanto, se penalizaba a la interesada por haber ejercido el derecho que le reconoce el artículo 21 TFUE a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea.

El Tribunal procede, en primer lugar, a descartar *rationae temporis* la aplicación del citado Reglamento 987/2009 al supuesto enjuiciado porque no estaba vigente en el momento de la resolución administrativa denegatoria por parte de las autoridades alemanas y porque no está justificada una aplicación retroactiva de dicho Reglamento. A continuación el TJUE argumenta que a este supuesto la resulta aplicable la normativa alemana y no la belga, ya que la actora había trabajado y cotizado exclusivamente en Alemania, tanto antes como después del traslado de su residencia por motivos familiares a Bélgica; país en el que nunca trabajó (con cita de los Asuntos Elsen de 23 de noviembre de 2000 y Kauer de 7 de febrero de 2002). Finalmente, el TJUE considera que la imposición de la condición para acceder a este derecho por parte de la normativa alemana consistente en que la actora realice una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia durante la crianza de los hijos o

inmediatamente antes del nacimiento de éstos; supone un tratamiento peyorativo para los nacionales alemanes que se trasladan temporalmente a otro país de la UE en comparación con los alemanes que no cambian su residencia. En consecuencia, el TJUE llega a la conclusión de que dicha normativa es incompatible con el derecho a la libertad de circulación (art. 21 TFUE).

La **STSJ de Madrid de 25 de abril de 2012, IL J 999/2012**, estima la pretensión del recurrente, de manera que para calcular su pensión de jubilación no considera aplicable la regla prevista para España en el Anexo VI del Reglamento 1498/1971, que prescribe tomar las últimas bases de cotización reales realizadas en el sistema de la Seguridad Social española debidamente actualizadas (técnica de las «bases remotas»). Y ello es así porque se observa la circunstancia apreciada por la STJUE en el Asunto Grajera, de 17 de diciembre de 1998, donde reconoce como condición más favorable la posibilidad de calcular la base reguladora de acuerdo con las reglas previstas en el Convenio bilateral, siempre que el sistema previsto en el mismo resulte más beneficioso para el trabajador y el mismo hubiese estado sujeto a tal normativa con anterioridad a la adhesión de España a la Comunidad Europea. Señala el TSJ de Madrid que el Convenio bilateral con Holanda contiene el mismo precepto que el Convenio bilateral entre España y Francia, el cual ha sido calificado por el Tribunal Supremo como norma más favorable que la legislación comunitaria (STS de 15 de septiembre de 2010). Por tanto, en este supuesto el INSS no debería tomar en consideración las bases remotas sino las bases medias de cotización correspondientes a los años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación del actor. Por último, el TSJ estima la alegación de cálculo incorrecto del porcentaje de la *pro rata temporis* realizado por el INSS en tanto que no incluyó los días-cuota por el período cotizado en España.

## 7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

## 8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

### A) Concepto de accidente

Para la **STSJ de Asturias de 2 de diciembre de 2011, IL J 664/2012**, no se da el supuesto de accidente de trabajo. Es posible que algunas lesiones primariamente sufridas durante el tiempo y en el lugar del trabajo, y aunque su inicial calificación como accidente laboral haya venido determinada de manera inmediata por la presunción legal, tengan también en su manifestación posterior una relación causal con el trabajo desempeñado. Pero en el caso enjuiciado la primera calificación deriva exclusivamente de la presunción legal no destruida. Y si ello es así, un segundo incidente patológico, incluso de la misma naturaleza cardíaca que el primero, al no producirse durante el tiempo y en el lugar del trabajo, ya no puede beneficiarse de la presunción legal. Por tanto, no puede ser calificado como accidente de trabajo. Por el contrario, sí que se concluye la existencia de accidente de trabajo en la **STSJ de Asturias de 10 de febrero de 2012, IL J 824/2012**, ya que la presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad, o

bien por que se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo. Lo que se valora no es la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones.

## B) Reparación del daño

En la **STS de Cataluña de 12 de marzo de 2012, IL J 725/2012**, se reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a los criterios de valoración del daño. Así, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007: 1.º) la aplicación en accidentes de trabajo del «sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» no puede llevar a una duplicidad de indemnizaciones en materia de lucro cesante por la simultánea vía —en todo caso— de percepción de las pensiones (IPP, IPT, IPA y GI; en su caso también el subsidio de IT) derivadas de la normativa de Seguridad Social, y a la vez —automáticamente— de las tasadas previsiones que contiene el citado Anexo, siendo así que unas y otras tienen idéntica finalidad reparadora sobre igual concepto (lucro cesante), análoga naturaleza tasada y un mismo responsable (el empresario), al que no se le puede imponer la reparación de un daño más allá su total indemnidad, llegando al enriquecimiento sin causa —por sobreprotección— que la jurisprudencia unánimemente rechaza; 2.º) De lo que realmente se trata es de complementar las indemnizaciones hasta la total reparación del daño, no de alcanzar —recordamos cita precedente— la «indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente, por lo que aquel objetivo únicamente puede alcanzarse mediante el mecanismo de añadir a la indemnización (tasada) que suponen las prestaciones de IP el *quantum* indemnizatorio equivalente al restante (de existir) lucro cesante; y nunca sumando —sin más— dos indemnizaciones legalmente tasadas (prestaciones de Seguridad Social y cantidades fijadas en el Anexo a la LRCSCVM sin tener en cuenta la entidad real del daño causado. En otras palabras, lo que se impone es calcular la indemnización debida con arreglo a la técnica de complementariedad (acumulación relativa) y no a la de suplementariedad (acumulación absoluta).

La **STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2012, IL J 926/2012**, en un supuesto de enfermedad profesional por exposición al amianto, concluye que —tal como ha sentado el Tribunal Supremo en las sentencias de 17 de julio de 2007 o de 14 de julio de 2009— hay que considerar que el factor de corrección compensa los daños morales en el sentido de privación de los disfrutes y satisfacciones de la vida, de los que se ha visto privada la víctima por causa del daño, y no propiamente los perjuicios económicos. En este supuesto el Magistrado excluyó el factor de corrección basado en el daño moral por estar ya indemnizado, y en el recurso se interesa exclusivamente por perjuicio económico, lo cual no puede prosperar de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, ya que la pérdida salarial como tal no existe y, excepción hecha de la viuda, los restantes actores son hijos mayores de edad, ignorándose el perjuicio económico respecto de ellos.

Para la **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012, IL J 909/2012**, no existe nexo causal entre la infracción de la empresa y el resultado dañoso. Así, la velocidad a la que iba el trabajador en el momento del siniestro era inadecuada para la situación de la calzada (115 km/hora, en curva orientada hacia la izquierda), siendo éste el factor que provocó la pérdida del control del vehículo y elemento clave para que invadiese el sentido contrario al de

su dirección, chocando con el vehículo que venía de frente. Por tanto, nada tuvo que ver el desgaste de los vehículos, conclusión a la que llega la sentencia de instancia, en virtud de la prueba pericial practicada en el acto del juicio.

Según concluye la **STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2012, IL J 1006/2012**, la crisis de ansiedad que sufrió la trabajadora posee etiología laboral. Habiendo tenido lugar en tiempo y centro de trabajo, queda probada la existencia de nexo causal entre el episodio de crisis de ansiedad sufrida por la trabajadora y la actividad laboral de esta.

### **C) Imprudencia temeraria**

Según la **STSJ de Galicia de 30 de marzo de 2012, IL J 747/2012**, si bien la conducta del trabajador ha de ser calificada como imprudente, sin embargo dicha imprudencia no supone una exención de responsabilidad para las empresas, pues el artículo 15.4 LPRL establece que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. En el presente caso, la actitud del trabajador no constituye un supuesto de imprudencia temeraria que conlleve una exoneración de responsabilidad para las empresas ni tampoco fue la determinante o causante del accidente, que se debió a la ausencia de medidas de protección colectiva y a la insuficiencia de las medidas de protección individual, siendo cosa distinta que su descuido deba tenerse en cuenta a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio en el sentido de moderar la cantidad a percibir por los causahabientes del trabajador por los daños y perjuicios sufridos, por cuanto que con su conducta contribuyó al resultado lesivo, concurriendo su actuar con el empresarial en el origen del daño causado.

### **D) Delito contra los derechos de los trabajadores**

Para la **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 30 de marzo de 2012, IL J 754/2012**, de las bases probatorias no cabe deducir que los encargados de las empresas tolerasen o hubieran de prever razonablemente que los trabajadores harían uso de las escaleras y no de los andamios, pues ninguna afirmación existe sobre que los encargados de seguridad hubieran visto al lesionado o a su acompañante usando las escaleras. Por tanto, no puede reputarse probada la ausencia de andamios que tuviera que evidenciar a los encargados que aquéllos estaban usando o iban a usar escaleras en las tareas de remate de la obra de que se trata.

## **9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES**

### **A) Régimen económico**

La **STSJ de Galicia de 27 de julio de 2012, IL J 1012/2012**, juzga la imposición del recargo de prestaciones debidas por el accidente sufrido a bordo de un barco por un trabajador, el cual viste ropa inapropiada y, debido al suceso, se le secciona un brazo. El Tribunal desestima, en base a la jurisprudencia del TS de 21 de febrero de 2002, que la culpa del

trabajador en la producción del accidente rompa el nexo causal exigido por la jurisprudencia para imponer el recargo de prestaciones si también media la culpa del empleador, ya que «el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos». Por otro lado, ante el recurso del trabajador accidentado que reclama incrementar el porcentaje del recargo minimizado en la sentencia recurrida, el Tribunal recuerda que el criterio para imponer ese porcentaje es la «gravedad de la falta», teniendo en cuenta también la actitud o conducta del trabajador, por lo que se impone el recargo mínimo atendiendo a la ropa no apropiada que vestía el accidentado. En el mismo sentido de apreciación de conducta negligente por parte del trabajador, con efectos de minoración del porcentaje del recargo, también la **STSJ de Andalucía de 22 de marzo de 2012, IL J 738/2012**, en el caso de un trabajador caído desde lo alto de una escalera, siendo responsables empresa contratista y principal.

En relación a la intervención de la culpa del trabajador en el accidente, la **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012, IL J 713/2012**, reafirma la jurisprudencia asentada por la sentencia del TS de 16 de julio de 1985 sobre que sólo la temeridad en la imprudencia del trabajador, entendida aquella como «aquella conducta en la que el trabajador, de forma consciente y voluntaria, contraría las órdenes recibidas por el patrono, o las no respeta las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigidos a toda persona», puede romper el nexo causal entre el accidente y la infracción de seguridad. En el caso de autos, la confianza derivada de la reiteración en la tarea prestada no constituye imprudencia temeraria, a ello sumado el hecho de desempeñar su trabajo sin un cinturón de seguridad pero con el conocimiento de la empresa de ello. Retomaremos esta sentencia más adelante, en lo concerniente a la prescripción del recargo.

Así también, la **STSJ de Baleares de 8 de marzo de 2012, IL J 718/2012**, constata el incumplimiento de las medidas de seguridad por parte del empresario al no haber realizado una correcta identificación de los riesgos en la fase de evaluación, al no incluirse los guantes que portaba el trabajador en el momento del accidente entre las prendas señaladas en el plan como fuente de peligro al poder ser enganchadas a la mesa de corte: «sin referencia concreta al uso de guantes, que aunque pueden engancharse, como lo demuestra el accidente ocurrido, no son similares a las pulseras, dándose además la circunstancia de que es habitual que quien realiza labores de encofrado use guantes y es más que previsible que no se los quite cada vez que realiza tareas en la mesa de corte». Una orden verbal de no usar guantes, en el caso de haberse producido, no es suficiente para exonerar de responsabilidad al empresario, quien no prestó la debida vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención. En el mismo sentido, sobre no agotar todos los medios al alcance de la empresa para evitar el daño, aun sí haciendo provisión de la protección individual adecuada, la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2012, IL J 721/2012**, afirma que es deber del empresario garantizar la correcta utilización de los medios provistos. Así también, la **STSJ de Galicia de 9 de marzo de 2012, IL J 722/2012**, confirma el fallo del juez de instancia, quien observó acertadamente la aplicación del art. 123 LGSS en base al incumplimiento de diligencia preventiva, en el caso de un trabajador accidentado realizando tareas previstas de ejecución por dos trabajadores, y no comprobando el empleo obligatorio de ropas ajustadas e incluso especiales de seguridad.

En orden a la aplicación del recargo, la presunción de laboralidad dictada por el juez de instancia en base a que el trabajador accidentado «se encontraba en las instalaciones de la empresa con evidente actitud de trabajo bajo la organización del empresario», la **STSJ de Castilla y León de 8 de marzo de 2012, IL J 719/2012**, desestima el recurso contra aplicación del recargo basado en la no relación laboral.

Sobre la prescripción y la caducidad del recargo, la **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012, IL J 713/2012**, referida anteriormente, rechaza el recurso basado en que el inicio del cómputo de la prescripción se iniciaría en la fecha en la que se produce el accidente, siendo ello erróneo y acertado lo señalado en la sentencia recurrida, que el inicio de la prescripción se produce en la fecha en la que se conocen las secuelas finales, es decir, con el reconocimiento al trabajador de la incapacidad permanente. Por otro lado, señala el Tribunal que la inactividad de la Administración, excediendo el plazo de 135 días para dictar resolución, no supone la caducidad el expediente, ya que ello no puede perjudicar al trabajador que no ha intervenido en el proceso pero que sí habita en la especial «relación triangular» entre el INSS, la empresa y el afectado, todos ellos en el ámbito subjetivo del recargo. También sobre la caducidad del recargo, la **STSJ de Galicia de 9 de marzo, IL J 722/2012**, rechaza el motivo del recurrente, quien entiende que el expediente ha caducado, porque ha de aplicarse el art. 44.2 de la Ley 30/1992 al tener el recargo naturaleza sancionadora. Sin embargo, razona el Tribunal que dicho precepto no es aplicable «porque el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios. No es, por tanto, el recargo una sanción, ni tampoco puede configurarse como un acto cuyo contenido se agota en la producción de “efectos desfavorables o de gravamen” sobre el empresario, porque la obligación que ciertamente se deriva del acto administrativo de reconocimiento para el empresario se ordena al derecho correlativo que ese reconocimiento producen la esfera del perjudicado», por lo que es correcta la aplicación del 44.1 de la Ley 30/1992.

La **STSJ de Asturias de 25 de mayo de 2012, IL J 1018/2012**, confirma la sentencia de instancia, la cual dejaba sin efecto la revocación del reconocimiento del derecho al subsidio por desempleo por vía del SPEE, en base a que la incompatibilidad declarada en el art. 221.1 LGSS de las prestaciones y subsidios por desempleo viene establecida con la prestación de servicios por cuenta propia y no con el pago del impuesto de actividades económicas. Como en el caso de autos queda demostrado que dichos servicios no se prestaron, procede la percepción del subsidio por el beneficiario.

Sobre revalorización de pensiones, la **STSJ de Galicia de 20 de abril de 2012, IL J 990/2012**, estima acertado el percibo de la cuantía mínima de la pensión de jubilación para un titular mayor de 65 años con cónyuge a cargo, en el caso de un trabajador al que se le aplica el Convenio Hispano-Venezolano de Seguridad Social y al cual la institución protectora venezolana no paga la pensión correspondiente según criterio *pro rata temporis*, acorde con el artículo 13.3 del Real Decreto 1578/2006, de 22 de diciembre, sobre revalorización de pensiones para 2007, cuando la suma de las pensiones no alcanza el mínimo establecido para cada año. Aun correspondiendo a la Seguridad Social española el factor *pro rata temporis* de 24,56%, la sentencia de instancia declara el derecho del trabajador a percibir el mínimo fijado para dicha pensión en el anexo I de dicho RD, es decir, 566,41 € mensuales.

Por último, en lo relativo al reintegro de prestaciones, la **STSJ de Galicia de 25 de abril de 2012, IL J 998/2012**, desestima recurso y confirma la sentencia de instancia, la cual valoraba acorde con 215.2 LGSS que el importe de las indemnizaciones por despido, en este caso colectivo, que superaran los niveles establecidos legalmente debían computarse como rentas a efectos del mantenimiento del derecho al subsidio por desempleo. Al computar, la parte recurrente superó el límite de carencia de rentas, por lo que procede el reintegro de las cuantías percibidas desde el ingreso de la indemnización.

## **B) Responsabilidad**

Sobre la extensión de la responsabilidad en el recargo en el caso a la empresa principal que subcontrató a otra mercantil, que a su vez subcontrató a otra, y que es la que finalmente subcontrata con la empresa del trabajador accidentado en los autos de la sentencia de instancia, la **STSJ de 1 de marzo de 2012, IL J 706/2012**, valora que el incumplimiento de medidas de seguridad no ha de ser de una disposición normativa concreta, sino que se basa en la inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad necesarias para el trabajo humano. Por ello, corresponde la responsabilidad de la empresa empleadora por la infracción de las medidas genéricas de seguridad, por cuanto que en la tarea de desplazamiento de paneles no los fijó convenientemente. Además, corresponde la extensión de la responsabilidad a la empresa principal de la cadena de subcontratas, en cuyo centro de trabajo se produjo el accidente y cuya actividad no está desligada de aquella realizada por la empleadora del accidentado. En el mismo sentido, la **STSJ de Galicia de 27 de marzo de 2012, IL J 745/2012**, confirma el fallo del juez de instancia y declara acorde a derecho la responsabilidad solidaria de la empresa principal que contrató con la empresa del trabajador accidentado del recargo de la prestación, en base a que ambas compartían actividad propia, la de la construcción, y a que el accidente se produce en el centro de trabajo de la primera, estando ésta obligada a supervisar que la subcontratista debía velar por el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención, siendo motivo del accidente los andamios mal colocados e inapropiados para el lugar, no previendo el accidente ocurrido, y la falta de instrucción del fallecido en el manejo de los dispositivos de protección individual.

## 10. ASISTENCIA SANITARIA

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de diciembre de 2011, IL J 699/2012**, resuelve un recurso de suplicación relativo a un supuesto de prestación de asistencia sanitaria, estimando que la pretensión del actor relativa a que el tratamiento rehabilitador que pueda precisar deba llevarse a cabo en centro hospitalario privado de su elección carece de toda apoyatura legal. Sobre este particular se recuerda que, si bien dispone el trabajador del derecho a recibir la rehabilitación pertinente, se condiciona a que se lleve a cabo, si fuera necesaria, en un centro sanitario de la red de salud pública, o en un centro sanitario perteneciente a la Mutua correspondiente, o concertado con ella, ex art. 101 del texto refundido de la LGSS.

Como recuerda la sentencia en los casos en que el trabajador incapacitado no sea susceptible de una recuperación profesional, lo que ocurre en el presente supuesto en que el trabajador ha sido declarado afecto de una gran invalidez, aquel tiene derecho a que se le apliquen medidas sanitarias y de todo orden de rehabilitación o recuperación en los térmi-

nos previstos en el art. 32 de la Orden de 15 de abril de 1969, que determina el derecho del trabajador a «recibir los tratamientos especializados de rehabilitación y readaptación no profesionales, dirigidos a su recuperación fisiológica y funcional, que su estado físico permita y aconseje»; remitiendo el apartado 2 del precepto, en cuanto a la dispensación de los tratamientos, a lo previsto en los números 2 y 3 del artículo 28 de dicha norma. Finalmente, el art. 28.2 citado establece que «Los tratamientos sanitarios se prestarán en régimen ambulatorio o de internado, en los servicios sanitarios propios o concertados de la Seguridad Social, así como, en su caso, en los de las Mutuas Patronales o Empresas, debidamente coordinados».

La **STS (Sala 3.ª) de 17 de julio de 2012, IL J 979/2012**, resolviendo un recurso de casación se centra en un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración derivado de una mala praxis en la intervención quirúrgica derivada de la prestación de asistencia por Mutua de Accidentes de Trabajo realizada tras accidente de trabajo, consistente en el olvido de una gasa en el interior durante la operación de una hernia discal que genera dolores y sospecha de osteomielitis. Probada dicha circunstancia, se estima que procede indemnización por daño antijurídico, si bien de forma parcial, por cuanto no todos los daños reclamados son imputables al acto de «mala praxis».

## 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STS de 23 de mayo de 2012, IL J 790/2012**, reitera la doctrina de la STS de 1 de diciembre de 2003, según la cual debe mantenerse el abono de la prestación de incapacidad temporal hasta que se produzca el reconocimiento o denegación de una incapacidad permanente, aunque se haya agotado el tiempo máximo de 18 meses. Aunque el art. 131 bis 1 de la LGSS prevea como causa legal de extinción el agotamiento de la duración máxima del proceso de IT, el Tribunal estima que la solución más conforme a las finalidades de la LGSS es que se aplique también a este supuesto la regla del art. 131 bis 3.3.º, que prevé que los efectos de la situación de IT se prorroguen hasta el momento de la calificación de la IP, teniendo en cuenta que la obligación de respetar los plazos previstos en el art. 131 bis, apartado 2 de la LGSS, incumbe a la entidad gestora, y no al trabajador, de tal manera que no es éste que tiene que sufrir las consecuencias de la demora en la calificación de la IP.

La **STSJ del País Vasco de 13 de marzo de 2012, IL J 918/2012**, también aplica esta doctrina a la mejora establecido en el convenio colectivo, dado que el convenio en cuestión no fijaba límite al período de la mejora, lo que revelaba una voluntad de vinculación al período de la prestación básica.

Confirmando la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2011 denegando una prestación de IT consiguiente a una intervención de cirugía estética, la **STS de 21 de febrero de 2012, IL J 877/2012**, estima que no es posible reconocer el derecho a la prestación de incapacidad temporal cuando la incapacidad de trabajar obedece a un mero proceso de reposo y de recuperación después de una intervención quirúrgica mínimamente agresiva, decidida por pura conveniencia personal, sin la menor referencia a un proceso patológico debido a enfermedad o accidente o a una malformación congénita, y en ausencia de circunstancias particulares como la aparición de complicaciones o la especial importancia de la intervención en relación con el trabajo).

Ante una demanda contra una sanción social de tres meses de pérdida de prestación de IT, por compatibilizar el alta en el Régimen General con la percepción de prestaciones de IT en el RETA, la **STSJ de Baleares de 16 de febrero de 2012, IL J 642/2012**, revoca la sentencia que estima la demanda por la insuficiencia absoluta de pruebas que permitan determinar si existe o no compatibilidad entre la enfermedad y el nuevo trabajo desarrollado, por lo cual no se desvirtúa la presunción de que el alta en el Régimen General lo fue para trabajar y percibir una remuneración, lo que supone caer en la causa de suspensión del art. 132.1.b).

## 12. MATERNIDAD

Según la **STJUE de 12 de junio del 2012, IL J 590/2012**, el art. 14.1 letra a) y el art. 14 bis punto 1 letra a) del Reglamento 1408/71, de 14 de junio de 1971, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro, que no es Estado competente, pueda conceder un derecho a prestaciones por hijo a cargo a un trabajador temporal que trabaja en su territorio, que no ha perdido sus derechos en el Estado competente, aun no residiendo en el Estado en el que trabaja, ni él, ni su hijo.

Según la **STS, Sala 4.ª, de 24 de abril del 2012, IL J 579/2012**, el Plan de Prevención debe incluir la evaluación e inclusión de la situación de riesgo para la lactancia para los tripulantes de cabina. Estos trabajadores por sus horarios, turnos y por la especialidad de su trabajo imponía una actividad a la empresa para intentar evitar el riesgo.

La **STSJ de Aragón de 25 de mayo de 2012, IL J 1015/2012**, estima que la norma de reconocimiento de prestaciones a favor de familiares en la Ley de Financiación y de Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social no se puede aplicar al régimen de prestaciones SOVI.

La **STSJ de Madrid de 10 de junio de 2012, IL J 647/2012**, precisa que la Inspección en el Acta de infracción debe acreditar que al evaluar el riesgo para la seguridad y la salud de la trabajadora o el feto, el horario en el que trabaja de turnos o de noche supone un riesgo en ese trabajo concreto.

Finalmente, la **Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, IL J 594/2012**, estima que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones protegibles y, por aplicación del principio de igualdad, la diferente naturaleza no justifica la denegación del subsidio.

## 13. REGÍMENES ESPECIALES

### A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2012, IL J 1001/2012**, analiza un supuesto en el que se discute si la demandante tiene derecho a causar una prestación de riesgo por embarazo. La actividad de la trabajadora, afiliada al RETA, es la de artista en un teatro de guiñol para niños, que obliga a la trabajadora a la carga y descarga de la furgoneta, preparación del escenario, desplazamientos por carretera y otras actividades que el médico de cabecera estimó incompatibles con su estado de gravidez. La descripción de las actividades de la trabajadora confrontada con la redacción del artículo 26 de la ley de Prevención de Ries-

gos Laborales evidencia la dificultad del trabajador autónomo (aunque algo similar podría decirse del trabajador por cuenta ajena en una pequeña empresa) para hallar cualquiera de las soluciones previstas por la ley antes de dar lugar a la situación de incapacidad: la adaptación del puesto o el cambio de puesto o de función, puesto que raramente serán posibles en un trabajador autónomo que no dispone de otro puesto de trabajo que el que viene desempeñando habitualmente.

Efectuada esta reflexión al hilo de los hechos probados del caso que comentamos, la decisión del Tribunal en este caso se ciñe a lo habitual en estos supuestos: determinar si los riesgos probados son amenazantes a la salud de la trabajadora gestante, o si se trata de una situación de embarazo de riesgo por causas personales y no profesionales, en cuyo caso lo que sería pertinente sería causar una prestación por Incapacidad Temporal por contingencias comunes. El juez de instancia dejó sentado en los hechos probados que el riesgo para la trabajadora residía en el trabajo que ella misma realizaba, sin que sea posible especular sobre la posibilidad hipotética de que realizase la actora otros trabajos distintos (que ya no serían «su» trabajo), por lo que el Tribunal no duda en otorgar la prestación solicitada, desechando asimismo la existencia de otros informes que no fueron considerados relevantes por el juez de lo Social que dictó la primera sentencia, y afirma también que sería irrelevante que anteriormente se hallase la actora en situación de Incapacidad Temporal, ya que ello no imposibilitaría discutir el posible origen profesional del riesgo para el embarazo.

## **B) Régimen Especial de los Trabajadores del Mar**

La **STS de 20 de junio de 2012, IL J 964/2012**, examina un caso en el que se solicitó un subsidio por desempleo para mayores de 52 años (el llamado coloquialmente subsidio de prejubilación), cuya concesión por el importe reglamentario del 80% del IPREM se hallaba condicionado a que la actora acreditase poder acceder legalmente a la pensión de jubilación salvando el requisito de la edad, es decir, y más concretamente, debía haber reunido un período de carencia mínimo de quince años. La trabajadora acreditaba más de dichos quince años de cotización, pero buena parte de tales cotizaciones se habían devengado en Francia y se solicitaba su cómputo en virtud del Reglamento comunitario 1408/71; y específicamente —y esto devendrá el meollo del debate— una parte de tales cotizaciones, concretamente 16 trimestres, se le reconocían a la trabajadora como cotizaciones asimiladas por el nacimiento de hijo.

La entidad gestora y el TSJ autonómico denegaron tal prestación en base a que dichas cotizaciones ficticias sólo pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la jubilación, y no para otras prestaciones asistenciales como el citado subsidio para mayores de 52 años. Tal interpretación tenía el apoyo de varias sentencias del Tribunal Supremo que se citan, dado que la normativa comunitaria preceptúa el cómputo de todas las cotizaciones correspondientes a los períodos cubiertos bajo la legislación de cualquier estado miembro, pero no de los que sin ser períodos de cotización sean equivalentes a estos. Sin embargo, El Tribunal Supremo, apoyándose en la más reciente jurisprudencia comunitaria, considera que tales cotizaciones que en Francia serían útiles para causar una pensión de jubilación deben ser, precisamente por tal efecto útil, ser consideradas como períodos de seguro a todos los efectos, inclusive el debatido en este caso de causar un subsidio por desempleo, sin perjuicio de imputar mediante las reglas de prorata la cuantía correspondiente a los respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social.

#### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

En un caso de sanción por incumplimiento, primero, de la obligación de elaborar el Estudio de Seguridad y Salud con el alcance y contenido previsto en la normativa de prevención de riesgos laborales, y, segundo, de las obligaciones de coordinación de seguridad y salud en la fase de ejecución, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2012, IL J 449/2012**, confirma la sanción impuesta en el mínimo de su grado máximo. Después de haber desestimado los argumentos de la empresa recurrente denegando su calidad de promotora y discutiendo el alcance de las obligaciones del promotor, el Tribunal estima que la sanción impuesta es proporcional atendiendo a los criterios del artículo 39.3 apartados a), b) y c) del RDL 5/2000. Tratándose del montaje de la estructura metálica de una pasarela peatonal en construcción, mediante el punteo soldado de sus diferentes elementos componentes, el Tribunal confirma que son actividades peligrosas, listadas en el Anexo II del RD 1627/1997 como trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores, que tienen un carácter permanente, ya que afectan a toda la duración de los trabajos de montaje de la estructura, y que han producido unos daños graves que podrían haber producido incluso la muerte del trabajador.

También se ha de mencionar la **STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de abril de 2012, IL J 986/2012**, sobre prescripción del procedimiento administrativo sancionador, comentada en el apartado siguiente.

#### 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012, IL J 713/2012**, analiza la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad por el accidente sufrido por el trabajador, desde dos perspectivas: la prescripción del plazo de 5 años previsto en el artículo 43 de la LGSS para formular la acción y la caducidad del expediente administrativo para la imposición del recargo de conformidad con el artículo 14.1 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 [135 días].

Por lo que se refiere a la prescripción, la Sala, con apoyo en la jurisprudencia del TS, considera que debe hacerse una interpretación amplia y flexible de las causas que determinan la interrupción del plazo prescriptivo, y entiende que el momento desde el que debe computarse el inicio del plazo de 5 años no es la fecha del accidente sino la fecha en la que se conocen las secuelas finales que le quedan a la persona accidentada, y ello debe hacerse coincidir con el reconocimiento de la prestación de Incapacidad Permanente, de forma que el cómputo del plazo prescriptivo estaría en suspenso durante toda la tramitación del expediente administrativo.

Sobre la caducidad la Sala realiza una doble consideración: primera, que este expediente administrativo no tiene un carácter exclusivamente sancionador y en consecuencia no le es de aplicación el plazo de 135 días de dicho artículo, y, segunda —y más importante—, que la inactividad de la administración no puede perjudicar al trabajador que no ha tenido intervención en el expediente.

La **STS de 17 de julio de 2012, IL J 979/2012**, analiza si el plazo de prescripción de 1 año para formalizar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, establecido en el

artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y de régimen administrativo común [Ley 30/1992], se interrumpe por la interposición de una acción civil.

El TS empieza recordando el llamado peregrinaje de jurisdicciones —hoy resuelto con la nueva Ley de la Jurisdicción Social— al que se veía sometido quien quisiera ejercer todas las acciones legales posibles.

En la medida que la Mutua responsable de la deficiente asistencia sanitaria es un sujeto de naturaleza privada, el hecho de haber formulado, al inicio, exclusivamente la acción civil por responsabilidad extracontractual contra la Mutua no resulta manifiestamente improcedente, y por ello no puede considerarse la acción de responsabilidad patrimonial prescrita en la medida que el plazo para formularla se inició en el momento en que el Juzgado de Primera Instancia notificó al trabajador que la Jurisdicción competente era la contenciosa-administrativa.

La **STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2012, IL J 983/2012**, considera que la acción ejercitada, en reclamación de daños y perjuicios, por la viuda y los hijos del trabajadores fallecido por asbestosis y carcinoma escamoso de pulmón [causado por el hecho de haber trabajado con amianto] contra la empresa en la que trabajaba, no ha prescrito, en aplicación del artículo 59 del ET y en la medida que el *dies a quo* para el cómputo del año de prescripción es la fecha en la que la acción de reclamación pudo ejercitarse.

El Tribunal considera que la fecha en que pudo ejercitarse la acción no es la fecha del fallecimiento del trabajador, sino la fecha en que queda fijada la contingencia profesional.

La **STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de abril de 2012, IL J 986/2012**, analiza de qué forma la concurrencia de un procedimiento penal interrumpe el plazo de la prescripción del procedimiento administrativo sancionador y en qué momento, una vez finalizado el procedimiento penal, se reinicia el cómputo de la prescripción [artículos 5 y 7 del RD 928/1998], para concluir que para el reinicio del cómputo de la prescripción debe tomarse en consideración la fecha de la notificación de la resolución penal que recaiga en el procedimiento judicial a la Administración que tramita el expediente administrativo sancionador, y no la fecha de firmeza de dicha resolución judicial.

IGNASI AREAL CALAMA  
SERGIO CANALDA CRIADO  
CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA  
EUSEBI COLÀS NEILA  
ALEXANDRE DE LE COURT  
JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ  
SIXTE GARGANTÉ PETIT  
JULIA LÓPEZ LÓPEZ  
NURIA PUMAR BELTRÁN



## X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

---

### SUMARIO<sup>(\*)</sup>

#### 1. DESEMPLEO.

##### A) **Introducción.**

##### B) **Cuestiones generales.**

##### C) **Nivel contributivo.**

- a) Sujetos beneficiarios.
- b) *Requisitos de acceso a la protección.*
- c) Contenido y modalidades de la prestación.
- d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.
- e) *Supuestos especiales.*
- f) *Compatibilidad e incompatibilidades.*

##### D) **Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.**

- a) Requisitos generales.
- b) *Beneficiarios.*
  - a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares.
  - b') *Subsidio de prejubilación.*
  - c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.
  - d') Otros Subsidios Especiales.
- c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.
- d) Compatibilidad e Incompatibilidades.

##### E) **Prestaciones accesorias y complementarias.**

##### F) **Gestión, Financiación y Pago.**

##### G) **Valoración Final.**

#### 2. JUBILACIÓN.

##### A) **Jubilación contributiva.**

- a) *Requisitos de acceso a la protección.*

---

(\*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

- b) Contenido de la prestación.
  - a') Base reguladora.
  - b') Cuantía de la prestación.
- c) Dinámica de la protección.
- d) Derecho transitorio.
- e) *Jubilaciones anticipadas.*
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

**B) Jubilación no contributiva.**

- a) Situaciones protegidas.
- b) Requisitos generales.
- c) Cuantía y dinámica.
- d) Compatibilidad e incompatibilidades.

**C) Gestión, financiación y pago.**

**D) Previsión social voluntaria.**

- a) Mejoras voluntarias.
- b) Planes de pensiones.

3. *INCAPACIDAD PERMANENTE.*

**A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).**

- a) Concepto. Grados y baremos.
  - a') Criterios de valoración: los baremos.
  - b') Incapacidad permanente parcial.
  - c') Incapacidad permanente total.
  - d') Incapacidad permanente absoluta.
  - e') Gran invalidez.
- b) *Requisitos del beneficiario.*
- c) *Prestaciones económicas.*
  - a') *Clases y cuantía de las prestaciones.*
  - b') Base reguladora de las prestaciones.
  - c') Responsabilidad del pago de las prestaciones.
- d) Dinámica de la protección.
- e) *Compatibilidad e incompatibilidades.*

**B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).**

- a) Concepto.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Cuantía de la pensión.
- d) Dinámica de la prestación.
- e) Compatibilidad e Incompatibilidades.

4. *MUERTE Y SUPERVIVENCIA.*

**A) Requisitos del sujeto causante.**

**B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.**

- a) Viudedad.
- b) Orfandad.
- c) Pensión en favor de familiares.

**C) Cuantía de las pensiones.**

**D) Dinámica de la protección.**

**E) Régimen de incompatibilidades.**

---

1. DESEMPLEO

**C) Nivel contributivo**

*b) Requisitos de acceso a la protección*

En la **STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2011, IL J 692**, se resuelve acerca de la procedencia o no de la prestación por desempleo por la participación del reclamante como accionista en una Sociedad de forma mínima. Por tanto, no encaja en ninguno de los supuestos que establece la ley para ser considerado como trabajador por cuenta propia y comprendido el campo de aplicación del RETA, sin que, además, tampoco sus funciones como miembro del Consejo de Administración sean las propias de un administrador ejecutivo o de un Consejero delegado o gerente.

Se denuncia por la Entidad recurrente la infracción, por no aplicación, del artículo 97.2.k) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que establece la asimilación a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo a los Consejeros y Administradores de Sociedades Mercantiles capitalistas, argumentando, en síntesis, que, partiendo de este precepto, es incuestionable que concurren en este supuesto las condiciones que establece este para excluir al demandante de la protección por desempleo.

La cuestión esencial que se ha de resolver en el presente recurso consiste en determinar si el actor, que trabajó y cotizó como empleado de dicha sociedad, puede tener la consideración de trabajador por cuenta ajena y puede tener derecho a percibir la prestación contributiva de desempleo, cuestión a la que la sentencia de instancia ha dado una respuesta afirmativa; o si, por el contrario, el actor no puede tener la condición de trabajador por cuenta ajena, y no tiene derecho a las prestaciones de desempleo, tal como sostiene el SPEE en su recurso.

La Sala no acoge la censura jurídica, y de conformidad con lo afirmado por el Magistrado de instancia, considera que el actor tiene derecho a las prestaciones de desempleo. Los arts. 97 y 98 de la LGSS determinan el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, señalando que estarán obligatoriamente incluidos en ese Régimen General los trabajadores por cuenta ajena o asimilados y declarando expresamente comprendidos en él a «los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades

mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley» (apartado 2.a), y, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, a «los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma» (apartado 2.k).

Por otro lado, la Disposición Adicional 27.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece que «Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup> que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco, por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado; 2.<sup>a</sup> que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo; y 3.<sup>a</sup> que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad. En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone de control efectivo de la sociedad».

Conjugando ambos preceptos la STS de 21 de abril de 2004 (RJ 2005, 2880) recuerda cómo «el artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social declara expresamente comprendidos en el apartado 1, a) del artículo 7 de la propia Ley, en calidad de asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, pero la inclusión no es incondicionada y de manera absoluta; en primer lugar, los excluye de la prestación por desempleo... y del Fondo de Garantía Salarial; los administradores a los que alude no deben poseer el control de la sociedad en los términos establecidos en la disposición adicional 27.<sup>a</sup> de la Ley General de la Seguridad Social...», como sucede con el desempeño del «cargo de administrador solidario de la sociedad, con amplísimos poderes, que implicaban funciones de dirección y gerencia de la misma...». Control empresarial que no puede inferirse de quien desde su participación societaria en el 33% de las acciones no puede «adoptar acuerdos en el consejo de administración, del que únicamente consta que actuaba como secretario y este es un cargo que no implica facultades ejecutivas ni tiene la entidad suficiente para absorber la actividad laboral...» [Auto del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2007 (JUR 2007, 292214)]; criterio que reitera el ya sustentado en su sentencia de 8 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9591) cuando

señala que «una participación social inferior al 50%, participación que no le facultaba individualmente para adoptar acuerdos en el Consejo de Administración, del que únicamente consta, actuara como Secretario, función que no implicaba facultades ejecutivas y que no tiene entidad suficiente para absorber la actividad laboral» (doctrina que sigue también la Sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 18 de febrero de 2011).

En el presente caso, la participación del reclamante como accionista en la Sociedad es mínima, tan solo alcanza un 7,93%, y conjuntamente con sus hermanos, tal como se declara probado en el hecho, poseen el 27% del capital social, por tanto no encaja en ninguno de los supuestos —o presunciones *iuris tantum*— que establece la ley para ser considerado como trabajador por cuenta propia y comprendido el campo de aplicación del RETA, sin que, además, tampoco sus funciones como miembro del Consejo de Administración sean las propias de un administrador ejecutivo o de un Consejero delegado o gerente, tal como razona el Magistrado de instancia valorando la prueba testifical practicada en el acto de juicio, con pleno respeto y observancia de los principios de oralidad, concentración y contradicción (art. 97. 2 LPL). Por otra parte, su condición de Secretario del Consejo de administración, sin ostentar unas facultades ejecutivas atribuidas al Consejero Delegado, tampoco tiene relevancia a estos efectos. Por ello, como señalan las SSTs de 29 de enero (RJ 1997, 644) y 14 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4271), «aunque es incuestionable que la prestación por desempleo está incluida en el ámbito protector del Régimen General de la Seguridad Social, de ello no cabe deducir que toda persona incardinada en este ámbito goza de tal beneficio (pues) tiene por objeto cubrir el riesgo de la pérdida de empleo, o más exactamente el riesgo de la pérdida de las rentas de trabajo que el cese en el empleo conlleva; y siendo ésta la cobertura básica de esta prestación, es lógico que la misma se reconozca tan sólo a los trabajadores comprendidos en el radio de acción del Derecho laboral» [ex art. 205 LGSS (RCL 1994, 1825)], y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que precisamente no puede apreciarse la censura jurídica que se denuncia, ya que el actor vino realizando un trabajo por cuenta ajena, incardinado en el Régimen General de la Seguridad Social sin que su afiliación hubiese sido discutida, y la Administración ha venido admitiendo pacíficamente las cotizaciones por la contingencia de desempleo; por tanto al actor le asiste el derecho a la percepción de la prestación por desempleo que reclama, en su nivel contributivo. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar la sentencia impugnada.

*e) Supuestos especiales*

**La STSJ de Canarias de 30 de abril de 2012, IL J 940**, resuelve acerca de la procedencia o no del cobro indebido de prestaciones por desempleo en un caso de uso de modalidad contractual incorrecta pero que no da lugar a la calificación como indebidas de las prestaciones recibidas.

El SPEE demanda solicitando se declare la responsabilidad empresarial de la entidad ANFI RESORTSS, S.L. por las prestaciones por desempleo y sus correspondientes cotizaciones pagadas en los últimos cuatro años a la también demandada trabajadora de dicha empresa Doña Remedios, al entender fraudulenta la reiteración en la contratación temporal, y se condene a la empresa a la devolución al órgano gestor de las prestaciones indebidamente abonadas que ascienden a 6.522,14 euros (6.307,66 de prestación y 214,48 euros de cotización a la Seguridad Social).

En todas las contrataciones el objeto es «atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en refuerzo del personal por la temporada de verano —en la primera y en la segunda y tercera contratación—, otoño —en la tercera y cuarta contratación—, de invierno —en la quinta contratación—, primavera —en la sexta contratación—, debido a la afluencia de clientes.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de Marzo de 2009 trata un tema muy similar explicando que:

«La cuestión que se plantea en el presente recurso ha sido resuelta por recientes sentencias de esta Sala, como la de 10 de octubre de 2007 (Rec. 3782/06) EDJ 2007/230146, seguida por otras como las de 26/12/07 (Rec. 4831/06) EDJ 2007/337963, 14/01/08 (Rec. 778/07) EDJ 2008/90839, y 19/02/08 (Rec. 1353/07) EDJ 2008/73313, cuya doctrina unificada debemos seguir aquí y es la que sigue:

La incorporación del artículo 145 bis a la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre “de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad” no ha convertido a la Entidad Gestora del desempleo, ahora Servicio Publico de Empleo Estatal (antes INEM), en una especie de custodio o garante de la legalidad de la contratación laboral en general. Nada explica la Ley en su exposición de motivos sobre cuál ha sido la razón que le ha llevado a implantar esta modalidad procesal. Pero es evidente que la decisión de crearla no ha sido la de legitimar a la Entidad Gestora del desempleo para impugnar todos los contratos temporales abusivos o concertados en fraude de ley, al margen de las consecuencias que puedan tener respecto de la prestación de desempleo. El objetivo, parece claro, es menos ambicioso y está en sintonía con el general que persigue dicha Ley. Y ha sido proporcionar a la Entidad un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales —y de ahí que las consecuencias de las sentencias condenatorias no alcancen nunca al trabajador que percibió indebidamente las prestaciones (art. 145 bis.1)— que le hayan irrogado un perjuicio; es decir, siempre y cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir (art. 6. 4 del Código Civil EDL 1889/1). En esta misma línea de reconocer facultades a las Entidades Gestoras para combatir, no ya situaciones de convivencia entre empresa y trabajador para adquisición fraudulenta de prestaciones, sino incluso la existencia de “errores no deliberados de calificación en el tipo de contrato de trabajo celebrado, equivocaciones que pueden ser incluso frecuentes cuando las modalidades contractuales son próximas” siempre y cuando con éstos se haya conseguido obtener prestaciones indebidas, se ha manifestado ya esta Sala en su sentencia de 29 de enero de 2002. En definitiva, la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada vía art. 145 bis.1 únicamente podrá encontrar favorable acogida, cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un perjuicio a la Entidad Gestora al haber abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a ley no estaba obligada a satisfacer; en caso contrario, la empresa deberá ser absuelta.

De lo dicho se deriva que el éxito de una demanda como la interpuesta está condicionado, no tanto a la demostración de las posibles irregularidades de los contratos, sino a que éstas generaron una indebida percepción de prestaciones de desempleo. Con la consecuencia de que el examen de la relación entre el trabajador y las prestaciones reclamadas no constituye una cuestión ajena al debate (...) sino parte esencial del mismo. Pues si queda de mani-

fiesto que el trabajador también habría tenido derecho a desempleo si en lugar de suscribir el contrato concertado, supuestamente abusivo o fraudulento (...), hubiera suscrito el que legalmente correspondía según la norma eludida, es evidente que las posibles irregularidades de los contratos serían irrelevantes a los efectos discutidos, puesto que ningún perjuicio habrían causado a la Entidad Gestora al estar también obligada a abonar las prestaciones correspondientes al contrato que legalmente correspondía. (...) Ahora bien, el contrato que debió suscribirse entre las partes para tal situación era el de obra o servicio determinado (de duración incierta como ocurre en todas las obras o servicios, y de modo especial en las contrataciones cuya duración depende de la voluntad de la empresa que la adjudica) y a tiempo parcial. Este habría sido el ajustado a la ley, puesto que el artículo 15.8 ET, lo autoriza para la realización de una actividad discontinua que se repite en fechas ciertas (...) y el art. 12.2 del propio Estatuto permite su concertación por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación.

Tal tipo de contrato genera en los períodos de inactividad derecho a desempleo y, por supuesto, a la introducida por el Real Decreto-Ley 5/2006 EDL 2006/75744 conforme a la cual “las referencias a los fijos discontinuos del Título III de esta Ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas”. Dichas sentencias se dictaron en relación con los fijos discontinuos, pero su doctrina es claramente de aplicación a los contratos a tiempo parcial dada la identidad de las situaciones a proteger, que finalmente ha venido a reconocer el Real Decreto-Ley 5/2006 como acabamos de ver. Se desprende así también de la Disposición Adicional Séptima, regla cuarta, de la Ley General de la Seguridad Social que establece, en cuanto a la protección por desempleo, que las reglas para los fijos discontinuos son también de aplicación a los contratos a tiempo parcial y del art. 1 del Real Decreto 1131/2002, de 31 octubre, citado por la sentencia recurrida, que contiene análoga previsión. Siendo ello así, es claro que la decisión empresarial al optar por el contrato para obra o servicio determinado, y al margen de que hubiera sido o no errónea o deliberada, no ha generado ningún derecho a desempleo nuevo o distinto del que hubiera correspondido de haberse suscrito el adecuado contrato a tiempo parcial; y por consiguiente a la trabajadora no ha existido un lucro indebido de prestaciones imputable a la actuación de la empresa, ni por ende, un perjuicio real para la Entidad Gestora. Por ello la empresa debe ser absuelta de la pretensión deducida en su contra por el Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM).

La doctrina expuesta debe aplicarse al caso aquí controvertido por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de esta clase interpuesto por la empresa demandada y ahora recurrente, CONVITE, S.A. contra la sentencia de instancia y desestimar la demanda, absolviendo a dicha demandada de las pretensiones contra ella ejercitadas por el SPEE».

*f) Compatibilidad e incompatibilidades*

En la **STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 2012, IL J 915**, se resuelve acerca del derecho al disfrute de la prestación por desempleo por el tiempo que corresponda, una vez descontado el período de incapacidad permanente total disfrutado.

El actor fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total mediante resolución del INSS con efectos económicos de 4-02-08. Tramitado de oficio por esa misma

Entidad Gestora expediente de revisión de grado, por Resolución de 31-05-09, se acordó que la variación producida en el estado de sus lesiones determinaba la inexistencia de grado alguno de incapacidad, comunicándose al actor que dejaría de ser beneficiario a partir del 1-06-09 de las prestaciones que venía percibiendo, reanudándose desde esta fecha la relación laboral hasta el 30-06-09, momento en el que fue despedido de forma improcedente. El 1-07-09 el actor solicitó ante el SPEE prestación por desempleo, denegándose la misma por resolución de 20-07-09, con causa en no acreditar cotizaciones suficientes en los últimos seis años, al no poder incluirse entre ellas las computadas para la prestación de Incapacidad Permanente percibida.

En el artículo 221.2 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) se establece que las prestaciones o subsidios por desempleo serán «incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo».

El artículo 16.2 y 4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, regulador de las relaciones entre las pensiones de invalidez y el desempleo, dispone que «cuando el trabajador pierda su trabajo como consecuencia de haber sido declarado inválido permanente total, podrá optar, si reúne los requisitos para causar prestación por desempleo, entre percibir la prestación por desempleo que le corresponda hasta su agotamiento o la pensión de invalidez» y que «cuando un inválido permanente total pierda o se le suspenda un trabajo compatible con su situación de pensionista por invalidez, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio de desempleo que le corresponda además de la pensión de invalidez».

Finalmente, el artículo 210.2 LGSS 1994, respecto a los períodos de cotización exigibles para tener derecho a la prestación por desempleo, establece que «a efectos de determinación del período de ocupación cotizada a que se refiere el apartado anterior se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial».

De los preceptos transcritos, el Tribunal Supremo, reiterando la doctrina establecida en sus sentencias de 31-1-95, 19-2-96, 26-2-97 y 27-3-00, y a ella parece referirse la sentencia recurrida, ha venido a concluir (sentencia de 26-2-97) que

- a) Establecen el principio de que la prestación por desempleo es incompatible con la pensión de invalidez permanente en grado de incapacidad total reconocida por la pérdida de capacidad laboral en el mismo trabajo que dio origen al desempleo —debiendo optarse, en su caso, entre una u otra (art. 16.1 Real Decreto 625/1985)—, porque hay que entender que esta pensión de invalidez no sería a su vez compatible con este trabajo aunque sí con otro.
- b) La finalidad de tales disposiciones es evitar que se proteja dos veces —por la pensión de invalidez y por la prestación de desempleo— la misma pérdida de ingresos.
- c) Existe compatibilidad entre prestación de desempleo y pensión de invalidez, si el declarado inválido total trabaja por cuenta ajena y pierde o se le suspende un trabajo compatible.
- d) En este último caso, a efectos de evitar situaciones de desigualdad entre ambos supuestos, cabe entender que se pierden las cotizaciones del desempleo anterior, a efectos de su posible cómputo en un nuevo desempleo tras un nuevo trabajo compatible con la invalidez permanente en grado de total».

Pero la sentencia del Tribunal Supremo de 1-7-2003 expone una excepción a esa doctrina general, para los supuestos en los que el reconocimiento de la incapacidad permanente total sea de carácter provisional, refiriéndose en concreto a la incapacidad permanente total reconocida por sentencia que es revocada por el Tribunal Superior de Justicia, viniendo a señalar que «la inclusión del caso controvertido en el artículo 213.1.f) de la Ley General de la Seguridad Social debe ser descartada, porque el precepto está refiriéndose a un supuesto en el que se produce un reconocimiento definitivo del derecho a una pensión de la Seguridad Social, lo que no puede considerarse aplicable a un reconocimiento temporal como el que surge durante una situación de ejecución provisional por imperativo del artículo 292 de la Ley de Procedimiento Laboral. [...] Estos efectos tan graves sobre el derecho a la prestación no se justifican en un supuesto en que la situación de incompatibilidad es [...] Por el contrario, la suspensión sólo produce una interrupción del abono de la prestación que vuelve a reanudarse terminada la causa suspensiva, sin que reduzca el período de percepción reconocido, salvo en el caso de sanción (artículo 212.2 de la Ley General de la Seguridad Social), y es a la suspensión a la que se asemeja más la situación del actor como consecuencia de la temporalidad que se produce en su condición de pensionista como consecuencia de tratarse de un reconocimiento provisional. Si es así, hay que concluir que no cabe descontar de la duración máxima del desempleo el tiempo de percepción de la pensión de incapacidad permanente total».

En el supuesto analizado en los presentes autos, si bien no se da una situación de provisionalidad propiamente dicha en el reconocimiento de la prestación, pues en principio ésta se reconoció de forma inicialmente definitiva, de hecho la misma ha sido temporal en su percepción, habida cuenta la revisión producida, en un relativamente breve transcurso de tiempo desde que se reconoció.

Es por ello que la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 1-7-2003 no encaja con exactitud en el caso aquí enjuiciado, pero, por otra parte, resulta excesivamente gravosa la aplicación de la doctrina general contenida en las sentencias también citadas con anterioridad.

De ello puede concluirse que una solución ecléctica, acorde con el espíritu de los preceptos transcritos al inicio del presente fundamento, puede llevar a descontar de los días de prestación que corresponderían al actor por Desempleo, los percibidos por incapacidad permanente total, criterio éste que aplicó la Entidad Gestora en el supuesto contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 1-7-2003 (criterio que amplió el Tribunal), por considerar que, no resultando, de hecho, definitiva la prestación, se ocasionaba un perjuicio al beneficiario, quien pudo eventualmente obtener más tiempo de cobro con la prestación por Desempleo.

Esta, parece, la solución más adecuada al espíritu de la Ley General de la Seguridad Social, que no contempla específicamente este supuesto, pero que se deriva de la nueva redacción dada al art. 222.1 de ese texto normativo por el art. 34.10 de Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001. Como es sabido, hasta ese momento la extinción de una relación laboral durante una situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común daba lugar a la percepción de la prestación derivada de esa incapacidad hasta su extinción para, a partir de ese momento, caso de haber tenido derecho a ella, pasar a percibir la prestación por desempleo. Pero, a partir de la reforma indicada, se descuenta en todo caso del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera

permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo. Parece que hay una evidente identidad de razón respecto al caso que ahora nos ocupa, en que también ha habido una situación de provisionalidad, aunque sea sobrevenida, lo que debe llevar a la aplicación de la misma solución, es decir, la ya indicada de entender que subsiste el derecho a la prestación de desempleo, en su caso, una vez descontado del período que le correspondiera el que ya haya percibido en concepto de prestaciones de incapacidad permanente —y justifica además que no sea de aplicación la doctrina de la sentencia invocada, del TSJ de Valencia de 8 de octubre de 2001, que contemplaba un supuesto anterior a ese cambio normativo—.

Lo expuesto impone una estimación parcial del recurso, pero pasamos a argumentar la razón por la que el pago íntegro de la prestación, como sostiene el recurrente, no puede encontrarse sometido, en el presente caso, a las vicisitudes del derecho de opción

Los argumentos del recurrente parten de considerar que, en el momento de declarar la Incapacidad Permanente Total, la Entidad Gestora debió informar al beneficiario de su derecho de opción entre la prestación por desempleo y la de Incapacidad Permanente, información que no se efectuó y por consiguiente tampoco la opción del trabajador.

Ciertamente, ha de reconocerse que el derecho de opción, que ya es complejo en el entramado de normas de Seguridad Social existente, pueda entenderse ejercitado en forma tácita y sin previo ofrecimiento o comunicación por parte de la Entidad Gestora, debiendo entenderse que a ésta le es exigible una clara y expresa notificación al administrado de los actos que interesen a su derecho, tal y como previene el art. 58 de la Ley 30/1992.

Ahora bien, a pesar de lo dicho, en el presente caso la solución que haya de darse a la controversia no es favorable a la pretensión actora, y ello por las razones que se pasan a explicar. El examen de la Reclamación Previa y de la demanda permite comprobar que la causa de oposición a la denegación de la prestación por desempleo en ningún momento fue la falta de comunicación del derecho de opción, sino únicamente el tener el beneficiario cotizaciones suficientes para la prestación por desempleo. Es por ello que al dirigir la demanda únicamente frente al Servicio Público de Empleo Estatal no se ha aportado a las actuaciones el expediente del Instituto Nacional de la Seguridad Social en el que, en sede de la tramitación de la prestación de Incapacidad Permanente Total, debió en su caso haberse efectuado la opción cuya falta ahora extemporáneamente se alega. Es el beneficiario el que debió traer a las actuaciones el expediente del que se evidenciara que la Entidad Gestora obvió su deber de comunicar el tan debatido derecho de opción, lo que ahora no puede esclarecerse porque es solo el expediente del demandado —Servicio Público de Empleo Estatal— el que ha sido incorporado a los autos, al no haber sido dirigida la acción frente a ningún ente más. No decimos con ello que exista en puridad un litis consorcio pasivo necesario, pero precisamente por ello es el demandante —quien alega una circunstancia fáctica determinada: la falta de notificación— quien debió solicitar y aportar a los autos el expediente de la Entidad Gestora reconocedora de la prestación de Incapacidad Permanente Total, del que pueda acreditarse lo ahora alegado.

En consecuencia, resulta palmario que ni la falta de comunicación del derecho de opción en su día por parte de la Entidad Gestora ha sido acreditada (y ello por causa, como se ha razonado, imputable al actor), ni el actor ha planteado su oposición a la desestimación de la prestación por desempleo en vía Administrativa ni en vía judicial (Reclamación Previa y demanda) en base a este argumento.

## D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

### b) *Beneficiarios*

#### b') Subsidio de prejubilación

En la **STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2011, IL J 703**, recurre el SPEE la estimación de la demanda sobre subsidio para mayores de cincuenta y dos años.

Como ha indicado de manera reiterada el Tribunal Supremo, la Ley General de Seguridad Social no es la única norma aplicable al caso, sino que la solución a la reclamación efectuada ha de venir dada por el estudio conjunto de la legislación española y de la comunitaria, pues si el emigrante retornado procede de un país comunitario o asimilado, la normativa a aplicar es la comunitaria conforme a la Disposición Adicional Trigésimo Tercera LGSS. Se expresa —literalmente— que «el denominado “requisito comunitario” en materia de desempleo [...] que se contiene fundamentalmente en el artículo 67.3 del Reglamento (CEE) 1408/71 que ha sido interpretado por la Sala en pronunciamientos referidos a la concurrencia o no de otros requisitos para el acceso a este tipo de subsidio. Y así decíamos allí que “... con ocasión de la duda planteada en un determinado momento anterior al presente... acerca de si para causar derecho a este subsidio de desempleo para mayores de 52 años podían computarse o no las cotizaciones efectuadas en otros países, tanto para cubrir la exigencia de tener acreditados los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, como la relativa a la necesidad de tener cubierta la exigencia de seis años de cotización al desempleo —ambas requeridas por el art. 215.1.3)—, se llegó a la conclusión de que, en efecto, para cubrir ambas exigencias servían cotizaciones realizadas en aquellos otros Estados de la entonces Comunidad Europea. Pero también en aquel momento se discutió acerca de si la exigencia del art. 67.3, o sea la de que para poder causar derecho a prestaciones por desempleo es necesario que la última cotización se hubiera realizado en el Estado competente para reconocer la que ahora nos ocupa se cubría o no con las cotizaciones que el Estado español debía efectuar (sólo por asistencia sanitaria y prestaciones familiares) durante el tiempo en que el emigrante retornado había percibido el subsidio por desempleo para emigrantes retornados entonces existente (y del que ahora como hemos visto se han excluido a los procedentes del EEE)».

En todos aquellos supuestos el Tribunal Europeo, en sus sentencias de 20 de febrero de 1997, de 25 de febrero de 1999 e incluso en la de 4 de marzo de 2002 se llegó a la conclusión reiterada de que las reglas de totalización de períodos para poder acceder a prestaciones por desempleo en cualquier país comunitario se hallaba supeditada, salvo en los supuestos del art. 71 al que se remite el propio art. 67.3, al requisito de que el interesado hubiera cubierto en último lugar períodos de seguro o de empleo con arreglo a la legislación a cuyo amparo fueran solicitadas las prestaciones por desempleo.

La exigencia del «requisito comunitario» sólo se cumple con arreglo a aquellas sentencias y en aplicación del art. 67.3 denunciado si el interesado cotizó en último lugar en el Estado del lugar en que solicita la prestación, de forma que si resultase que el interesado no cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social española y que tampoco procede considerar que así fue, dicho interesado no tendría derecho a la prestación controvertida en virtud del art. 76 ni en virtud del art. 51 del Tratado. Por el contrario, si cotizó en último

lugar al régimen de Seguridad Social español o debe considerarse que así fue, procede examinar si se cumplen los requisitos nacionales».

En base a las anteriores consideraciones en el caso analizado por el TS de Galicia se llega a la conclusión de que la demandante no cumple el requisito del repetido artículo 67.3 del Reglamento 1408/71/CEE, pues en ningún momento aparece acreditado que hubiese cotizado por desempleo después de percibir sus prestaciones con cargo a las legislaciones extranjeras, razón por la que se ha de denegar la prestación asistencial solicitada por no reunir aquella exigencia del Reglamento.

En el mismo sentido véase la STSJ de Galicia de 26 de marzo de 2012, IL J 645.

En la **STSJ de 23 de marzo de 2012, IL J 743**, se resuelve acerca de la procedencia o no de la estimación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años por tener rentas superiores al 75 % del salario mínimo. El cómputo del importe de la indemnización de despido por encima de la indemnización legal daría como resultado la superación del umbral a partir del cual la ley entiende que no se cumple el requisito de carencia de rentas o ingresos y que por tanto no procede la concesión del subsidio por desempleo.

En el mismo sentido véase la STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2012, IL J 739, y la STSJ de Galicia de 25 de abril de 2012, IL J 998.

## 2. JUBILACIÓN

### A) Jubilación contributiva

#### a) *Requisitos de acceso a la protección*

Jubilación parcial

Resulta de interés la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de marzo de 2012, IL J 927/2012**, que reconoce el derecho a la prestación por jubilación parcial de un trabajador por cuenta ajena asimilado del Régimen General de Seguridad Social, en el período de antigüedad de seis años previos, aun habiendo ejercido funciones de dirección o gerencia, y habiendo participado del capital social de la empresa.

La cuestión planteada es si nos encontramos ante un acceso legal a la prestación de la jubilación parcial, cuando en el período de antigüedad exigible en los 6 años anteriores existen períodos de trabajo por cuenta ajena asimilados (no en el momento de la solicitud, que nadie discute que es un trabajador por cuenta ajena ordinario y también con anterioridad al año 2002).

En efecto, en el supuesto de autos, en el momento de la solicitud de la jubilación parcial estamos claramente ante un trabajador por cuenta ajena del Régimen General Ordinario, siendo que la circunstancia discutida lo es respecto del período de situación del trabajador del Régimen General por cuenta ajena asimilado que va desde el 2001 al 2009 para la empresa. En la sentencia se establece que, aun existiendo datos específicos respecto de su participación del 14,28% del capital social y constando su nombramiento de vocal del Consejo de Administración, no por ello lleva implícito que la inexistencia de

consejero delegado suponga un ejercicio de facultades directivas y de gerencia que deba quedar al margen del ámbito laboral y de Seguridad Social, como si fuese mercantil, máxime cuando nadie ha ocultado su carácter de asimilado a cuenta ajena y sus cotizaciones en el régimen general. El dato jurídico de inclusión en una actividad laboral asimilada a la de cuenta ajena no debe impedir legalmente la posibilidad de acceso a la jubilación parcial en referencia al período de antigüedad exigible que recoge novedosamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificando el art. 10 del RD 1131/2002, por cuanto allí tan solo se exige acreditar tal período de antigüedad inmediatamente anterior a la fecha de jubilación parcial computando la antigüedad acreditada en la empresa o en las anteriores, si ha existido sucesión o grupo. Una interpretación literal no produce la exclusión de cualquier trabajador por cuenta ajena asimilado, sino que, muy al contrario, advierte del cómputo de antigüedad que se producirá de manera ininterrumpida, aunque lo fuese con el carácter de asimilado, que tan solo supone la exclusión específica de las prestaciones de desempleo y del FOGASA, pero no las propias de la jubilación ordinaria y/o parcial.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la temática concreta del ámbito de las zonas grises del contrato de trabajo para el trabajo de socios que atiende al factor «cuota de participación» en sociedades por acciones del socio empleado (SSTS de 27 de junio de 1989, 18 de marzo de 1991 y 29 de enero de 1997) o en su caso a la aportación de trabajo de «socios industriales» en sociedades civiles (SSTS de 12 de julio de 1983 y 4 de julio de 1987).

También en un supuesto de jubilación parcial se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo, rcud., de 31 de mayo de 2012, IL J 795/2012**, que deniega el derecho a la jubilación parcial por no reunir el período mínimo de carencia, no siendo posible, a estos efectos, completar las cotizaciones con las efectuadas a clases pasivas.

En el supuesto que resuelve esta sentencia se plantea el reconocimiento de la prestación de jubilación parcial, que había sido denegada en vía administrativa por no reunir la carencia necesaria y, además, porque el relevista contratado por la empresa no ocupaba puesto igual o similar al del demandante. Para el cómputo de la carencia, la Entidad Gestora no tuvo en cuenta las cotizaciones efectuadas al Régimen de Clases Pasivas, resultando insuficientes las correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social.

En suma, se trata de decidir si cabe el cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen General de la Seguridad Social y el de Clases Pasivas a efectos de acceder a la pensión de jubilación parcial en el primero de ellos.

El RD 691/1991 constituye la norma de desarrollo prevista en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, para la regulación del cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos y los distintos regímenes integrados en el sistema de la Seguridad Social. Se trata de una norma de coordinación entre el Régimen de Clases Pasivas y los regímenes del Sistema de Seguridad Social, que, no obstante, no afecta a la coordinación de estos últimos entre sí, que se rige por su propia legislación (art. 1.1 RD 691/1991). Ahora bien, el cómputo recíproco de cuotas de Clases Pasivas y de los regímenes del Sistema de Seguridad Social se ciñe solo a las «pensiones de común naturaleza que estén comprendidas en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate» (art. 2.1 del RD 691/1991), por lo que queda excluida la pensión de jubilación

parcial del sistema de la Seguridad Social, regulada por Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre y las prestaciones en favor de familiares.

Recuerda la Sentencia que la Ley 7/2007 (EBEP) no derogó íntegramente la Ley 30/1984, y, en particular, dejó vigente su Disposición Adicional 5.<sup>a</sup>, de la que el RD 691/1991 constituye su plasmación reglamentaria [Disposición Derogatoria Única a) del EBEP]. De ahí que afirme que, con carácter general, el citado RD 691/1991 sigue siendo la norma de coordinación entre los regímenes a los que se circunscribe su ámbito objetivo. Solo la consideración de que la regla de exclusión ha perdido vigencia, como entiende la sentencia de contraste, permitiría admitir la solución postulada por la demanda inicial.

En el art. 14.n) EBEP se declara el derecho a la jubilación entre los derechos de los funcionarios, y en su art. 67 se enumeran las distintas modalidades de jubilación, haciéndose referencia expresa a la jubilación parcial en el apartado 1.d). Esta posibilidad legal de jubilación parcial no existía hasta ese momento. Sin embargo, pese a tal previsión, no se ha producido el desarrollo posterior de esta disposición de rango legal. No puede extenderse a los funcionarios públicos sujetos al Régimen de Clases pasivas la regulación de la jubilación parcial contenida en el art. 166 LGSS y en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, expresamente diseñado para los trabajadores «incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar» (art. 1.1 del RD 1131/2002).

En consecuencia, la Sentencia afirma la vigencia formal de la exclusión de la jubilación parcial en el cómputo recíproco de cuotas, dispuesta en el art. 2.2 del RD 691/1991, declarando que se mantiene la exclusión de esta protección para los afiliados a dicho régimen, aun cuando exista una previsión legal, en el EBEP, que apunte a la posibilidad de acceso de los funcionarios públicos a esta modalidad de jubilación, al no existir norma que desarrolle la cobertura de tal contingencia ni los mecanismo de efectividad de la situación y no serles aplicable la regulación establecida para los trabajadores que se hallan cubiertos por otros regímenes del sistema de Seguridad Social, en la que no están equiparados los funcionarios públicos (*vid.* STS/Pleno de 22 de julio de 2009, rcud. 3044/2008).

En definitiva, declara la Sentencia que en nuestro Ordenamiento Jurídico actual la modalidad de jubilación parcial «solo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (art. 166.2 LGSS), desarrollada reglamentariamente en la actualidad en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, para los trabajadores por cuenta ajena (art. 12.7 ET)» (STS de 22 de julio de 2009 citada, reiterada luego por las SSTS de 3 de noviembre —rcud. 807/2009—, 9 de diciembre de 2009 —rcud. 4352/2008—, 12 de mayo —rcud. 1867/2009— y 6 de julio de 2010 —rcud. 4010/2009—).

#### e) *Jubilaciones anticipadas*

Prejubilación: Naturaleza del acuerdo con la empleadora y determinación del porcentaje a aplicar sobre ella

Sobre la naturaleza del acuerdo que regula la prejubilación y el coeficiente reductor aplicable para determinar la pensión se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo, rcud., de**

**1 de diciembre de 2011, IL J 599/2012.** Más concretamente, se plantean dos cuestiones: la naturaleza extintiva, que no suspensiva, del acuerdo de 2001 que regula la prejubilación, y el porcentaje de la reducción de la pensión aplicable al caso; si bien ambos plantean una única cuestión, cual es la incardinación del supuesto de autos en la excepción de la exigencia de falta de voluntariedad para el caso de percepción de las cantidades correspondientes a la prestación de desempleo y a la cotización a la Seguridad Social en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada y posteriores a la extinción contractual, por considerar el acuerdo de 2001 un acuerdo extintivo, que no suspensivo. La cuestión litigiosa queda pues concretada «en determinar la naturaleza del acuerdo de prejubilación suscrito por el actor con el Banco», para deducir sus consecuencias.

La Sentencia considera que en el acuerdo de prejubilación, objeto de análisis, no se constata, ni siquiera literalmente, la existencia de una voluntad de temporalidad en la suspensión de las recíprocas obligaciones contractuales ni se contempla tal posibilidad. Su propia denominación como «prejubilación con posterior enlace a la situación de jubilación anticipada» así lo evidencia (el contrato quedará suspendido el 1-10-2001, y la duración de la suspensión se extenderá hasta el 1-04-2008, fecha en la, que superados los 60 años, el trabajador cumplirá 40 años de servicios en la banca). El Banco se compromete al abono al trabajador de diversas cantidades, incluso aunque prestase servicios en actividades compatibles o que no impliquen competencia con el banco y se recoge la obligación de suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social; además, el actor recibió importantes cantidades del banco que corroboran la idea de cese definitivo en la empresa.

El pacto de prejubilación en cuestión comportó el cese definitivo en la actividad por parte del demandante incentivado por la empresa alcanzando un acuerdo —cuya voluntariedad por parte del trabajador ni su validez o nulidad, por la posible inexistencia de sus requisitos esenciales para su existencia, no se cuestiona en el presente procedimiento— y que más bien tiene encaje en el art. 49.1.a) del ET. Según la Sentencia, nos encontramos ante una prejubilación que supone la ruptura definitiva del contrato aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en que se fijan las condiciones de la prejubilación.

En consecuencia, al solicitar el recurrente la jubilación anticipada cumple las condiciones exigidas para que se le aplique el menor coeficiente reductor postulado, conforme a lo dispuesto en el art. 161 bis.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Como señala esta norma, los requisitos exigidos en los apartados b) y d) del art. 161 bis.2 de la LGSS no le son exigibles al constatarse que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante contrato individual de prejubilación, abonó al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, «una cantidad que, en cómputo global, representa un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social». Acreditado por el recurrente un período de cotización de 43 años, el porcentaje tenido en cuenta por el INSS para determinar la pensión inicial concedida no es correcto, puesto que la reducción aplicable ha de ser la prevista en el apartado 4.º del penúltimo párrafo del apartado 2 del art. 161 bis, es decir, el 6% por cada año o fracción que falte para cumplir los 65 años, lo

que supone un porcentaje del 82% de la base reguladora, en lugar del 76% que le fue reconocido administrativamente.

Prejubilación: Conflicto colectivo. Plan de ayudas a la prejubilación (Plan Nacional del Carbón)

Por otro lado, la **SAN 66/2012, de 8 de junio, IL J 762/2012**, se pronuncia, en un conflicto colectivo, en relación con el Plan Nacional del Carbón, sobre el derecho de los trabajadores que accedieron a la situación de prejubilación, y que se acogieron al plan de prejubilación, a percibir las cantidades garantizadas con las revisiones del IPC.

El Plan Nacional del Carbón suscrito por el Gobierno con los agentes sociales para el período 2006-2012 contempla ayudas de prejubilación para los trabajadores que vean extinguidos sus contratos por ERE; prejubilaciones que deben ver incrementada su cuantía anualmente conforme al IPC real. El procedimiento de concesión y régimen de las citadas ayudas se instrumentó a través del RD 808/2006, que fue modificado por RD 1545/2011 suspendiendo el régimen de revalorización de las prejubilaciones con base en la política gubernamental de contención del gasto.

En el caso concreto, se pretende que se declare el derecho de los trabajadores prejubilados a seguir percibiendo las revalorizaciones. En la sentencia se estima la falta de legitimación pasiva de las empresas acogidas al Plan Nacional, ya que el Instituto para la Restauración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras se subrogó en el abono de las prejubilaciones, y se desestima la falta de jurisdicción del orden social porque, aunque las ayudas poseen naturaleza de subvención, tienen su recepción específica en acuerdos de extinción colectiva de contratos de trabajo, sin que aquí se trate de anular o modificar un reglamento sino de enjuiciarlo prejudicialmente. Se desestima la excepción de falta de acción y se estima parcialmente la demanda porque, aunque el Plan Nacional es un acuerdo de naturaleza política y no una manifestación de la negociación colectiva, las ayudas que contempla adquieren exigibilidad jurídica en virtud del RD 808/2006, que regula las bases de la convocatoria en régimen de concesión directa que, una vez establecida y distribuidas las ayudas, no puede ver alterados los términos de su concesión de modo retroactivo por el RD 1545/2011.

En opinión de la Sala, no nos encontramos ante un convenio colectivo, ni siquiera ante la más amplia negociación colectiva contemplada en el art. 37 CE. El Plan Nacional, como tantos otros acuerdos tripartitos suscritos por el Gobierno con los sindicatos y la patronal para diferentes ámbitos y materias, constituye una manifestación de la participación institucional de los agentes sociales. A esta conclusión se llega observando lo que el Tribunal Constitucional mantuvo en su momento respecto del Acuerdo Económico y Social (1984) suscrito, en su Título I, por el Gobierno con UGT, CEOE y CEPYME, que calificó como una manifestación del derecho a la participación institucional de los agentes sociales en cuyo seno se adoptan decisiones de política social o económica (STC 39/1986, de 31 de marzo).

Identificada la naturaleza jurídica del Plan Nacional y su contenido, y resultando claro que las ayudas que este contempla quedan dotadas de exigibilidad jurídica en virtud de su regulación por el RD 808/2006, el siguiente paso es analizar la naturaleza de dichas ayudas, en orden a determinar si el RD 1545/2011 podía válidamente alterar los términos de su concesión tal como ha hecho.

En primer lugar, la Sentencia considera que lo que el Gobierno comprometió en el Plan Nacional, y reguló en el RD 808/2006, son subvenciones; conclusión que se deriva de los siguientes datos: Las especiales normas reguladoras de las subvenciones de concesión directa se aprueban por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del ministro competente y previo informe del Ministerio de Hacienda (art. 28). El RD 808/2006 regula las bases de la convocatoria de ayudas de concesión directa por costes laborales destinadas a financiar procesos de reducción de plantilla mediante prejubilaciones, en las que la especialidad viene dada por el hecho de que el procedimiento de concesión se inicia a solicitud del interesado [aquí las empresas], a diferencia del procedimiento de concurrencia competitiva que necesariamente debe iniciarse de oficio mediante convocatoria pública. Expresamente la norma reglamentaria explica que existen singulares razones de interés público, económico y social, derivadas de la necesidad de proseguir el proceso de reestructuración de la industria del carbón y del importante impacto social que conlleva, que justifican la especial regulación de estas ayudas y su régimen de concesión directa.

La cuestión debatida es, partiendo de que el RD 808/2006 contiene las bases de una convocatoria de subvenciones, si el RD 1545/2011 podía válidamente alterar los términos de su concesión.

Es conocida la reiteradísima jurisprudencia según la cual la Administración goza de discrecionalidad a la hora de fijar las bases de las convocatorias, pero una vez convocadas debe atribuir las subvenciones a quienes cumplan los requisitos (por todas, STS 25-11-03, RJ 2004/1164). Pero el conflicto que se plantea aquí supone dar un paso más, y cuestionar si la Administración goza de potestad discrecional para alterar la propia convocatoria de modo retroactivo —porque aunque la revalorización opere de año en año, las condiciones en las que debe producirse la misma estaban reguladas en el citado RD 808/2006—; cuestión para la que la Sentencia da una respuesta negativa.

La Sentencia, aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia 25-11-03, RJ 2004/1164), considera que la Administración está vinculada por la regulación con la que ella misma creó la subvención, porque ambas partes, Administración y beneficiarios, tienen que respetar sus respectivos compromisos (STS 16-6-98, RJ 1998/6322). Sólo es posible la alteración de los términos de concesión por razones presupuestarias, cuando se agota la partida destinada a la cobertura de esta subvención (SSTS 2-11-93, RJ 1993/8743, 16-12-96, RJ 1996/9743, 14-5-09, RJ 1999/5199, y 15-11-05, RJ 2005/9879) —lo que aquí no se ha acreditado—, o bien por otras causas que la propia convocatoria contemple. Respecto de esto último, el RD 808/2006, en coherencia con lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley General de Subvenciones, vinculó las ayudas a la autorización de la Comisión Europea y a las condiciones establecidas por ella para su otorgamiento (Disposición Adicional Primera), pero el RD 1545/2011 reconoce expresamente que la Decisión 2010/787/UE no altera las condiciones, siendo el único motivo por el que se modifica el régimen de revalorización comprometido «el actual contexto económico y la necesidad de contribuir en la reducción del gasto público»; es decir, una voluntad de contención del gasto, que desde luego no puede identificarse sin más con el agotamiento de las partidas destinadas a hacer frente a este específico compromiso.

Por lo expuesto, concluye la Sentencia que no es posible la alteración de los términos en los que el RD 808/2006 concedió las subvenciones, y menos cuando, como es el caso,

esos términos han condicionado la conducta de empresas y trabajadores, habiéndose suscrito acuerdos extintivos de regulación de empleo. Acuerdos que fueron convenientemente autorizados por una Administración que no puede apartarse de sus propios actos sin que se hayan declarado lesivos en los términos del art. 103 Ley 32/1990.

Por último, en la Sentencia se advierte que la situación de los trabajadores que se perjudicaron antes de la entrada en vigor del RD 1545/2011 es distinta de la de quienes lo hicieron una vez vigente el cambio reglamentario. Los primeros accedieron a la extinción contractual en virtud de acuerdos colectivos y autorizaciones administrativas que se basaron en unas condiciones que la Administración no puede alterar retroactivamente, pero para los segundos, en cambio, las bases de la convocatoria ya habían cambiado, de modo que los términos tenidos en cuenta a la hora de suscribir los correspondientes pactos extintivos y de otorgar las correlativas autorizaciones administrativas no se han visto posteriormente alterados.

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

##### b) *Requisitos del beneficiario*

La **STS de 2 de julio de 2012, IL J 971/2012**, mantiene la doctrina relativa a la improcedencia de la denegación de la prestación de IP por no hallarse el interesado al corriente en el pago de cuotas del RETA, en los casos en que la solicitud y reconocimiento no se hace en dicho Régimen y no se computan las cotizaciones del RETA al Régimen General, en el cual se solicita la prestación [en idéntico sentido, SSTS de 26 de julio de 2011, de 21 de enero de 2012 y de 21 de junio de 2012]. Ello sobre la base de lo dispuesto en el art. 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y en el art. 67 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, que regulan el cómputo de cotizaciones a otros regímenes en el régimen especial de trabajadores autónomos, y sobre la base de los cuales el TS declara que «las prestaciones, inicialmente, se causan por el régimen en el que el trabajador se encuentre de alta al tiempo de causarse la prestación protegida, la incapacidad permanente en el presente caso, siempre que el beneficiario reúna en él todos los requisitos necesarios para causarla, incluido el período de carencia exigible, sin que se acuda al cómputo de otras cotizaciones y a normas aplicables en otros regímenes más que cuando sea preciso para cubrir el período de carencia o incrementar el porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar el importe de la pensión, cual muestran el n.º 2 del citado art. 35 y dispone el art. 4.1 del RD 691/1991 que dice que los períodos de cotización acreditados en otros regímenes “podrán ser totalizados a solicitud del interesado... para la adquisición del derecho...”, precepto cuyo n.º 2 reitera que la pensión será reconocida por “el régimen al que el causante hubiera efectuado las últimas cotizaciones”, lo que evidencia que el cómputo de las cotizaciones y normas de los diferentes regímenes a los que se haya cotizado sólo será preciso cuando el beneficiario lo pida, cuando necesite su cómputo para acreditar el período de carencia exigido o para que el porcentaje a aplicar a la base reguladora para fijar la pensión sea superior». En aquellos supuestos, igual que en éste, se hacía necesario abordar la interpre-

tación de la controvertida Disposición Adicional 39.<sup>a</sup> LGSS, que establece: «En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena»; a tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta. El examen detallado de la Disposición Adicional 39.<sup>a</sup> LGSS llevó a concluir al TS a que ésta «se limita a reiterar la obligación que tienen los trabajadores por cuenta propia, autónomos responsables del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, de estar al corriente en el pago de las cotizaciones a su cargo para causar las prestaciones del sistema, como requiere el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970». Seguidamente, insiste que esa obligación es exigible, no sólo para causar las prestaciones por el régimen especial de los trabajadores autónomos, sino, también, cuando la prestación se causa por un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, siempre que se computen las cotizaciones del RETA, cual muestra el que diga que esa obligación subsiste «aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones...», con lo que viene a reconocer que el requisito de estar al corriente no es exigible al trabajador autónomo que causa la prestación en el régimen general y no precisa el cómputo de las prestaciones que realizó al régimen de trabajadores autónomos para generar ese derecho, máxime cuando en la fecha del hecho causante se encontraba de alta en el régimen general, en el que reunía todos los requisitos exigidos para causarla.

*c) Prestaciones económicas*

a') Clases y cuantía de las prestaciones

El art. 101 trLGSS/1974 [no afectado por la disposición derogatoria única, apartado a), 2 del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, del nuevo texto refundido de la LGSS], establece que la asistencia sanitaria se prestará al titular y a los beneficiarios a su cargo, con la extensión, duración y condiciones que reglamentariamente se determinen para las distintas contingencias constitutivas del hecho causante. En desarrollo de dicha prescripción legal, y por lo que concierne a la asistencia sanitaria consecuencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que se rige por el principio de reparación integral del daño, el art. 10.1 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, establece que tendrán derecho a la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional todos los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en este Régimen General; a lo que el art. 11.2 de la misma norma reglamentaria establece que durante el período de asistencia sanitaria deberá realizarse, como parte de la misma, el tratamiento de rehabilitación necesario para lograr una curación más completa y en el plazo más corto u obtener una mayor aptitud para el trabajo; asimismo se precisa que este tratamiento podrá efectuarse también después del alta con secuelas o sin ellas, y siempre que permita la recuperación más completa de la capacidad para el trabajo en relación con los Servicios Sociales correspondientes.

En los casos en que el trabajador incapacitado no sea susceptible de una recuperación profesional, lo que ocurre en el supuesto en que el trabajador ha sido declarado afecto de una gran invalidez, aquel tiene derecho a que se le apliquen medidas sanitarias y de todo orden de rehabilitación o recuperación en los términos previstos en el art. 32 de la Orden de 15 de abril de 1969, que determina el derecho del trabajador a recibir los tratamientos especializados de rehabilitación y readaptación no profesionales dirigidos a su recuperación fisiológica y funcional, que su estado físico permita y aconseje; remitiendo el apartado 2 del precepto, en cuanto a la dispensación de los tratamientos, a lo previsto en los números 2 y 3 del artículo 28 de dicha norma. Finalmente, el art. 28.2 citado establece: «Los tratamientos sanitarios se prestarán en régimen ambulatorio o de internado, en los servicios sanitarios propios o concertados de la Seguridad Social, así como, en su caso, en los de las Mutuas Patronales o Empresas, debidamente coordinados». Esta previsión de que los tratamientos sanitarios se lleven a cabo en centros médicos y hospitalarios propios o concertados de la Seguridad Social o pertenecientes a la Mutua responsable es coherente con lo prevenido con carácter general en el art. 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y con el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

De lo expuesto con anterioridad, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de diciembre de 2011, IL J 699/2012**, considera que la pretensión de que el tratamiento rehabilitador que pueda precisar el trabajador accidentado necesariamente debe llevarse a cabo en centro hospitalario privado de su elección carece de toda apoyatura legal. Ello no supone negar el derecho del trabajador a recibir la rehabilitación pertinente, sino que se condiciona a que se lleve a cabo, si fuera necesaria, en un centro sanitario de la red de salud pública, o en un centro sanitario perteneciente a la Mutua, o concertado con ella.

Frente a la invocación de la doctrina de los propios actos (*venire contra factum proprium non valet*) para sostener la pretensión, aduciendo la parte recurrente que fue la Mutua la que autorizó el traslado del trabajador accidentado al centro hospitalario en el que actualmente se encuentra, y sufragó los gastos de asistencia (creando con ello la confianza de que dicha Mutua seguiría abonando dichos gastos de asistencia hasta que el hospital privado cursara el alta médica del demandante), el TSJ de Castilla-La Mancha sostiene que dicha doctrina se concreta: en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que causen estado —definiendo inalterablemente la situación jurídica— por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006). Pero tal doctrina no la considera aplicable al caso, pues se considera probado que la Mutua expresamente condicionó y limitó el abono de los gastos de asistencia en el centro privado hasta que el INSS resolviera definitivamente sobre la gran invalidez que afecta al trabajador, en cuyo momento dejaría de abonar cualquier factura del hospital privado, reservándose incluso el derecho a revocar la autorización en cualquier momento.

*e) Compatibilidad e incompatibilidades*

La STS de 22 de mayo de 2012, IL J 788/2012, mantiene el criterio jurisprudencial de que en situación de IPT para la profesión habitual el desarrollo de la «segunda actividad» no es determinante para la declaración de no afecto de IPT tras revisión por mejoría, sino que a estos efectos ha de valorarse el conjunto de funciones que objetivamente integran la profesión (en este caso de bombero). La cuestión se resuelve con arreglo a la doctrina hasta ahora observada, acerca de la problemática que se crea en los casos de trabajos con importantes exigencias físicas y comportadores de riesgos, cuando el afectado es destinado por su empleadora a la denominada «segunda actividad». La sentencia del STS de 25 de marzo de 2009, y a propósito de una resolución que había considerado que la valoración de la proyección funcional de las lesiones puede operar también considerando el ámbito de funciones que corresponde a la segunda actividad, en la medida en que ésta se integra en la profesión de policía local y presenta «menores requerimientos», está operando un criterio que se opone al art. 137.2 LGSS, tal como ha sido interpretado en supuestos semejantes al presente por las SSTS de 23 de febrero de 2006, 10 de junio de 2006 y 10 de junio de 2008. En dichas sentencias se establece que hay que tener en cuenta, a efectos de la calificación de IP, todas las funciones que integran objetivamente la «profesión», y que en el caso de los policías locales el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, a la hora de determinar la marca de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual. Por ello, no considera adecuado que la sentencia recurrida no haya aplicado este criterio y hubiera valorado las lesiones del empleado considerando, de manera exclusiva o, al menos, fundamental su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad, es por lo que procede la estimación del recurso [en la misma dirección, STS de 2 de julio de 2012, IL J 902/2012].

#### 4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

##### **B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos**

*a) Viudedad*

La cuestión que se plantea y se resuelve en las SSTS de 10 y de 30 de mayo de 2012, IL J 638/2012 y 793/2012, y que ya ha sido tratada en estas páginas en comentarios a sentencias anteriores, versa sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión al sobreviviente (en un supuesto en el que la actora había convivido con el causante —acreditada con certificado municipal—, pero sin haberse inscrito como pareja de hecho). Esta cuestión interpretativa surge de la redacción del art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social establecida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

El fundamento de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, y que hemos compartido en números pasados de esta revista, se puede sintetizar en los siguientes puntos: a) los

requisitos legales de «existencia de pareja de hecho» y de «convivencia estable y notoria», establecidos ambos en el vigente art. 174.3 LGSS, son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; b) las reglas de acreditación de uno y otro requisito, en el mismo precepto legal, son asimismo diferentes; y c) la «existencia de pareja de hecho» debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado art. 174.3 LGSS, bien mediante «inscripción en registro específico» de parejas de hecho, bien mediante «documento público en el que conste la constitución» de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.

En relación a los dos requisitos, la **STS (Sala 4.ª) de 11 de junio de 2012** aún va más allá en explicación del mal redactado precepto legal, al advertir que la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas», y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho —pensión— únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho». Por lo que concluye que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, como es la existencia de la «pareja de hecho», tal como pudiera deducirse de lo que el propio Tribunal Supremo afirma que es la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho; y b) la formal —*ad solemnitatem*— de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio).

La Disposición Transitoria Décima octava de la LGSS, añadida por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, establece una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008; en concreto establece que el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones que enumera. Teniendo como referencia dicha disposición.

Sobre la base de dicho precepto, la cuestión planteada en la **STS (Sala 4.ª) de 11 de junio de 2012** consiste en determinar si dicha disposición transitoria de la Ley General de la Seguridad Social es aplicable a supuestos contemplados en ella, cuando la pretensión reclamando la pensión de viudedad se ejercitó antes de la vigencia de esa norma, incluso a casos en los que cuando entró en vigor ya había recaído en la instancia sentencia desestimando la demanda y el litigio estaba pendiente de recurso de suplicación, y la respuesta ha de ser positiva, por lo que es posible aplicar a los asuntos en trámite las modificaciones legales introducidas en el régimen jurídico de la pensión de viudedad por la Ley 26/2009, cuando, como aquí acontece, se reúnen los requisitos exigibles, y es que acertadamente

argumenta que no aceptarlo sería contrario a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.2 de nuestra Constitución proclama y garantiza; continúa argumentando, que los órganos jurisdiccionales deben aplicar a las circunstancias del hecho causante, según lo acreditado, las normas legales aplicables en el momento de enjuiciar y dictar su resolución, siempre que, como acontece en el supuesto que juzga, no ocasionen indefensión a ninguna de las partes.

En definitiva, no se puede imponer al solicitante de la prestación la exigencia de efectuar una nueva solicitud, porque tal solución resulta contraria a la garantía de la tutela judicial efectiva. Y es que es doctrina ya consolidada del alto tribunal que los órganos jurisdiccionales deben aplicar a las circunstancias del hecho causante todas las normas legales aplicables en el momento de enjuiciar y dictar la resolución judicial, siempre que con ello no se genere indefensión a ninguna de las partes.

La controversia litigiosa que aborda la **STSJ de Aragón 261/2012, de 23 de mayo**, radica en determinar si, en caso de separación o divorcio sin pensión compensatoria, la condición de víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio, que permite que las mujeres devenguen la pensión de viudedad *ex art.* 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, puede acreditarse mediante cualquier medio de prueba. La respuesta ya ha sido dada recientemente por el Tribunal Supremo (STS de 26 de enero de 2011), en la que se recoge que la situación que ponga de manifiesto la violencia de género se puede acreditar a través de: orden de protección dictada a su favor, o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como «por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho» (en el supuesto que enjuicia el Tribunal Superior de Justicia de Aragón quedó probado mediante dos sentencias penales que el esposo de la demandante agredió, amenazó e insultó a la actora, además, y mediante un informe de la Casa de la Mujer del Ayuntamiento, se acreditaba que la accionante fue atendida «por una situación de violencia de género»).

La citada excepción de tener reconocida la viuda separada o divorciada la pensión compensatoria pretende beneficiar a las mujeres que han sido víctimas de violencia de género, existiendo un nexo entre dicha violencia y la separación o divorcio, patentizado en la exigencia de que esta violencia exista en el momento de la separación o divorcio, y es que si la mujer no hubiera sido víctima de violencia de género y no se hubiera separado o divorciado, al fallecer su marido hubiera devengado la pensión de viudedad, de tal manera que, como afirma la sentencia que comentamos, no se debe hacer de peor derecho a la mujer víctima de violencia de género que, ante dicha situación, se separa o divorcia, por lo que no debe exigírsele el requisito relativo a la pensión compensatoria.

La cuestión novedosa que se recoge en el relato de los hechos de la sentencia que comentamos, pero que puede ser común en estas situaciones, es que la demandante era víctima de violencia de género cuando se dictó la sentencia de separación, pero posteriormente, cuando la convivencia matrimonial ya estaba rota, se dictó sentencia de divorcio, sin que en dicho momento se haya probado que continuase la violencia de género; sin embargo, como acertadamente argumenta el juzgador, ello no debe impedir el reconocimiento de la pensión de viudedad porque ésta existía cuando se separó, y es que la interpretación literal y teleológica del art. 174.2 de la LGSS apoya esta conclusión porque se refiere alternativamente al «momento de la separación judicial o el divorcio», por lo que,

al haberse acreditado la existencia de violencia de género en el momento de la separación, forzoso es concluir que concurren los requisitos para el devengo de esta pensión de viudedad.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ  
M.<sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA  
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES  
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS  
JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA  
SUSANA DE LA CASA QUESADA

## XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

---

### SUMARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES.
  2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
    - A) **Procedimiento sancionador.**
    - B) **Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza.**
    - C) **Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.**
- 

#### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral han aparecido en los últimos meses, en concreto los publicados en la *Revista de Información Laboral*, números 7, 8 y 9 de 2012. En todo caso, con carácter preliminar, interesa destacar un pronunciamiento del TSJ de Madrid. Se trata de la **STSJ de Madrid**, Sala de lo CA, **de 16 de abril de 2012, IL J 932/2012**, dictada al hilo de unas de liquidación en las que se discuten unas diferencias de cotización que afectan a un sujeto en el que concurre un doble vínculo, laboral y mercantil, con su empleadora, una agencia de seguros; en concreto, se trata de un «gestor de equipo» que percibe de la empresa un salario, incluido por la empresa en la base de cotización mensual, y unas comisiones por el contrato de agencia que, calificadas de mercantiles por la empresa, se declaran anualmente como tales en la Agencia tributaria sin integrarlas en la base de cotización.

En este contexto, la administración no duda de la admisibilidad de la existencia de un doble vínculo entre la empresa y el trabajador. Ahora bien, lo que se discute es que parte de las percepciones calificadas por la empresa como mercantiles tienen, en realidad, la condición de retribuciones derivadas del contrato de trabajo y deberían incluirse en la base de cotización. Así sucedería con las «percepciones económicas no derivadas de la gestión de la propia cartera de clientes del gestor de equipo» que, a juicio de la administración, cuando se perciben por la gestión compartida con sus agentes estarían excluidas de la relación mercantil y, en realidad, derivarían del contrato de trabajo. La sala no comparte este criterio:

«... en primer lugar porque como hemos dicho los contratos de agencia de seguros de los gestores ya recogen expresamente que el Agente podrá realizar su actividad, por mediación exclusiva o mediación compartida con su equipo comercial, por lo que ambas mediaciones están incluidas en el contrato de agencia y ambas tienen carácter mercantil, teniendo siempre dicho carácter el contrato de agencia de seguros; en segundo lugar porque, pese a lo que sostiene la Inspección, las funciones realizadas por los gestores en la mediación compartida no tienen encaje en las establecidas en sus contratos de trabajo (que son captar nuevos agentes, llevar el control de la producción de los Agentes de seguros de su equipo, así como del estado de sus cuentas y liquidaciones, instruir a sus agentes en los sistemas y normas de producción de la compañía, con asesoramiento continuo a los mismos y cualquiera otros servicios análogos referidos a la producción, así como nuevas formas de venta, estudios de mercado y demás), ni en las genéricas de inspección, organización y producción comercial establecidas para el Grupo Profesional II por el Convenio Colectivo General de ámbito estatal para las entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, que no incluyen firmar documentos contractuales con los clientes junto con los agentes, ni atender a los clientes, ni gestionar los rescates solicitados por el tomador, ni hacerse cargo de las pólizas de los agentes a su cargo cuando se produce su baja temporal o definitiva, actuación que está acreditado realizan de la prueba documental aportada por la actora, y que la TGSS no niega diciendo que lo hacen de forma esporádica y que tal actividad está incluida en el contrato de trabajo, tesis que no compartimos sino que entendemos que dicha actuación tiene lugar precisamente en el marco de su contrato de agencia, siendo así además que el art. 2.1 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, se refiere en sentido amplio a cuáles son las actividades mercantiles de mediación de seguros refiriéndose no solo a la venta de seguros sino también a los trabajos previos a la contratación y a la posterior asistencia a los tomadores y asegurados de la póliza al decir “A tales efectos, se entenderá por mediación aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro”; en tercer lugar porque las comisiones que perciben los gestores de equipo tanto por las pólizas que ellos producen de forma exclusiva como por las producidas por su equipo de agentes están vinculadas a la prima pagada por el tomador y al número de pólizas realizadas, cobrando su comisión en función de la producción realizada, asumiendo el riesgo y ventura de la operación y si la operación se anula ó cancela antes del año, la cantidad percibida por tal operación se descuenta en la siguiente liquidación y no consta realicen tal actividad por cuenta y bajo dependencia, dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa».

## 2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Procedimiento sancionador

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, de entrada hay que destacar la **STSJ de Madrid, Sala CA, de 16 de abril de 2012, IL J 986/2012**, en la que, entre otras cosas, se vuelve sobre la interpretación de las previsiones contenidas en la LISOS y en el RD 928/1998, relativas a la interrupción de la prescripción de las sanciones por concurrencia de un proceso penal; en concreto, el punto controvertido es el relativo al reinicio del cómputo de la prescripción.

Al respecto, el art. 7.2 RD 928/1998 señala que, una vez suspendido el cómputo de la prescripción por la suspensión derivada del traslado de culpa al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional, el cómputo de ésta se reanuda, bien cuando se notifique a la Administración la resolución judicial que recaiga, bien cuando el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercitar la acción penal. Así las cosas, la administración y la sentencia apelada sostenían que el mencionado precepto daba pie para entender que el plazo se podía reiniciar cuando el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento de las actuaciones penales, algo que no comparte la Sala, que aboga por la fecha de la notificación a la administración.

### **B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza**

Esta misma sentencia, por otra parte, nos recuerda los requisitos que deben reunir las actas de la Inspección de Trabajo para gozar de la presunción de certeza, así como su fundamento, alcance y las consecuencias que de dicha presunción se derivan:

«las actas de la inspección de trabajo, así como las promovidas por los controladores laborales (art. 52.3 de la ley 8/88, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), ya se refieran a infracciones en el ámbito laboral, ya determinen la práctica de liquidaciones de cotizaciones sociales, aparecen dotadas en cuanto a su descripción fáctica de una presunción de certeza que deriva del art. 52.2 de la citada Ley 8/88 de 7 de Abril, cuyo precedente se halla en el art 38 del Decreto 1860/1975 de 10 de Julio, posteriormente recogida en los artículos 15 y 32.1.c) del Real Decreto 928/1998 de 14 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, y su última actualización en el art 53.2 del nuevo Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de Agosto, con vigencia a partir del 1 de Enero del 2001. Respecto de esa presunción la doctrina jurisprudencial, de las que, entre otras, son exponentes las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1995, 19 de Enero de 1996, 27 de Mayo y 22 de julio de 1997 y 4 de Marzo de 1998 la basan en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al funcionario público actuante; presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, ya que el citado art 52.2 de la Ley 8/88 se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario, si bien queda limitada a solo los hechos que por su objetividad hubiera percibido directamente el inspector o controlador laboral, o a aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de medios de prueba referidos en la propia acta».

### **C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: infracciones en materia de prevención de riesgos laborales**

En fin, la STSJ de Madrid, Sala CA, de 16 de abril de 2012, IL J 986/2012, también resulta de interés en cuanto a la aplicación práctica de la infracción contenida en el art. 12.14 LISOS (no adoptar el empresario titular del centro de trabajo las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos existentes y las medidas de

protección, prevención y emergencia, en la forma y con el contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales). El interés de este pronunciamiento estriba en que, a pesar de la existencia de una imprudencia por parte del trabajador accidentado (no cortó la corriente ni verificó la ausencia de tensión), las circunstancias concurrentes conducen a confirmar la sanción, pues el error de éste estuvo propiciado por una pluralidad de causas ajenas a él:

«Ni la contratista de las pruebas, ni la empresa principal habían evaluado el riesgo específico de contacto eléctrico en las pruebas de verificación de cuadros y equipos de baja tensión, ni, en consecuencia, planificadas medidas concretas para evitarlo o controlarlo, ni informado a los trabajadores de la contratista sobre los riesgos específicos de este trabajo y las medidas preventivas concretas a adoptar.

— No se había elaborado un procedimiento de seguridad y salud que señalara el método de trabajo a emplear y los equipos y materiales de trabajo y protección a utilizar para proteger a los trabajadores frente al riesgo de contacto eléctrico.

— El método de trabajo utilizado era incorrecto, al trabajar en tensión. La instalación de los tres interruptores trifásicos anuló de hecho la advertencia de la baliza de señalización de la plataforma de pruebas, que estaba siempre encendida y dificultó el acceso inmediato a su parada de emergencia. Además produjo que pudieran estar abiertos a la vez varios de ellos, y por tanto en tensión, con riesgo de contactos eléctricos directos, e inducir a error en el que se estaba trabajando, por falta de señalización de paso de corriente.

— La prevención de riesgos laborales no se había integrado en la actividad de pruebas de los cuadros y equipos eléctricos, pues ni los mandos de la contratista de las pruebas y ni los de la empresa principal habían asumido función alguna de organización, orden, control y coordinación de la prevención de dicho puesto de trabajo.

— La empresa principal, titular del centro de trabajo, no había adoptado las medidas necesarias para que la empresa contratista de las pruebas, que desarrollaba éstas en dicho centro, recibiera la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en él relacionados con las pruebas, y con las medidas de protección y prevención correspondientes, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

— Ni la contratista de las pruebas ni la empresa principal habían cooperado en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, en relación con los trabajos de pruebas, ni establecido los medios de coordinación necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información de los mismos a sus trabajadores.

— El trabajador carecía de equipos de protección individual.

— Las protecciones diferenciales de la plataforma de pruebas no se dispararon por el propio aislamiento parcial de la pinza, el trabajador y el emplazamiento».

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO  
LUIS ENRIQUE NORES TORRES  
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER  
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

## XII. EL PROCESO LABORAL

---

### SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA.
  - A) **Entidades de derecho público. Cobertura de plazas.**
  - B) **Relación laboral. Existencia.**
    - a) Perito tasador de empresa de seguros.
    - b) Docente.
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
  - A) **Transportista autónomo.**
  - B) **Agente.**
  - C) **Perito tasador de empresa de seguros.**
4. EXCEPCIONES.
  - A) **Caducidad.**
  - B) **Cosa juzgada.**
  - C) **Prescripción.**
  - D) **Inadecuación de procedimiento.**
  - E) **Falta de legitimación activa.**
  - F) **Litisconsorcio pasivo necesario.**
5. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA.
6. SENTENCIA. INCONGRUENCIA OMISIVA.
7. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
  - A) **Desistimiento de relación laboral especial de alta dirección. Previa relación laboral común suspendida.**
  - B) **Error inexcusable.**
  - C) **Vacaciones.**
  - D) **Trabajador excedente.**
8. RECURSO DE REPOSICIÓN. DEPÓSITO PARA RECURRIR.

9. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN.
10. RECURSO DE REVISIÓN. CÓMPUTO DEL PLAZO.
11. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

---

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 6, 7, 8 y 9 del año 2012 de la *Revista Información Laboral*.

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) Entidades de derecho público. Cobertura de plazas

La **STS de 11 de julio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 978/2012, analiza la competencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación de concursos para la cobertura de plazas desde el exterior, convocados por una entidad pública empresarial o por una entidad de derecho público (ambos tipos de entidades reciben el mismo trato a efectos competenciales). El TS declara la competencia de la jurisdicción social dado que las entidades de derecho público deben, por imperativo legal, ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, lo que coloca la cuestión en el ámbito competencial del orden jurisdiccional social.

### B) Relación laboral. Existencia

#### a) *Perito tasador de empresa de seguros*

La jurisdicción social es competente para conocer de una demanda de extinción de la relación laboral planteada por un perito tasador de una empresa de seguros, cuando concurren notas de ajenidad y dependencia. La **STS de 17 de mayo de 2012**, Sala Cuarta, IL J 782/2012, estima que el trabajo de valoración de daños puede realizarse tanto en régimen laboral como en régimen de arrendamiento de servicios, situando la línea divisoria en la «integración en el círculo rector y disciplinario del empresario» o lo que la doctrina denomina como «dependencia». Si los servicios realizados por el perito —considerando factores como la ajenidad en los medios de producción, en el mercado y en la organización de la actividad productiva— se prestan en régimen de dependencia, nos encontraremos ante un contrato de trabajo, siendo competencia del orden jurisdiccional social conocer de la demanda de extinción planteada por el perito tasador.

#### b) *Docente*

La **STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2011**, IL J 678/2012, se pronuncia favorablemente sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda

interpuesta por el actor; éste impartía cursos de jardinería desarrollados de forma cíclica en un Centro Integrado de Formación Profesional perteneciente a la Consejería de Trabajo, primero mediante la suscripción de contratos laborales y, posteriormente, administrativos. En concreto, entiende el TSJ que el demandante es un trabajador fijo discontinuo, siendo competente la jurisdicción social para conocer del asunto litigioso.

### 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

#### A) Transportista autónomo

No es competente la jurisdicción social para conocer de la extinción del contrato de un transportista con vehículo propio, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la LETA. En su **STS de 19 de abril de 2012**, Sala Cuarta, IL J 621/2012, la Sala mantiene su criterio sobre la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la materia, sentado, entre otras, en sus sentencias de 11 de julio de 2011 (rcud. 3956/2010), dos de 12 de julio de 2011 (rcud. 3258/2010 y 3706/2010) y de 24 de noviembre de 2011 (rcud. 1007/2011). En concreto, el TS estima que «(...) para los contratos suscritos con anterioridad se mantiene el régimen anterior —civil o mercantil puros sin incorporación de las garantías sociales— durante los plazos que específicamente se establecen en las disposiciones mencionadas. Los contratos suscritos con anterioridad continúan aplicándose, salvo que se produzca su adaptación a la Ley, momento a partir del cual se aplicarán los preceptos de ésta, lo que sucederá también cuando hayan transcurrido los plazos, siempre que se reúnan las exigencias del art. 11 LETA y se cumpla la exigencia del art. 12.2 LETA en los términos examinados (...)». Idéntica conclusión alcanzan la **STS de 4 de abril de 2012**, Sala Cuarta, IL J 610/2012, y la **STS de 17 de enero de 2012**, Sala Cuarta, IL J 583/2012.

#### B) Agente

Sostiene la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de diciembre de 2011**, IL J 667/2012, la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda interpuesta por el actor. Éste era, según el fallo, agente de la empresa demandada, dedicándose a la promoción y venta de los libros y cursos de enseñanza a distancia comercializados por la demandada, en el marco de un contrato de comisión mercantil. El actor solicitó que se declarara la competencia el orden jurisdiccional social para conocer de la extinción de su contrato, y el TSJ consideró que no concurría la nota de dependencia necesaria para calificar de laboral su relación contractual (ni siquiera como una relación laboral especial de representante del comercio), calificando de mercantil su contrato y estimando la incompetencia del orden jurisdiccional social.

#### C) Perito tasador de empresa de seguros

La jurisdicción social no es competente para conocer de una demanda planteada por un perito tasador de una empresa de seguros cuando la relación tiene carácter mercantil. La **STSJ de Madrid de 26 de marzo de 2012**, IL J 744/2012, estima que el trabajo de valora-

ción de daños puede realizarse tanto en régimen laboral como en régimen de arrendamiento de servicios. En el caso enjuiciado —considerando factores como la percepción de cuantías muy superiores a las correspondientes a la categoría del actor en el convenio colectivo aplicable, el carácter pacífico de la situación durante años, la posibilidad de que el actor recurriera a otros peritos, la aportación de los medios materiales imprescindible para la realización de los peritajes, la organización independiente de los peritajes, la inexistencia de control empresarial y la elección de la fecha de sus vacaciones no remuneradas— el TSJ entiende que la relación es de carácter mercantil, resultando incompetente el orden jurisdiccional social para conocer de la pretensión suscitada en la demanda.

#### 4. EXCEPCIONES

##### A) Caducidad

La **STS de 13 de junio de 2012**, Sala Tercera, IL J 894/2012, en un procedimiento de impugnación de sanciones, recuerda los preceptos sobre notificaciones administrativas defectuosas. La Sala considera que no es coherente con la tutela judicial efectiva que se entienda caducada la acción cuando este defecto se produce precisamente porque la Administración no ha advertido del plazo de caducidad al que se halla sometida la acción, y de que la reclamación previa y la demanda han de presentarse dentro de ese plazo. La **STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2011**, IL J 668/2012, resume las peculiaridades del plazo de caducidad en materia de despido: (i) el primer tramo del cómputo del plazo comienza cuando el despido sea efectivo y hasta la presentación de la solicitud de la conciliación; (ii) desde que se presenta la solicitud de conciliación y hasta que se celebre el acto o transcurran quince días desde su presentación sin que se haya celebrado, el plazo de caducidad se encuentra suspendido; (iii) se reanuda el cómputo a partir del día siguiente a la conciliación (o del transcurso de quince días sin que se haya celebrado) y hasta la presentación de la demanda en el juzgado (segundo tramo). No computan (i) días inhábiles; (ii) el día de solicitud de la conciliación; (iii) los transcurridos desde esta solicitud de conciliación, con un máximo de quince; (iv) el día quince o el de la celebración de la conciliación; (v) el de la presentación de la demanda en los juzgados de lo social.

##### B) Cosa juzgada

La **STS de 14 de junio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 655/2011, estima la excepción de cosa juzgada. En el caso enjuiciado, una sentencia anterior ya había resuelto un supuesto en el que también se reclamaba un complemento de permanencia y desempeño sobre la base del mismo artículo del mismo convenio colectivo alegado por la parte actora.

##### C) Prescripción

La **STSJ de Asturias de 3 de febrero de 2012**, IL J 815/2012, estima la reclamación de indemnización con fundamento en la demora en la concesión de un traslado por concurso. La acción se encontraba suspendida hasta que adquirió firmeza la sentencia que declaraba

la antigüedad del trabajador a efectos de concursos de traslados. La **STS de 3 de abril de 2012**, Sala Cuarta, IL J 983/2012, desestima la excepción de prescripción de la acción opuesta por la empresa en un procedimiento de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia del fallecimiento del causante de los actores derivado de enfermedad profesional. Entiende la Sala que el plazo de ejercicio de la acción empieza a computar desde la resolución firme que declara que la contingencia de enfermedad y supervivencia derivaba de enfermedad profesional. En el mismo sentido, la **STSJ de Galicia de 5 de marzo de 2012**, IL J 857/2012, establece que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios coincide con la firmeza de la declaración de invalidez. En línea con la anterior, la **STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012**, IL J 713/2012, llega a la misma conclusión en un supuesto de recargo de prestaciones. En términos similares, la **STS de 17 de julio de 2012**, Sala Tercera, IL 979/2012, entiende que la acción civil de reclamación de daños y perjuicios interpuesta contra una mutua de accidentes (sin demandar a la Administración) interrumpe el plazo de prescripción. En atención a la doctrina de la *actio nata*, el plazo comenzó a contar a partir de la notificación del auto por el que se estima la declinatoria aducida de contrario y se señala como competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La **STSJ de Madrid de 16 de abril de 2012**, IL J 986/2012, analiza un supuesto de concurrencia de procedimiento sancionador y procedimiento penal y establece que, tras la suspensión de la prescripción que opera al trasladarse el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, el cómputo se reinicia con la notificación a la Administración de la resolución judicial que recaiga en el proceso penal. La **STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2012**, IL J 716/2012, analiza una reclamación de horas extraordinarias en un supuesto en el que, por sentencia anterior, se había declarado el derecho de los actores a permanecer en la empresa cedente. La sentencia establece que la impugnación de la subrogación no puede interrumpir la prescripción de la acción de reclamación de compensación de horas extraordinarias realizadas en el período de cesión. Finalmente, la **STSJ de Andalucía de 19 de abril de 2012**, IL J 987/2012, establece que, si bien la prescripción de la reclamación de cantidades queda interrumpida para la empresa cuando existe un acuerdo entre ella y el trabajador, no se interrumpe la prescripción para la reclamación al FOGASA, ya que la responsabilidad de este organismo es subsidiaria y, por tanto, aplica el art. 1975 del CC. De esta forma, el FOGASA se verá perjudicado por la interrupción de la prescripción frente al empresario deudor cuando se produzca por reclamaciones judiciales, acciones ejecutivas o reconocimientos de deudas en procedimientos concursales, pero no cuando se trate de otras formas de interrupción, como son los pactos privados.

#### D) Inadecuación de procedimiento

La **SAN de 4 de julio de 2012**, IL J 956/2012, estima la excepción de inadecuación del procedimiento en un supuesto de impugnación, por la vía del nuevo art. 124 LRJS, de un despido colectivo que se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, y autorizado por la autoridad laboral con posterioridad a esa fecha. Como quiera que a dicho despido colectivo le era de aplicación la normativa anterior, por estar en tramitación en el momento de entrada en vigor del RD-l 3/2012, no cabe impugnar el despido colectivo directamente puesto que, bajo la normativa anterior, no es una decisión autónoma del empresario sino una medida autorizada administrativamente, cuya resolución se ha de recurrir por la vía del art. 151 LRJS. La **STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de**

**2011**, IL J 694/2012, analiza una demanda de conflicto colectivo cuya pretensión era la declaración de nulidad de una convocatoria de un concurso-oposición. Estima la excepción al entender que, como a la fecha del juicio ya había concluido el proceso selectivo, existían trabajadores individualizados a los que afectaba el procedimiento, y no un «interés indivisible o indiferenciado de grupo». También en relación con un conflicto colectivo, la **SAN de 19 de junio de 2012**, IL J 760/2012, considera que el procedimiento es adecuado aunque un número reducido de trabajadores haya interpuesto demandas con idénticas pretensiones, y los procedimientos a que hayan dado lugar dichas demandas hayan finalizado con acuerdo. La **STS de 4 de mayo de 2012**, Sala Cuarta, IL J 637/2012, establece que el proceso a seguir para reclamar diferencias en la indemnización por el despido reconocido como improcedente, en base a una mayor antigüedad del trabajador respecto de la cifrada en el procedimiento por despido, es el procedimiento por despido. La razón es que la antigüedad es un elemento esencial de la determinación de la indemnización, una cuestión de fondo que, por ende, ha de dilucidarse en el proceso por despido. Recuerda la sentencia que, en el caso de que la discrepancia en la indemnización se deba a una operación matemática, el procedimiento adecuado será el ordinario.

#### **E) Falta de legitimación activa**

La **STS de 2 de julio de 2012**, Sala Carta, IL J 901/2012, recuerda el principio de correspondencia y su aplicación para interpretar los preceptos de legitimación activa para promover conflictos colectivos. En virtud de dicho principio, el ámbito de actuación del sujeto colectivo instante del conflicto se ha de corresponder con el de afectación del conflicto mismo y de la sentencia que le ponga fin. Esta doctrina se aplica, por ejemplo, rechazando la legitimación activa de una sección sindical con un ámbito de actuación superior al de afectación del conflicto; o negando la legitimación activa de un comité de un centro de trabajo determinado en un conflicto que afectaba a toda la empresa a nivel nacional. En el caso concreto, se cuestiona por el comité de empresa de uno de los dos centros de trabajo de la empresa en una determinada provincia la interpretación del convenio de empresa de ámbito provincial aplicable. Al no aplicarse de forma distinta el convenio en uno y otro centro, la Sala estima la falta de legitimación activa del comité actuante.

#### **F) Litisconsorcio pasivo necesario**

La **STS de 25 de abril de 2012**, Sala Cuarta, IL J 632/2012, estima la excepción en un procedimiento de impugnación de un Plan de Pensiones establecido en un convenio colectivo. El sindicato actuante solo había demandado a parte de las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio, entendiéndose que, al impugnar el plan según una modificación negociada por aquellas representaciones, quedaba correctamente configurada la relación jurídico procesal. La Sala entiende legitimadas pasivamente a todas las representaciones de la comisión negociadora y estima la excepción.

### **5. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA**

La **STS de 19 de diciembre de 2011**, Sala Cuarta, IL J 598/2012, analiza la carga de la prueba sobre la existencia de un despido verbal, a fin de determinar si ésta corresponde

a la demandada o a la trabajadora demandante. En contra de lo que sentenció el TSJ en suplicación, el TS entiende que «(...) es la parte demandante la que debe probar el hecho —despido verbal— constitutivo de los efectos jurídicos que pretende (art. 217.2 LEC); sin que pueda argumentarse sobre una supuesta mayor facilidad probatoria de la empresa demandada, ya que el trabajador podría perfectamente dirigirse al empresario, por escrito o de palabra, acompañado de testigos, a raíz del despido del que afirma haber sido objeto, requiriéndole para que le admitiese al trabajo, mientras que para el empresario, en tanto no oponga un abandono del trabajador, tal prueba constituiría un hecho negativo (...)».

## 6. SENTENCIA. INCONGRUENCIA OMISIVA

En un procedimiento sobre reconocimiento de incapacidad absoluta, la **STS de 12 de junio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 887/2012, estima la incongruencia omisiva de la sentencia dictada en suplicación, por haber ésta vulnerado los arts. 218 LEC y 24.1 CE. La sentencia de instancia le reconoció una invalidez permanente total, por lo que el actor recurre en suplicación a fin de que se le termine reconociendo el grado de absoluta, insistiendo en el carácter profesional de la contingencia. El TSJ desestima el recurso y declara que la dolencia deriva de una contingencia común, sin entrar a analizar la verdadera pretensión del demandante: el grado de su incapacidad. El TS declara la incongruencia de la sentencia dictada en suplicación, razonando que «(...) la parte esencial de su pretensión versó siempre sobre la calificación de las secuelas que padece, es decir, sobre el grado de su incapacidad permanente, y es obvio que esa petición ha quedado sin respuesta en la sentencia impugnada (...)».

## 7. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

### A) Desistimiento de relación laboral especial de alta dirección. Previa relación laboral común suspendida

Se analiza por la **STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2011**, IL J 698/2012, el devengo de los salarios de tramitación en el caso de un desistimiento empresarial de un contrato de alta dirección. En el supuesto analizado, la relación laboral común previa a la promoción a alto directivo había quedado suspendida; la empresa desiste del contrato de alta dirección y cursa la baja del empleado en la Seguridad Social. Entiende el tribunal que dicha actuación evidencia una voluntad empresarial de extinguir la relación laboral común suspendida, y que esa extinción —al no fundamentarse en causa alguna— debe calificarse como despido improcedente, con condena al abono de los salarios de tramitación.

### B) Error inexcusable

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de noviembre de 2011**, IL J 653/2012, declara no excusable el error cometido por la empresa en el cálculo de la indemnización de despido improcedente de dos trabajadoras. En este caso, la demandada calculó esa indemnización

teniendo en cuenta el salario abonado, que era inferior al establecido en el convenio colectivo. En este sentido, entiende la Sala que se han vulnerado por la empresa normas mínimas indisponibles. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2012**, IL J 708/2012; en el caso enjuiciado, la consignación se realizó sin desglose de los diferentes conceptos y sin cubrir correctamente la indemnización legal de 45 días, siendo las diferencias entre lo consignado y debido consignar relevantes y no excusables (en un caso, se toma una antigüedad equivocada y, en el otro, se calculó la indemnización a razón de 33 días, cuando no le resulta de aplicación la disposición adicional primera de la Ley 12/2001). Por último, la **STS de 20 de junio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 962/2012, declara la existencia de un error inexcusable y por tanto, la condena al abono de los salarios de tramitación. En el caso enjuiciado, la empresa no siguió el módulo de cálculo establecido en el art. 56.1.a) ET, esto es, para todo el tiempo de servicios inferior a un año habrá que prorratear en todo caso por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Es más, la empresa prescindió del cómputo de los días de exceso que no llegaban a un mes. Igualmente, (i) la empresa pudo subsanar el error en la conciliación administrativa, lo que no hizo, y (ii) la diferencia de cuantía no era despreciable teniendo en cuenta el monto total de la indemnización —en todo caso, para el TS resulta claro que el criterio de la escasa cuantía conecta con un error de tipo aritmético pero no con un error que, como ocurre en este caso, deriva de un desconocimiento de la interpretación jurídica dada por la jurisprudencia al contenido del art. 56.1 ET—.

### C) Vacaciones

Resulta de interés la **STS de 12 de junio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 889/2012. Pretendía el trabajador despedido tener derecho al percibido de liquidación de vacaciones por dos períodos distintos: El primero, por las no disfrutadas hasta la fecha del despido y, el segundo, por las no disfrutadas durante la tramitación del proceso de despido que finalizó con declaración de improcedencia y opción por el abono de la indemnización. Pues bien, declara el TS no haber lugar a ese segundo período proporcional de vacaciones, toda vez que el contrato de trabajo quedó extinguido con efectos del día del despido. Así, razona el TS: «(...) El despido y el tiempo de abono de salarios de tramitación que le siguen no puede equipararse a una ausencia al trabajo por motivos independientes a la voluntad del trabajador, porque, como se ha dicho reiteradamente, la relación de trabajo se extinguió y ese acto declarado improcedente determinó el pago de la indemnización de 45 días por año de antigüedad más los salarios de tramitación, y por ello no se puede equiparar a estos efectos a tiempo real de trabajo que exija el descanso vacacional correlativo (...)».

### D) Trabajador excedente

La **STS de 11 de junio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 884/2012, analiza el derecho de un excedente no readmitido a devengar el pago de salarios de tramitación, con cita expresa de la reciente STS de 19 de diciembre de 2011 (rcud. 218/11), cuyo tenor literal es el que sigue: «(...) se llega a la conclusión de que si bien durante el período durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios pero que, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, la consecuencia es la

de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos (bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria), la Sala entiende que, rectificando la doctrina últimamente sustentada (contenida, entre otras, en las citadas SSTS/IV 26-junio-1998 —rcud 3044/1997—, 14-octubre-2005 —rcud 4006/2004—, 12- julio-2010 —rcud 3282/2009— y 3-mayo-2011 —rcud 3453/2010—), debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido (...)».

#### 8. RECURSO DE REPOSICIÓN. DEPÓSITO PARA RECURRIR

La **STSJ de Extremadura de 31 de enero de 2012**, IL J 806/2012, desestima el primer motivo del recurso de suplicación en un procedimiento de reclamación de cantidad. En aplicación del art. 191.a) LPL, la actora solicita la reposición de los autos. Ante el recurso de reposición instado por la contraparte, considera que la falta de constitución de depósito en la fecha de su interposición constituye una infracción de las normas procesales. El TSJ recuerda que, para acordar la reposición de los autos, es necesaria (i) la infracción de normas o garantías del procedimiento, (ii) que la infracción produzca indefensión, y (iii) formular protesta en tiempo y forma. La controversia radica en la interpretación de la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, que exige la consignación de un depósito de 25 euros para la interposición de un recurso contra una resolución judicial que no ponga fin al procedimiento. En caso de omisión o error en la constitución del depósito, la LOPJ otorga un plazo adicional de dos días para subsanar el defecto. En este caso, el depósito no fue constituido con la interposición del recurso de reposición. No obstante, tras el requerimiento del juzgado, se constituyó depósito en el plazo adicional de dos días. La actora alega infracción de norma procesal, al entender que la constitución del depósito debía haber sido simultánea a la interposición del recurso de reposición. Para la actora, el plazo adicional de dos días únicamente permite acreditar la constitución del depósito efectuada al momento de interponer el recurso de reposición. El TSJ de Extremadura desestima el recurso de suplicación, al entender que la constitución del depósito en el plazo adicional de dos días es ajustada a derecho.

#### 9. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN

La **STS de 24 de abril de 2012**, Sala Cuarta, IL J 582/2012, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción. La sentencia del TSJ confirmó la sentencia de instancia que declaró el derecho de los trabajadores a percibir el plus de penosidad. La Sala Cuarta del TS analiza los requisitos necesarios para la viabilidad del

recurso de casación en unificación de doctrina. En este sentido, el art. 217 LPL exige que (i) exista contradicción entre sentencias de TSJ dictadas en suplicación, (ii) las sentencias contengan pronunciamientos contradictorios, (iii) los hechos, fundamentos y pretensiones deben ser sustancialmente iguales en ambos casos. La Sala Cuarta no aprecia identidad en los hechos de la sentencia recurrida y la sentencia de contraste. En concreto, en los hechos de la sentencia recurrida no resulta acreditado por la empresa que la utilización de protectores auditivos por el trabajador implicara la percepción de un nivel de ruido inferior a 80 decibelios. Por el contrario, los hechos de la sentencia de contraste sí reflejan que el trabajador, con protectores, alcanzaba un nivel de ruido de 68 decibelios. En consecuencia, para el TS, la falta de identidad en los hechos de la sentencia recurrida y la sentencia de contraste determina la falta de contradicción necesaria para la viabilidad del recurso.

#### 10. RECURSO DE REVISIÓN. CÓMPUTO DEL PLAZO

La **STS de 19 de abril de 2012**, Sala Tercera, IL J 617/2012, desestima el recurso de revisión por caducidad de la acción. El recurso de revisión se interpone contra la STSJ de Islas Baleares de 17 de diciembre de 2004 que niega la condición de renta exenta prevista en el artículo 7.e) de la Ley 35/2006, por entender que no hay desvinculación laboral de los trabajadores que, tras ser despedidos, son contratados por una empresa del grupo. Para la actora, el *dies a quo* del plazo previsto en el art. 293.1) de la LOPJ computa desde el momento en que se notificaron las sentencias del TS de 7 y 16 de diciembre de 2010. Los fallos de esas sentencias, ante hechos idénticos, declaraban que hubo desvinculación laboral y, por tanto, consideraban la exención de la renta. Sin embargo, el TS considera que el plazo de tres meses computa desde el 20 de diciembre de 2004, día en que se notificó la sentencia del TSJ. Por ello, el TS concluye que el recurso de revisión se interpuso fuera de plazo.

#### 11. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La **STSJ de Extremadura de 31 de enero de 2012**, IL J 806/2012, entiende que el auto de despacho de ejecución no causa indefensión a la parte actora. El auto en cuestión estima el escrito de oposición de la ejecutada en el que alegaba compensación por haber abonado ya determinadas cantidades. En concreto, el auto despacha ejecución en el sentido de continuar con la ejecución por la cantidad reclamada por el ejecutante, compensada con la cantidad pagada por la ejecutada. La actora alega indefensión por falta de determinación de cantidad en el auto de ejecución. No obstante, para el TSJ no concurre la indefensión alegada por la actora, por lo que ordena continuar la ejecución por la cantidad fijada en el auto de instancia.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ  
DANIEL CERRUTTI BUENDÍA  
ISABEL RODRÍGUEZ LEÓN  
JORGE SERENA GARRALDA

### XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

---

#### SUMARIO

##### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN LABORAL.
    - A) **Prescripción: *dies a quo*.**
    - B) **Relación de causalidad. Exoneración de responsabilidad empresarial.**
    - C) **Responsabilidad empresarial por exposición al amianto.**
  2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
    - A) **Prescripción.**
    - B) **Incumplimiento del deber de seguridad.**
  4. RESPONSABILIDAD PENAL. INEXISTENCIA.
  5. RECARGO DE PRESTACIONES.
  6. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA.
    - A) **Azafata de vuelo.**
    - B) **Trabajadora autónoma.**
    - C) **Enfermera del Servicio Galego de Saúde.**
  7. RIESGOS PSICOSOCIALES.
    - A) **Acoso en la función pública.**
  8. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
- 

##### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en la *Revista de Información Laboral* (edición digital), números 7 (julio de 2012), 8 (agosto de 2012) y 9 (agosto de 2012).

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN LABORAL

**A) Prescripción: *dies a quo***

En la **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2012**, IL J 947/2012, se suscita el asunto relativo a la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo de un año del art. 59.2 ET para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de la exposición a amianto. La Sala recuerda que cuando no existe proceso penal previo, «la acción exigiendo responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico. Tal conocimiento no puede entenderse derivado del mero parte de alta médica, que expresará el parecer del facultativo que lo emite (...) Es cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser la consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios».

**B) Relación de causalidad. Exoneración de responsabilidad empresarial**

La relación de causalidad entre incumplimiento de alguna medida de seguridad y el resultado dañoso constituye uno de los tres factores que debe ser acreditado para la declaración de la responsabilidad contractual del empresario del art. 1101 Código Civil. En el concreto caso enjuiciado en la **STSJ de Galicia de 6 de 2012**, IL J 909/2012, se descarta dicha relación de causalidad al no haberse acreditado una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que hubiera servido para aumentar el riesgo propio del trabajo realizado, rechazándose la indemnización solicitada con base en la responsabilidad contractual. De lo apreciado por el Magistrado de instancia y no alterado por la Sala, se desprende que el accidente de tráfico sufrido por el trabajador fallecido cuando regresaba con su vehículo articulado a su centro de trabajo, tuvo por causa un exceso de velocidad «para la situación de la calzada (una velocidad de 115 km/hora, en curva orientada hacia la izquierda), siendo el factor que provocó la pérdida del control del vehículo y (la invasión del) sentido contrario al de su dirección chocando con el vehículo articulado que venía de frente, sin que nada tuviera que ver el desgaste de los vehículos, toda vez que lo afectado hubiera sido el coeficiente de rozamiento, lo que hubiera provocado que el vehículo se saliera de la curva, lo que no sucedió».

**C) Responsabilidad empresarial por exposición al amianto**

El problema relativo a la responsabilidad civil de empresario por exposición de los trabajadores a amianto sin las debidas medidas de seguridad es objeto de una triple consideración:

a) Así, en la **STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2012**, IL J 926/2012, a propósito de la reclamación de daños y perjuicios, presentada por los familiares de un trabajador fallecido a consecuencia de enfermedad contraída por su exposición al amianto. La empresa se

dedicaba a la fabricación de las juntas de estanqueidad y a la fabricación de compensadores, utilizando en la fabricación de las juntas el amianto. El trabajador realizaba labores de organización, dirección, distribución y supervisión del trabajo del taller, resolviendo los problemas que se presentaban a lo largo del proceso de producción. En enero de 2010 se le diagnosticó mesotelioma pleural maligno izquierdo. En octubre de 2010, fue declarado afecto de una incapacidad permanente absoluta. Y el 2 de abril de 2012 falleció como consecuencia de dicha patología.

La empresa pretende la exoneración de responsabilidad en la enfermedad profesional contraída por el trabajador fallecido, alegando con apoyo en la sentencia de instancia, que la obligación indemnizatoria solo surge cuando existe incumplimiento empresarial y no era posible exigir la adopción de medidas que impidieran que el actor entrara en contacto con el amianto o que éste se produjera en unos cauces seguros, puesto que no existía una regulación de su uso, desconociéndose sus perjudiciales consecuencias sobre todo en el proceso denominado friabilidad.

La Sala de lo Social desaprueba con contundencia dicha argumentación, haciendo saber a la empresa recurrente y al Juez que dictó la sentencia de instancia la existencia de reglas específicas preventivas aplicables al caso, haciendo una exposición cronológica detallada de dichas normas. Recogiendo la doctrina más reciente del Tribunal Supremo viene, en suma, a sostener que, en el caso en cuestión, la empresa no observó la legislación existente sobre la materia, por lo que su responsabilidad no es objetiva o ajena a todo cumplimiento —como había sostenido la sentencia de instancia— sino derivada de la inobservancia de esas prescripciones legales de la exposición del amianto, cuyos efectos eran bien conocidos.

b) Un supuesto de fallecimiento derivado de la enfermedad que contrajo por exposición a amianto es resuelto también en la **STSJ de 3 de abril de 2012**, ILT 983/2012. Se analiza el caso de un trabajador que prestó servicios para la empresa URALITA, S.A. desde 1946 a 1980 con categoría profesional de mecánico de mantenimiento y de reparador de averías, y a quien en 1994 se le diagnosticó de asbestosis y carcinoma escamoso de pulmón, falleciendo en 1994 a los 72 años de edad de esta enfermedad. La Sala entiende que concurre la culpa del empresario y que no puede escudarse en la inexistencia de normativa específica en materia de prevención de riesgos laborales para actividades que emplearan el amianto, pues el polvo de amianto era una sustancia que las empresas tenían obligación de evitar en orden a preservar la salud de sus trabajadores por su elevado riesgo, pues ya entonces existía conocimiento en la comunidad científica (y era de suponer que también para una empresa que empleaba el fibrocemento) sobre los efectos nocivos y las consecuencias de la exposición continuada al amianto para los trabajadores. A la empresa se imputa un incumplimiento de las medidas de seguridad tras haber quedado acreditado que en el centro de la empresa «durante los años 1974 y 1977 las concentraciones de fibra/ml de amianto superaban los valores TLV de la época; que a pesar de que en el año 1979 los trabajadores disponían de protecciones personales, no estaban homologadas; y que todavía en el año 1993, más de diez años después de que el causante cesara en la empresa, la limpieza se llevaba a cabo con escobas, observándose gran acumulación de polvo y fibra en la sección de la Máquina BEL y, sobre todo en la zona del molino». Por todo lo cual, se confirma la responsabilidad empresarial por culpa, condenando a abonar a la viuda la cantidad 81.634,87 euros y la cantidad de 9.777,59 a cada uno de sus dos hijos.

c) La **STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2012**, IL J 947/2012, analiza igualmente otro caso de trabajador fallecido a consecuencia de la asbestosis. En este supuesto, el trabajador había prestado servicios como vigilante jurado durante veinte años en lugares de entrada y salida de materiales forrados de amianto o en almacenes donde se guardaban mantas de amianto, y a consecuencia de dicha exposición al amianto contrajo veinte años más tarde una asbestosis y fibrosis pulmonar que le condujo a la muerte. El Tribunal aprecia conducta culposa o negligente de las empresas condenadas (IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES y NAVANTIA, S.A.), al no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias y adecuadas para evitar el riesgo asumido, dado el conocimiento que ya se tenía en aquella época de la toxicidad y peligro que entrañaba el amianto. Considera que esa inadecuada prestación de la deuda de seguridad constituye un incumplimiento de la obligación contractual de seguridad de los arts. 40.2, CE, 4.2 d) y 19.1 ET, 14 y 17 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, que genera la obligación de indemnizar conforme al art. 1101 CC.

## 2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

### A) Prescripción

En la **STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo) de 16 de abril de 2012** (IL J 986/2012) se plantea la cuestión relativa a la fijación de la reanudación del cómputo de prescripción de un procedimiento sancionador por concurrencia de un proceso penal. El art. 7.2 del RD 928/1998 dispone que, una vez suspendido el cómputo de la prescripción por la suspensión derivada del traslado de culpa al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional, se reanudará cuando: a) se notifique a la Administración la resolución judicial que recaiga o b) el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercitar la acción penal. La empresa sancionada considera que el art. 7.2 permite entender que el cómputo de la prescripción del plazo se reinició cuando el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento de las actuaciones penales (23 de febrero de 2004) y no en la fecha de notificación a la Administración del Auto judicial de sobreseimiento y archivo de 1 de marzo de 2004 (5 de noviembre de 2007). Sin embargo, la Sala de lo Contencioso no comparte este criterio y estima que la referencia del citado artículo 7.2 a que «el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercitar la acción penal» se refiere a aquellos supuestos en los que no se inicia el proceso penal, lo que no es el caso.

### B) Incumplimiento del deber de seguridad

En la referida **STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo) de 16 de abril de 2012** (IL J 986/2012) se confirma la sanción de multa impuesta a la empresa por la comisión de una falta tipificada como grave por no adoptar el titular del centro las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores recibiesen la información e instrucciones necesarias sobre los riesgos existentes y las medidas de protección, prevención y emergencia, en la forma y con el contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

#### 4. RESPONSABILIDAD PENAL. INEXISTENCIA

La **SAP de La Coruña de 30 de marzo de 2012**, IL J 259/2011, absuelve a los condenados en instancia —el encargado de obra y el recurso preventivo— en concepto de responsables de un delito imprudente contra los derechos de los trabajadores (art. 317 CP) en concurso ideal con un delito de lesiones imprudentes (art. 77 CP). Los hechos por los que se les juzga tienen que ver con un accidente acaecido cuando el trabajador, situado de pie en una escalera realizando trabajos de sellado de conductos de ventilación, se cayó desde una altura de metro y medio, sufriendo un traumatismo craneoencefálico con contusión hemorrágica fronto-basal, lesiones que precisaron para su estabilización de un tratamiento médico y de 91 días, de los cuales 12 fueron de estancia hospitalaria y el resto impeditivos de las ocupaciones habituales del lesionado. La Audiencia revoca la sentencia ante la inexistencia de prueba —por falta de información procedente del perjudicado, que no es citado a juicio como testigo, y por falta de claridad y coherencia en la declaración del acompañante del trabajador accidentado— sobre el incumplimiento de las medidas de seguridad por parte de la empresa y en concreto respecto de instrucciones concretas sobre la prohibición del uso de la escalera y utilización del andamio.

#### 5. RECARGO DE PRESTACIONES

La **STSJ de 27 de julio de 2012**, IL J 1012/2012, aborda la responsabilidad de la empresa por recargo de prestaciones en un caso de accidente sufrido por un trabajador al manipular una máquina con el botón de parada en el lado opuesto de la posición del trabajador, y a quien, al intentar parar la máquina, se le enganchó la manga del jersey, atrapándole el brazo y provocándole amputación de brazo a la altura del codo. La sentencia declara responsable del recargo a la empresa por considerar que la colocación del dispositivo de parada de emergencia en el lado opuesto impedía la manipulación de los mandos con seguridad y porque no contaba con medios de protección adecuados para evitar el atrapamiento del brazo. Razona la sentencia que «no es óbice para ello el que el trabajador tenga una elevada formación y experiencia y esté en posesión de diversos títulos habilitantes, ni que portara un jersey no reglamentario, que evidentemente ha influido, por su holgura, en el atrapamiento producido, pues la empresa está obligada directamente a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, adaptando las medidas que la legislación establece con esta finalidad, habiendo establecido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de enero de 2010, entre otras, que la posible concurrencia de culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo —en este caso los incumplimientos de la empresa—, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima, lo que no ocurre en el presente caso». La culpa concurrente del trabajador determina, no obstante, que el Tribunal entienda que el porcentaje del recargo se deba establecer en su cuantía mínima del 30%.

#### 6. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

##### A) Azafata de vuelo

La **STS de 21 junio de 2012**, IL J 966/2012, analiza un caso idéntico al resuelto en la STS de 24 de abril de 2012, de la que ya se dio noticia en el número 51 de esta Revista. Se trata

de determinar si cabe el reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia en el caso de una tripulante de cabina de pasajeros (azafata de vuelo) de EasyJet Airline, que realiza vuelos de corta duración (no superior a tres horas) y corta distancia, sin pernoctar, con regreso a la base salvo una noche al mes. La Mutua se lo deniega argumentando que la actividad es compatible con la lactancia y no existe posibilidad de cambio de tarea por la empresa. El Tribunal Supremo estima, sin embargo, la reclamación por considerar que existe riesgo para la lactancia, en tanto que el sistema de turnos y de distribución horaria y la coincidencia de su prestación de servicios en vuelo impide la pauta de las tomas propias de la lactancia natural, así como la extracción de la leche materna y su conservación por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas. La sentencia critica a la empresa el que no hubiese evaluado el riesgo, ni adoptado las medidas para evitarlo en el plan de prevención, afirmando que «de haber sido esa forma de proceder, la empresa hubiera estado capacitada para ofrecer medidas alternativas a la prestación de servicios en la situación de riesgo constatada; medidas que no pasan por la reducción de jornada por lactancia, que es un instrumento completamente distinto y que puede y debe compatibilizarse, en su caso, con el eventual cambio de puesto de trabajo; sino por un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene al alcance de las trabajadoras a efectos de efectuar la extracción y conservación de la leche».

### **B) Trabajadora autónoma**

La STSJ de Galicia de 26 de abril de 2012, IL J 1001/2012, declara el derecho de una trabajadora autónoma a percibir la prestación por riesgo durante el embarazo por concurrir situación objetiva de riesgo e inexistencia de puesto de trabajo alternativo. La trabajadora había iniciado con fecha de 15 de enero de 2008 un proceso de IT por contingencias comunes con base en un parte de baja —en donde se hace constar «Riesgo para el embarazo debido a su trabajo. No debe coger pesos»—, en que permaneció hasta que dio a luz. La trabajadora solicitó el reconocimiento de incapacidad por riesgo durante el embarazo con efectos del 15-1-2008. La Mutua se lo denegó por no reunir los requisitos para ello, tramitándolo como una contingencia común.

La discusión estriba en determinar si se trata de una contingencia de carácter común derivada de una previa situación de baja por incapacidad temporal, como sostiene la Mutua, o de una contingencia de carácter profesional con derecho a percibir la prestación en cuantía del 100% de la base reguladora. La Sala, a la vista de que las tareas que realiza le obligan a levantar pesos, realizar esfuerzos físicos y realizar grandes desplazamientos en coche por Galicia y fuera de Galicia, entiende que la contingencia correcta es la de riesgo derivado del embarazo, ya que «siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación».

### **C) Enfermera del Servicio Galego de Saúde**

En la STSJ de Galicia de 19 de abril de 2012, IL J 966/2012, se analiza el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia de una trabajadora del SERGAS con un hijo al que desde su nacimiento se encuentra amamantando, que presta sus servicios realizando

jornadas de trabajo de 17 y 24 horas. A petición de la interesada, el SERGAS procedió a suspender su contrato al apreciar la existencia del riesgo durante la lactancia jornadas, y no ser posible cambiar de puesto de trabajo. Por el contrario, el INSS le denegó la prestación por entender que el puesto de trabajo a turnos no supone riesgo para la lactancia. Planteada la cuestión en suplicación, la Sala reconoce el referido derecho a la prestación por considerar que su trabajo a turno supone una alteración del ritmo de vida y porque a otra enfermera en su misma situación le fue reconocido el derecho solicitado.

## 7. RIESGOS PSICOSOCIALES

### A) Acoso en la función pública

En la **STSJ de Asturias de 25 de mayo de 2012**, IL J 1017/2012, se rechaza la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por acoso laboral planteada por un funcionario contra una entidad local, por supuesto acoso laboral. Considera la Sala que, «pese a la existencia de arbitrariedades en el ejercicio de poder de dirección, no hay constancia fehaciente de un proceder empresarial subsumible en el concepto de acoso laboral, vinculado a una agresión del empleador, o de alguno de los empleados con el consentimiento y tolerancia de aquél, exteriorizada con hechos, órdenes o palabras repetidas y duraderas en el tiempo dirigidas a desacreditar, desconsiderar y aislar a la trabajadora con el fin de conseguir un auto-abandono del trabajo y de producir un daño progresivo y continuo. Aun admitiendo que algunos de los períodos de baja médica que sucesivamente acumula la demandante desde el año 1985 pueden aparecer vinculados o guardar relación con la problemática o incluso el descontento que vive en su actividad laboral, no cabe deducir ni mucho menos presumir una causalidad asociada a comportamientos reales de hostigamiento contra ella prolongados y repetidos en el tiempo e imputables al demandado».

## 8. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La **STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de febrero de 2012**, IL J 821/2012, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por una empleada pública que prestaba sus servicios en un centro público de Orense por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del estrés ocasionado al ser adscrita con carácter definitivo, como personal laboral fijo a extinguir, a la Secretaría General de Santiago de Compostela, y al ver frustrada su reclamación judicial. La Sala, si bien considera acreditada la producción de un daño en la reclamante, que se concreta en su depresión y consecuente declaración de incapacidad permanente total, no entra en el fondo del asunto, porque considera que su pretensión de reclamación patrimonial contra la Administración tiene su fundamento real en la declaración de caducidad de su acción ante la jurisdicción social, lo que es imputable a un defectuoso agotamiento de la vía judicial de dicha parte.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN  
MARGARITA APILLUELO MARTÍN  
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA  
ELISA SIERRA HERNANZ



Revista de Derecho del Trabajo

---

# Justicia Laboral

---

---

**NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**

---



## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)



**El nuevo Estatuto de los Trabajadores.  
Estudio jurídico-sistemático del 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**

VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.)

Colección «Comentarios a la legislación social»

Comares, Granada, 2012, 1277 páginas

[FARAH AMAADACHOU KADDUR.

*Becaria de investigación. Departamento de  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Granada]*

Dentro de la Colección «Comentarios a la legislación social» de la editorial Comares, y en aras de contribuir al impulso de los estudios en materia de Derecho Social, cabe destacar como novedad bibliográfica este *Comentario del Estatuto de los Trabajadores*, en el que se ofrece un tratamiento riguroso y de orientación jurídico-práctica, con un completo análisis de tipo teórico-práctico, e incorporando las referencias oportunas a las elaboraciones jurisprudenciales en cada uno de los artículos comentados y materias abordadas.

Para ello, se ha tenido el inmenso honor de contar con la inestimable colaboración de especialistas de consolidado y reconocido prestigio en el mundo del Derecho, tanto en nuestro ámbito nacional como más allá de nuestras fronteras, procedentes de distintas Universidades españolas, todos ellos bajo la dirección de José Luis

Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Juntos, desde el entusiasmo de cada uno de ellos, con gran esfuerzo y dedicación han contribuido de manera brillante a la realización y consecución de una excelente tarea de estudio jurídico-sistemático, logrando que esta obra colectiva, de gran envergadura y de inquestionable repercusión, vea finalmente la luz.

Como se puede comprobar, nos encontramos ante un referente bibliográfico de máxima actualidad que constituye una valiosa herramienta de análisis tanto para profesionales, operadores jurídicos, actores sociales, políticos, económicos, alumnos de los distintos ciclos académicos y de los diversos títulos de Grado, Máster Universitarios y programas de Doctorado o cualquier lector con o sin experiencia sobre el objeto de estudio de la obra reseñada.

Es evidente que se ha logrado con éxito el fin principal que preside este *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* que no es otro que realizar un tratamiento técnico-jurídico y jurídico-práctico de los problemas que suscita la aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que, sin duda, es uno de los pilares normativos sobre el que se sustenta la disciplina del Derecho del Trabajo, la cual, desde sus orígenes hasta la actualidad, constituye un derecho vivo, contribuyendo a formalizar jurídicamente nuestra realidad social.

En este mismo orden de ideas cabe destacar, como no podría ser de otro modo, una de las señas de identidad de la obra objeto de recensión y es que, respecto a otros prestigiosos comentarios existentes en el panorama editorial, éste viene a ocupar un espacio propio y con objetivos diferentes, aunque efectivamente comparten el mismo género, en cuanto a la recopilación de excelentes comentarios a cada uno de los distintos pasajes a lo largo de un extenso articulado legal,

pero no en idénticos términos, por consiguiente, no aspira a ser una alternativa sustitutiva, sino que se une a dichas obras para enriquecerlas con una observación científico-jurídico y práctica. En definitiva, nos hallamos frente a un comentario extenso y profundamente analítico. Además, este libro contribuye a una adecuada clarificación del verdadero sentido y alcance jurídico-positivo de la ordenación normativa, sin dejar de tener siempre en cuenta la doctrina judicial.

Este Comentario recoge aproximadamente una veintena de normas que han ido modificando el texto del Estatuto de los Trabajadores de 1995. Por su reciente modificación, así como por su trascendencia, se pueden destacar dos reformas debidamente incorporadas a esta gran obra, la primera de ellas centrada en la relación individual de trabajo, mediante el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, posteriormente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, junto con el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, y el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. La segunda gran reforma se centra en la Negociación colectiva, y se instrumentaliza mediante el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, que como es sabido es la primera reforma de nuestro sistema de negociación colectiva desde su regulación inicial para hacer frente a los nuevos retos emergentes en una realidad social continuamente cambiante.

También se recogen en este *Comentario* las reformas que han afectado tanto de manera directa como indirectamente al Estatuto de los Trabajadores a lo largo de su vigencia, de las que, sin ánimo de exhaustividad, merecen ser mencionadas la reciente Ley 36/2011, de 11 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, o la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Como conclusión, tal y como se ha puesto de relieve a lo largo de esta reseña bibliográfica, es preciso decir que nos encontramos ante una obra que cubre de manera excelente la materia objeto de estudio, en la que se logra conjugar de manera exitosa un riguroso y completo estudio jurídico-sistemático con el empleo de una depurada y adecuada metodología, complementándose, aún más si cabe, con el empleo de una agradecida claridad expositiva que contribuye a su máxima comprensión.

Además, debe dejarse constancia fehaciente de que esta magnífica referencia bibliográfica no solo contribuye a un acercamiento a la aplicación de las normas, sino también a las funciones de los operadores jurídicos en su conjunto.

Así como se ha venido adelantando en las líneas precedentes, la calidad de este referente bibliográfico resulta ser fielmente avalada por el reputado y prestigioso plantel de autores intervinientes, que gracias a su heterogénea procedencia contribuyen al mejor aval que cualquier obra de esta envergadura pueda tener.

Indudablemente, este innovador *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* está llamado a adquirir la condición de obligada referencia y consulta no solo para la doctrina jurídica, sino para todo aquél que deba interesarse por esta materia de trascendencia incuestionable en nuestra realidad social, así como en el ámbito de las relaciones laborales.



### Manual de Derecho del Trabajo

VIDA SORIA, JOSÉ, MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS  
y MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL

Comares, Granada, 2012, 811 páginas

[FARAH AMAADACHOU KADDUR.

*Becaria de investigación. Departamento de  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Granada]*

Como novedad bibliográfica destacada encontramos en la Editorial Comares una nueva edición actualizada del *Manual de Derecho del Trabajo* realizado conjuntamente por destacados profesores de reconocido prestigio dentro de esta disciplina, procedentes de la Universidad de Granada y la Universidad de Jaén: José Vida Soria, José Luis Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete.

Una vez más este Manual, como en sus anteriores ediciones, aborda con éxito el estudio analítico, descriptivo, sistemático y crítico del Derecho del Trabajo, que hacen de él una herramienta de gran importancia para los profesionales y estudiosos del Derecho.

La obra recensionada se presenta perfectamente estructurada sistemáticamente en cuatro grandes partes en las que se estudian todos y cada uno de los aspectos relativos a la materia en cuestión. La primera parte está dedicada al «Concepto y configuración del Derecho del Trabajo» y para su completo desarrollo se desgrana en cuatro grandes puntos esenciales, comenzando por una idea preliminar sobre el objeto y fundamento del Derecho del Trabajo; prosigue con una ineludible aproximación al «Trabajo» objeto del Derecho del Trabajo, continúa con el tema de la aparición y formación del Derecho del Trabajo y finaliza con la configuración técnica de esta disciplina.

El segundo gran bloque lleva por rúbrica la «Teoría general y régimen jurídico de las fuentes en el Derecho del Trabajo» y comienza, de modo introductorio, con una interesante alusión a los problemas que plantea la Teoría general de las fuentes del Derecho y su proyección en el Derecho del Trabajo. Seguidamente, entra de lleno con el tema de las fuentes internacionales de carácter laboral (las instituciones y los instrumentos normativos); posteriormente, analiza las fuentes constitucionales de carácter laboral, así como las fuentes estatales en Derecho del Trabajo (la heteronomía) y la organización del Estado en materia laboral, las fuentes de carácter profesional y la consiguiente representación y defensa de intereses colectivos en el ámbito laboral; en esta dirección continúa con el estudio de la expresión de los poderes sociales con fuerza jurídica normativa y la figura del convenio colecti-

vo como norma convencional, y ya para concluir este segundo bloque temático hace referencia a otras fuentes en el ámbito el Derecho del Trabajo y la articulación de las normas laborales, así como la determinación de la norma aplicable en Derecho del Trabajo.

A continuación, en la tercera parte, relativa al «Régimen jurídico de las relaciones de trabajo (instituciones del contrato de trabajo)», son estudiadas cuestiones como la determinación jurídica de la relación de trabajo, la ordenación del mercado de trabajo junto con las instituciones y régimen jurídico del empleo, el marco jurídico para la regulación de las relaciones individuales de trabajo, la ordenación normativa de los sujetos de la relación de trabajo: el trabajador, el empleador y la empresa, inmediatamente después aborda el tema de la formación y estructura jurídica del contrato de trabajo, la ordenación de las relaciones de trabajo (contenido del contrato de trabajo), las vicisitudes de la relación de trabajo (interrupciones de la prestación laboral y del trabajo; modificaciones subjetivas, suspensión y extinción del contrato de trabajo), sigue con el estudio centrado en las relaciones especiales de trabajo y culmina esta parte con el análisis del sistema de garantías secundarias de las obligaciones y deberes derivados de la relación de trabajo.

Esta excelente y magnífica obra culmina su nutrido contenido con el IV y último bloque temático, dedicado al estudio de la «Ordenación jurídica de los conflictos colectivos de trabajo», inaugurado por unos planteamientos generales en torno a los conflictos laborales y sus procedimientos de solución, así como los conflictos sobre derechos y los de intereses; en el segundo epígrafe se abordan los procedimientos de solución de los conflictos colectivos de trabajo (especialmente de los conflictos sobre intereses), y finaliza con el análisis de la ordenación de los procedimientos de «presión» colectiva.

Como conclusión, tal y como se ha puesto de relieve a lo largo de esta reseña bibliográfica, es preciso decir que nos encontramos ante una obra que cubre de manera excelente la materia objeto de estudio, en la que se logra conjugar de manera exitosa un riguroso y completo estudio jurídico-sistemático con el empleo de una depurada y

adecuada metodología, complementándose, aún más si cabe, con el empleo de una agradecida claridad expositiva que contribuyen a su máxima comprensión.

Es por todo ello que, tras las sucintas observaciones puestas de manifiesto, se deja constancia fehacientemente de que nos encontramos ante una magnífica referencia bibliográfica fundamental e indispensable para todo aquel que tenga el propósito de adentrarse y enriquecerse de los conocimientos jurídicos que en ella se atesoran.



**Manual de Derecho Administrativo Laboral**  
VV.AA. (MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, COORD.)  
Editorial Tecnos, Madrid, 2012, 347 páginas

[FARAH AMAADACHOU KADDUR.

*Becaria de investigación. Departamento de  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Granada]*

Se publica por la Editorial Tecnos el presente *Manual de Derecho Administrativo Laboral* que, en coherencia con la especificidad de la Administración Laboral dentro del Derecho Social General, nos ofrece una racionalización exhaustiva de las instituciones, normas y las políticas de intervención socio-laboral, completa, clarificadora y sistemática. Tomando como punto de arranque la firme consideración de que la ordenación jurídica del intervencionismo público en materia socio-laboral es un pilar indispensable en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro.

Esta magnífica obra colectiva ha sido realizada conjuntamente y en coautoría por catedráticos y destacados profesores, todos ellos de reconocido prestigio en la rama del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, procedentes de las Universidades de Granada y Jaén. Son académicos de

reconocida solvencia científica, no solo en esta materia sino también en otras conexas, que además cuentan con una relevante trayectoria, tanto docente como investigadora, en todo lo concerniente a la organización del intervencionismo público en materia sociolaboral, aportando a la obra el encomiable bagaje de conocimientos acumulados en el transcurrir de los años y una importante experiencia práctica.

Sabido es la complejidad que reviste el estudio de la Administración Laboral, excelentemente analizada en este Manual, prestando una especial atención a su dimensión social, institucional y jurídica. Las instituciones, las normas y las políticas públicas conforman un sistema institucional y jurídico especialmente difícil, complejo, altamente dinámico y, como es evidente, cambiante, tal y como se pone de manifiesto en la coyuntura actual. Es por todo ello que este *Manual de Derecho Administrativo Laboral* nos ofrece un completo y nutrido estudio técnico, sistemático y plenamente actualizado de, absolutamente, todo el entramado normativo e institucional vinculado al intervencionismo público, en su sentido más amplio, en el ámbito socio-laboral.

Bien es cierto que históricamente, ya desde sus orígenes, la conformación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así como de los propios Sistemas institucionales de relaciones laborales, ha venido acompañada de una intervención no solo a nivel estatal, sino también a nivel internacional y europeo, que ha supuesto un intervencionismo de tipo normativo, relativa a la regulación jurídica individual y colectiva de las relaciones de trabajo, así como su repercusión en la creación de una infraestructura institucional y jurídico-administrativa en el seno del poder ejecutivo, dirigida al tratamiento de las cuestiones socio-laborales. Teniendo en cuenta, además, que el aseguramiento de la eficacia de la normativa socio-laboral y otro elenco de funciones de relevancia vienen siendo asumidas por las Administraciones Públicas mediante la organización de toda una serie de servicios y actuaciones administrativas.

De ahí que, en la actualidad, lo que puede denominarse genéricamente «Administración Laboral» ha logrado alcanzar una magnitud tal que puede postularse la existencia de un auténtico

Derecho Administrativo Laboral regulador de la infraestructura institucional y las facultades de intervención que el ordenamiento otorga a la Administración Pública por razones de servicio o de interés público y que se conectan con las relaciones de naturaleza laboral y las de protección social.

El contenido de la obra recensionada se encuentra sistemáticamente estructurado en un total de siete temas, que a su vez se van desgranando con sus correspondientes epígrafes.

El primer tema está enteramente dedicado a «La organización del intervencionismo público en las relaciones de trabajo», y para ello se estudia el origen y la evolución de la Administración Laboral, su situación en la actualidad junto con la incidencia de la Constitución Española de 1978 y normas posteriores, y finaliza con el análisis de los ámbitos de intervención de la Administración en el orden social (en el derecho colectivo y en el derecho individual del trabajo).

Inmediatamente después, el tema 2 se ocupa de la «Distribución territorial de competencias en materia socio-laboral y de protección social». En consonancia son estudiadas, más concretamente, las reglas generales en torno a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia socio-laboral y de protección social y, en segundo término, las políticas sectoriales y distribución territorial de competencias.

El tema 3 focaliza su atención en «La organización administrativa en el ámbito laboral. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social y la organización administrativa laboral de las Comunidades Autónoma. Los organismos autónomos laborales. Los órganos consultivos en materia laboral».

En el cuarto tema es abordado el «Régimen de competencias laborales de la Administración: funciones relativas a relaciones colectivas e individuales de trabajo, prevención de riesgos laborales, fomento del empleo y actividad administrativa prestacional». Este tema está compuesto por nueve epígrafes en los que se analizan: las generalidades de las actividades administrativas de comunicación, registro y depósito; las actividades de comunicación, registro y depósito de

la relación individual de trabajo y en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo; los deberes de registro y comunicación en materia de prevención de riesgos laborales; los deberes de registro y comunicación en materia de Seguridad Social; las competencias de autorización en materia social; las actividades administrativas de ordenación y conformación de derechos en el plano colectivo; la actividad administrativa de fomento en materia laboral: subvenciones/bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social; y, por último, la actividad administrativa prestacional.

A continuación, el tema 5, «El personal de las Administraciones Públicas: las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas», estudia la Administración Pública como organización productiva plural, los modelos de gestión de personal en la Administración Pública, las relaciones de empleo y tipologías organizativas de las Administraciones Públicas, fuentes de regulación del empleo público y su descripción en el marco normativo actual, el personal al servicio de las Administraciones Públicas, la ordenación del empleo público y la cooperación interadministrativa en el empleo público.

El tema 6 analiza al completo «La actividad administrativa de Inspección: la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», así pues, el origen y fundamento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, su normativa reguladora, su organización, los funcionarios integrados en el sistema de ITSS (Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social) y funcionarios habilitados de las CC.AA., la dependencia funcional de la ITSS: los mecanismos de colaboración entre el Estado y las CC.AA. (la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y la Comisión Territorial de la ITSS), las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (fiscalización, asistencia técnica, elaboración de informes, funciones en materia de arbitraje, mediación y conciliación en conflictos laborales), el ámbito de actuación de la ITSS (entes y sujetos incluidos, incluidos sujetos a especialidades, sectores excluidos del ámbito de la actuación inspectora), los principios ordenadores del funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la actividad inspec-

tora: programación, iniciación, facultades y deberes de la ITSS, modalidades de actuación, libro de visitas, desarrollo y duración de las actuaciones; también aborda las medidas de colaboración y coordinación en la actuación inspectora, y culmina este tema con el estudio del resultado de la actividad inspectora: obstrucción a la actividad instructora, actas de la ITSS, modos de terminación de la actividad inspectora e impulso de procedimientos a instancia de la ITSS.

Cierra la obra el tema 7, dedicado a la «Potestad sancionadora administrativa en el orden social: el régimen jurídico de infracciones y sanciones en el orden social», que particularmente atiende a la potestad sancionadora en el orden social como garantía de tutela de los derechos laborales: origen y significado, la evolución normativa, el actual texto refundido de la LISOS (estructura), el régimen jurídico de las infracciones en el orden social, el régimen jurídico de las sanciones en el orden social, el principio de proporcionalidad: la graduación de la conducta sancionable, la prescripción de las sanciones, las reglas de atribución de la competencia sancionadora

y los órganos competentes para la imposición de sanciones en el orden social (Estatales y de CC.AA.), aplicación de los principios básicos del procedimiento administrativo sancionador en el orden social, el procedimiento sancionador en el orden social (el reglamento sobre el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de las actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social) y, por último, la ejecutividad y revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas en el orden social.

En definitiva, se trata de una obra de referencia destinada no solo a estudiantes universitarios, alumnos de másters y doctorados, sino que va más allá del ámbito académico; se trata de un libro de utilidad para el personal de los servicios públicos y de las Administraciones Públicas, empresarios, asociaciones empresariales y sindicatos, es decir, todos los agentes implicados en las políticas públicas y en la ordenación y gestión del mercado de trabajo y de las relaciones socio-laborales en su conjunto y, por supuesto, a todos aquellos interesados en la materia.

## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista Justicia Laboral* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista Justicia Laboral* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: redac@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espacio y

las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
  - a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. edición, lugar de publicación, editor, año, página.
  - b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
  - c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.