

revista

Justicia
Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Laboral

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

CONSEJO ASESOR

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. **José 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 A DISTANCIA DE MADRID (UDIMA). ABOGADO. **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.

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.

© LEX NOVA 2009

EDICIÓN LEX NOVA, SA
General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO 983 457 038
FAX 983 457 224
E-MAIL clientes@lexnova.es

INTERNET www.lexnova.es
ISSN 1576-169X
DEPÓSITO LEGAL VA. 157-2000

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial 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.

Sumario

EDITORIAL

- [5] **Hablando de prevención de riesgos laborales: el atraco a entidades bancarias como riesgo evaluable**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA

- [11] **Nuevas medidas de fomento del empleo. Incentivos a la contratación y al mantenimiento del empleo previsto en el RD 383/2008, RD 1917/2008, RD 1975/2008, LPGE 2009 y RD-L 2/2009**

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

- [51] **Propuestas para reformar la Ley de Procedimiento Laboral**

PABLO ARAMENDI SÁNCHEZ

- [109] **El papel de la autonomía colectiva en los sistemas de absorción y compensación de salarios**

PATRICIA NIETO ROJAS

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

- [135] **I. FUENTES DEL DERECHO**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [157] **II. TRABAJADOR**
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

- [173] **III. EMPRESARIO**
JESÚS CRUZ VILLALÓN

- [197] **IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [203] **V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**
LOURDES LÓPEZ CUMBRE

- [225] **VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**
MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

- [237] **VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS**
JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [251] **VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
JAVIER GÁRATE CASTRO

- [259] **IX. SEGURIDAD SOCIAL**
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

- [269] **X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- [287] **XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [295] **XII. EL PROCESO LABORAL**
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [311] **XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[319] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

HABLANDO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL ATRACO A ENTIDADES BANCARIAS COMO RIESGO EVALUABLE

El concepto de riesgo, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es “contingencia o proximidad de un daño”, apareciendo definido en el artículo 4.2 LPRL como “La posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”, es decir, es la posibilidad de que ocurra un siniestro o se contraiga una enfermedad en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, Directiva Marco, que es traspuesta al derecho interno por la LPRL, no contiene una definición de “riesgo laboral”, limitándose en su artículo 3.º a definir, a efectos de la Directiva, los conceptos de “trabajador”, “empresario”, “representante de los trabajadores” y “prevención”, señalando que esta última es “el conjunto de disposiciones o de medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos profesionales”, definición que también adopta la LPRL si bien utiliza la expresión “riesgos derivados del trabajo”, en lugar de “riesgos profesionales”.

La evaluación de los riesgos parte de la imposibilidad de alcanzar un nivel de seguridad absoluta, el llamado “riesgo cero”, lo que impone establecer analíticamente, a partir de la identificación, gradación de probabilidades y consecuencias. Por ello, tanto el artículo 15.1.b) LPRL como el artículo 3.1 RSP, al definir este último la evaluación de los riesgos laborales, como “el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”, sitúan en la inestabilidad del riesgo el presupuesto básico de la actividad de evaluación. La individualización del análisis del riesgo constituye un segundo criterio que deriva tanto de los artículos 15.1 y 2, 16 LPRL como del artículo 4.1 RSP. Este último precepto establece que “la evaluación inicial de los riesgos que no hayan podido evitarse deberá extenderse a cada uno de los puestos de trabajo de la empresa en que concurren dichos riesgos”.

Aunque no directamente relativas al ámbito de la evaluación, que es el tema que nos ocupa, no podemos dejar de mencionar las Sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 1998 (AS 1998, 2607) y de 1 de febrero de 1999 (AS 1999, 465), la primera de ellas

confirmada en casación por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4820), por la doctrina que la mismas sientan, precisamente, en relación con el sector de las entidades financieras. Los referidos pronunciamientos precisan, en primer lugar, que una cosa es la evaluación de riesgos y otra el método de evaluación, que es “un instrumento para realizar las diversas evaluaciones de tal clase que haya que llevar a cabo en la empresa”. Igualmente, se ocupan de señalar que la identificación de riesgos es una fase, si bien primera, del método de evaluación. Idéntica conclusión cabe extraer del artículo 5 RSP que regula el procedimiento de evaluación: “A partir de la información obtenida sobre la organización, características y complejidad del trabajo... se procederá a la determinación de los elementos peligrosos y a la identificación de los trabajadores expuestos a los mismos, valorando a continuación el riesgo existente en función de criterios objetivos de valoración” (artículo 5.1).

Siendo la identificación de riesgos algo distinto de la evaluación propiamente dicha, nada impide que identificadores y evaluadores sean personas distintas como que los evaluadores realicen también la fase de identificación de riesgos. En todo caso, al ser “la labor de los identificadores mucho más reducida y mecánica” no requieren una formación del mismo nivel que los técnicos que realizan la evaluación. Lo importante es que las diversas fases se integren en la valoración, en función de criterios técnicos y objetivos. “La valoración inicial ha de tomar en consideración únicamente los riesgos conocidos y apreciados no los hipotéticos o de posible aparición en el futuro; además los factores que no son susceptibles de producir un riesgo laboral o daños derivados del trabajo no precisan de evaluación”. Esta apreciación judicial interpreta con claridad la redacción que contiene el artículo 4.1 RSP, que dice de forma un tanto oscura que “la evaluación inicial de riesgos que no hayan podido evitarse...”.

Entrando en el análisis concreto del riesgo de atraco, los datos de recientes estudios internacionales muestran un incremento en la frecuencia de actos violentos en el lugar de trabajo, y también que determinados colectivos ocupacionales como aquellos que manejan dinero u objetos valiosos, los que trabajan en solitario, o los que lo hacen en contacto con el público, son más vulnerables a este tipo de riesgo.

Los atracos o episodios de violencia en un puesto del sector de servicios financieros suponen una situación que entra de lleno en la definición de estrés, en la medida que implican un sentimiento de incapacidad de controlar una demanda proveniente del entorno laboral, y que puede contribuir al desarrollo de conductas maladaptativas y efectos en la salud como la ansiedad, depresión, nerviosismo, fatiga y trastornos en el sistema cardiovascular. Sus consecuencias pueden ser especialmente traumáticas, no sólo para quien ha sufrido un episodio de este tipo, sino también para quien haya sido testigo de él. Además de un riesgo psicosocial, se considera también un riesgo de seguridad, en la medida que puede producir lesiones físicas o incluso la muerte.

Así se pone de manifiesto en diversos pronunciamientos en los que se hace hincapié en la proyección de tales circunstancias sobre la situación de incapacidad del trabajador. La STSJ

de Murcia de 6 de octubre de 1999 (JUR 1999\265654), valora la situación de incapacidad permanente total del “Gestor de Oficina Interna-Cajero Apoderado” que vino desempeñando su actividad para el Banco Central Hispanoamericano, S.A., la STSJ de Cantabria de 4 de marzo de 2002 (JUR 2002\161606), en la que se solicitaba la recalificación para el trabajador, cajero que venía prestando sus servicios profesionales para la empresa Banco Central Hispano, de la situación de incapacidad permanente total reconociéndola como absoluta; o, en fin, la STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de marzo de 2001 (JUR 2001\171179), en la que el trabajador venía prestando servicios para la empresa UNICAJA, son buenos ejemplos de lo anterior. Los hechos de este último pronunciamiento son reveladores: “El actor sufre trastornos psíquicos en forma de depresión que empeora progresivamente desde comienzos del año 1980, a raíz de repetidos acontecimientos dramáticos ocurridos en su trabajo, la sucursal bancaria donde prestaba su servicio, sufriendo varios atracos entre los años 1980, 1985, 1987, 1989, 1990 y 1996, respectivamente, alguno de los cuales con resultado de asesinato a otras personas y otros con lesiones físicas sufridas por el propio paciente a manos de atracadores armados con armas de fuego y armas blancas. Durante las dos últimas décadas la depresión del paciente no ha dejado de evolucionar negativamente, con resultado de graves deterioros en su funcionamiento personal, familiar y social, inadaptación al trabajo y desarrollo de enfermedad fóbica con repetidas crisis de pánico. En los últimos tres años, la evolución de su enfermedad psíquica ha sido muy negativa, alcanzando en la actualidad niveles clínicos muy graves y sin respuesta a los tratamientos ensayados, así como a otros recursos psicoterapéuticos utilizados (...)”. Señala el Tribunal que en el presente caso se da, “por lo precedentemente expuesto, el nexo causal entre lesión y trabajo, para su calificación como accidente, siendo el supuesto supuestamente subsumible en el artículo 115.2.f) LGSS, que incluye, como antes se ha dicho ‘las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente’, lo que pone de manifiesto el espíritu por accidentado orientador de la norma y fundamenta la calificación de accidente laboral de las actuales dolencias padecidas por el demandante, existiendo, como se ha visto, una clara relación de causalidad entre trabajo y lesión”.

Los factores que pueden aumentar la probabilidad de sufrir daños derivados de actos violentos tienen que ver tanto con el diseño del lugar de trabajo (confort de las instalaciones, mecanismos de seguridad y alarma, etc.), como con el tipo de operaciones y tareas realizadas, pasando por la formación y entrenamiento específicos para afrontar situaciones de violencia, etc. Nos encontramos, por tanto, ante el concepto de riesgo, daño y condiciones de trabajo, según se definen en el artículo 4 de la LPRL.

El tratamiento de la violencia en el lugar de trabajo debe formar parte de las actividades preventivas de la empresa de manera integrada, como cualquier otro riesgo, siguiendo los principios preventivos enunciados en el artículo 15 de la LPRL. Eso incluye la identificación y evaluación del riesgo, hasta su priorización, pasando por el establecimiento de medidas preventivas para eliminarlo o controlarlo, la vigilancia de la salud, la formación especializada o el control periódico de las condiciones de trabajo.

Aunque el Ministerio de Trabajo había afirmado que “los atracos o episodios de violencia en un puesto del sector de servicios financieros suponen una situación que entra de lleno

en la definición de estrés, en la medida que implican un sentimiento de incapacidad de controlar una demanda proveniente del entorno laboral, y que puede contribuir al desarrollo de conductas maladaptativas y efectos en la salud como la ansiedad, depresión, nerviosismo, fatiga y trastornos en el sistema cardiovascular”, la STS de 25 de junio de 2008 (recurso 70/2007), supone un paso definitivo en la consideración del atraco como riesgo laboral.

En el citado pronunciamiento, dejando al margen el terreno de los hechos en la que nace, se planteaba que el riesgo de atraco no podía configurarse como riesgo laboral sino como un riesgo social, universal, desconectado del trabajo y sin conexión alguna con el mismo ya que no tiene su causa ni su motivación en el trabajo. No es ésta, sin embargo, la tesis que mantiene el citado pronunciamiento. Y, para ello, parte de una incontestada premisa: “la Ley no utiliza el término ‘riesgo laboral’ únicamente de forma abstracta, sino que lo relaciona con la prevención o con las medidas que la empresa ha de adoptar para evitar o reducir dichos riesgos. El concepto de riesgo laboral ha de trasladarse a la actividad desarrollada por una determinada empresa con lo que se concreta atendiendo a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por el trabajador o a sus características personales. El riesgo concreto existente en la empresa es el objeto de la prevención, manifestada en la identificación del mismo para posteriormente evitarlo, eliminarlo o reducirlo”.

Examinando la concreta cuestión sometida a la consideración de la Sala, a saber, la declaración de que el atraco sufrido en una oficina de las Cajas de Ahorros es un riesgo laboral, hay que comenzar delimitando el concepto de atraco. Según del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, atraco es la acción de atracar o asaltar, definiendo el vocablo atracar como “asaltar con propósito de robo, generalmente en poblado”, por lo que ha de resolverse si el asalto con propósito de robo efectuado en una oficina de las Cajas de Ahorros es un riesgo laboral.

Señala la Sala que en actividad concreta desarrollada por la empresa, en este supuesto las Cajas de Ahorros “guardan los ahorros de los particulares proporcionándoles un interés, precisamente por la existencia de dinero en efectivo, guardado en la caja fuerte y en los cajones de los mostradores o ventanillas de pago, se ven inmersos con mucha frecuencia en atracos –asalto con propósito de robo– perpetrados, tanto en horas en que las oficinas están abiertas al público, como cuando las mismas se encuentran cerradas. En todo caso en el primer supuesto, a veces también en el segundo, se produce una situación de riesgo para los empleados de las Cajas, que en ocasiones se ha transformado en siniestro con resultado de lesiones, e incluso de muerte”. Para determinar si este riesgo está presente en la actividad diaria de las Cajas de ahorros, merece la consideración de riesgo laboral se ha de acudir a la definición del artículo 4 apartados 2 y 3 de la LPRL”.

El Tribunal descarta que nos encontremos ante un riesgo social: “si bien es cierto que cualquier persona puede sufrir un robo en las más diversas circunstancias –caminando por la calle, encontrándose en su domicilio, estando parada en un semáforo– no es menos

cierto que el lugar donde presta servicios –la oficina de la Caja de Ahorros– sufre de forma frecuente, con mucha mayor probabilidad que en otros lugares, y, en ocasiones con una violencia extrema, atracos durante las horas en que permanece abierta al público, concurriendo circunstancias que agravan el riesgo, como es la presencia en ocasiones de numerosos clientes, cuyo comportamiento puede influir en el de los atracadores, la necesaria colaboración que se exige por parte de los atracadores a los empleados que han de facilitar el dinero, abrir la caja fuerte, abrir las cajas de seguridad, etc., y cuyo comportamiento asimismo puede influir notoriamente en que el desenlace del atraco se produzca sin daños a las personas”. Estos datos evidencian que, efectivamente, el atraco a una entidad bancaria tiene el carácter de “riesgo laboral”, ya que supone la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, constituyendo el daño las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con ocasión del trabajo.

Es irrelevante que dicho daño y la causa eficiente del atraco puedan producirse en lugares y circunstancias ajenas al trabajo, pues tal dato no destruye el carácter de “riesgo laboral”, predicable, como se ha venido repitiendo, de la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, circunstancia ésta –la de presentarse la causa eficiente tanto dentro como fuera del trabajo– que concurre en otros muchos “riesgos laborales”, la posibilidad de una caída, el frío o calor excesivos, la humedad, etc., teniendo la consideración de riesgos laborales cuando existe la posibilidad de que actúen en el lugar de trabajo y causen un daño.

El Tribunal Supremo en todo caso precisa que “el concepto de riesgo laboral no es coextenso con el de accidente de trabajo”, ya que el primero se refiere a la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo dentro del cual se comprende la enfermedad, la patología y la lesión, por lo que en principio el concepto es más amplio que el de accidente de trabajo. Comprende, por tanto, el accidente de trabajo pero no en toda su extensión, pues no se consideran riesgos laborales los conceptuados como accidentes de trabajo en el artículo 115.2.a) LGSS –los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo–; y b) –los que sufre el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos, al ir o al volver del lugar en que se ejercitan las funciones propias de dichos cargos–, no pudiendo tampoco ser considerados como riesgos laborales todos los accidentes encuadrables en el artículo 115.3 LGSS –las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo– como, por ejemplo, los accidentes cardiovasculares, infartos de miocardio, etc.

Por otra parte, el carácter inevitable del atraco no desvirtúa su consideración de riesgo laboral ya que los principios de la acción preventiva, regulados en el artículo 17 LPRL, señalan como primer principio general, en su apartado a), el evitar los riesgos, pero, consciente el legislador de que en ocasiones los riesgos no se pueden evitar, en el apartado b) del precepto dispone que el empresario ha de evaluar estos riesgos inevitables.

Hay que poner de relieve que las Directrices europeas para la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo, elaboradas por los servicios de la Dirección de la Salud Pública y Seguridad en el Trabajo, habiendo desempeñado un papel importante en su elaboración el Comité consultivo de Seguridad, Higiene y Protección de la Salud en el Trabajo, dentro

del Programa comunitario de seguridad, higiene y salud en el trabajo (1996-2000), contemplan en el Anexo 1.A) “-ejemplos demostrativos de situaciones y actividades laborales que requieren una evaluación de riesgos- en el apartado 11, ‘Factores varios’, en concreto en el apartado 11.1, ‘los peligros causados por otras personas, por ejemplo, violencia contra el personal que atiende al público, los guardias de protección personal...’, y es evidente que el atraco supone ejercer por terceras personas ajenas a la empresa –Caja de Ahorros- una violencia sobre las personas que en ella prestan sus servicios”.

El citado pronunciamiento lleva consigo importantes consecuencias prácticas. La misma impone la obligación de revisar las evaluaciones de riesgos laborales efectuadas en las entidades financieras, teniendo en cuenta ahora la posibilidad de que los trabajadores sufran actos violentos. Tales riesgos potenciales habrán de incluirse, igualmente, en los correspondientes Planes de Prevención, del mismo modo que los posibles atracos habrán de ser tenidos en cuenta entre las situaciones contempladas en los Planes de Emergencia, exigiéndose, además, una formación eficaz de los trabajadores en relación con dicho riesgo. Tal exigencia resultará, además, en todo caso, aplicable a otros sectores como comercios, gasolineras, joyerías, vigilantes jurados, etc. La sentencia avanza, por tanto, en una línea de progreso efectivo en la tutela preventiva de los trabajadores.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Nuevas medidas de fomento del empleo. Incentivos a la contratación y al mantenimiento del empleo previsto en el RD 383/2008, RD 1917/2008, RD 1975/2008, LPGE 2009 y RD-L 2/2009

Resumen

NUEVAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

Profesora Ayudante
Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

La economía atraviesa una de las situaciones más difíciles de los últimos decenios. A diciembre de 2008, el número total de parados se situaba en 3.207.900, con un incremento de más de un millón de personas en tan sólo doce meses. Esta situación se agrava en determinados supuestos en la medida en que a las circunstancias económicas, se adicionan otras personales que dificultan, aún más, tanto la incorporación al mercado de trabajo como el mantenimiento del empleo. Por otro lado, la tasa de temporalidad –aun cuando ha descendido– continúa siendo alarmante. Urge el esta-

blecimiento de medidas que hagan frente a la crisis y reduzcan las elevadas tasas de desempleo y de temporalidad. Varias normas aprobadas a finales del año 2008 y a principios del 2009 han introducido nuevos incentivos a la contratación, han mantenido algunos otros –que habían nacido con vigencia meramente anual– y han modificado la cuantía de determinados incentivos, al objeto de fomentar la contratación de colectivos especialmente desfavorecidos. El objeto del presente estudio no es sino analizar con detalle cada uno de estos nuevos incentivos al empleo.

Abstract

NEW MEASURES OF PROMOTION OF THE EMPLOYMENT

The economy is going through one of the most difficult situations of the last decades.

On December 2008, the total number of unemployed persons was up to 3.207.900, with

an increment of more than a million people in only twelve months. This situation is becoming worsen in certain cases in which, to the economic circumstances, other personal ones are added that make difficult, even more, so much the incorporation to the labour market, as the maintenance of the employment. On the other hand, the temporality rate –even though it has descended– continues being alarming. It is urgently needed the establishment of measures that can face up to the crisis and reduce the

high unemployment and temporality rates. Several norms approved at the end of the year 2008 and at the beginning of the 2009 have introduced new incentives to the contracting, have maintained some other ones –that had been born with a merely annual validity– and have modified the quantity of certain incentives, with the objective of fomenting the contracting of especially unattended groups. The object of the present study is to analyze in detail each one of these new incentives to the employment.

Sumario

I. Introducción. II. Incentivos a la contratación. A) Un nuevo “plan extraordinario para la contratación indefinida”. B) Bonificación por la contratación indefinida de beneficiarios de las prestaciones por desempleo. C) Especial impulso a la contratación indefinida a tiempo parcial. **III. Incentivos por mantenimiento del empleo.** A) Por cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural. B) Por trabajadores mayores de 59 años de edad. C) Por trabajadores afectados por regulaciones temporales de empleo en este nuevo entorno económico. D) Para bomberos del sector público que hayan alcanzado la edad que les abre el acceso a la pensión de jubilación. **IV. Incremento del importe de la bonificación por contratación indefinida de víctimas de la violencia de género. V. Anexo.** A) Incentivos previstos para el incremento del empleo. a) Relativos a la contratación indefinida inicial. b) Relativos a la contratación temporal. B) Incentivos previstos para el mantenimiento del empleo. a) Transformación de contratos de duración determinada en indefinidos. b) Conciliación vida familiar y laboral. c) Trabajadores maduros. d) Trabajadores afectados por un ERE temporal.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, la economía atraviesa una de las situaciones más difíciles de los últimos decenios. A diciembre de 2008, el número total de parados se situaba en 3.207.900¹,

(1) Datos INE: Encuesta de población activa, año 2008.

Nuevas medidas de fomento del empleo

con un incremento de más de un millón de personas en tan sólo doce meses. La tasa de paro aumentó a lo largo del año 2008 más de cinco puntos, alcanzando el 13,91% de la población activa, y sólo en los meses de enero y febrero de 2009 más de trescientas cincuenta mil personas han perdido su puesto de trabajo². A lo largo del año 2008, se autorizaron 6.227 expedientes de regulación de empleo, en los que se vieron afectados 147.476 trabajadores, más del doble del año anterior³.

Esta situación se agrava en determinados supuestos en la medida en que, a las circunstancias económicas, se adicionan otras personales que dificultan, aún más, tanto la incorporación al mercado de trabajo como el mantenimiento del empleo. Así, por ejemplo, entre los 30 y los 45 años de edad, la tasa de paro de las mujeres es 3 puntos superior a la de los hombres⁴ y se aprecia, en ese mismo tramo de edad, un claro alejamiento de las mujeres del mercado laboral: mientras la tasa de actividad masculina es del 94,44%, la femenina es del 78,45%. Lo mismo ocurre con los trabajadores de edad madura: Si entre los 25 y los 44 años de edad, la tasa de actividad es del 86,10%, entre los 45 y los 65 años el porcentaje disminuye algo más de 22 puntos (hasta el 63,31%). En el caso de los jóvenes entre 16 y 29 años de edad, la tasa de paro se ha incrementado durante el año 2008 en 9 puntos (4 puntos, por tanto, por encima de la media antes indicada).

Por otro lado, la tasa de temporalidad continúa siendo alarmante. Es cierto que ha disminuido y que, en el último trimestre del año 2008, era del 27,93%, seis puntos por debajo que la existente en el tercer trimestre de 2006 (ya vigente la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 2/2009). No obstante, no parece que el motivo de este descenso se deba a un cambio de hábitos en la dinámica de contratación de la empresa española. De hecho, en diciembre de 2008, el 90,78% de los contratos registrados en el Servicio Público de Empleo eran de carácter temporal. La razón parece obedecer más bien a que los contratos temporales que han llegado a término no han sido renovados. Según se desprende de la encuesta de población activa, a lo largo del año 2008, los asalariados con contrato indefinido se han incrementado en 95.700, mientras que los asalariados con contrato temporal han disminuido en 664.100.

**EL GOBIERNO PUEDE
ESTABLECER MEDIDAS
PARA FOMENTAR
EL EMPLEO ENTRE
LOS GRUPOS
CON DIFICULTADES**

(2) Datos SPEE: Evolución del paro registrado, enero 2009.

(3) Datos Ministerio de Trabajo e Inmigración, Boletín de Estadísticas Laborales, año 2008.

(4) Datos del INE: Encuesta de población activa. Tasas de actividad por sexo y grupo de edad. Promedio del 2008.

La tasa de temporalidad antes apuntada se dispara preocupantemente en la contratación de trabajadores jóvenes, tal y como puede apreciarse en el cuadro que se detalla a continuación. De ahí que los incentivos a la contratación indefinida de jóvenes entre 16 y 30 años de edad hayan sido definidos por la doctrina como medidas anti-temporalidad o anti-precariedad⁵.

TASA DE TEMPORALIDAD	
Trabajadores	Porcentaje
De 16 a 19 años	77,20%
De 20 a 24 años	55,55%
De 25 a 29 años	41,56%
De 30 a 39 años	28,97%
De 40 a 49 años	21,68%
De 50 a 59 años	14,87%
De 60 a 69 años	10,74%

Elaboración propia en base a datos de la Encuesta de Población Activa del INE. Asalariados por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Año 2008.

Sabemos que, conforme a lo previsto en el artículo 17.3 ET, el Gobierno puede establecer medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentran especiales dificultades para acceder al empleo y que el artículo 26.1 Ley 53/2003, de Empleo, define como colectivos merecedores de una especial protección a los jóvenes, las mujeres, los desempleados de larga duración mayores de 45 años, los discapacitados y los inmigrantes. Los diferentes incentivos previstos por el legislador —dispersos por todo el ordenamiento, pero cuyo principal exponente lo representa el programa de fomento del empleo contemplado, con vocación de permanencia, en la Ley 43/2006— pretenden dar respuesta a estos problemas, incentivando la contratación, fundamentalmente estable, de estos grupos con especiales dificultades de inserción laboral. Estos incentivos constituyen así un elenco de medidas de acción positiva que trata de paliar la desigualdad de oportunidades de la que parten estos colectivos en su incorporación al mercado de trabajo.

Según se desprende de las estadísticas del Servicio Público de Empleo, el 4,84% de todos los contratos que fueron registrados durante el año 2008 estaban acogidos a alguna de las medidas de fomento del empleo. Este porcentaje podría llevarnos a confusión si no advirtiéramos que el 87,67% del total de contratos registrados son contratos temporales⁶;

(5) GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: “Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo” en CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.): *La reforma laboral de 2006. Real-Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pág. 242.

(6) 6.197.272 contratos por obra o servicio determinado, 6.639.433 eventuales, 1.535.263 de interinidad, 40.646 contratos de relevo, 62.793 contratos en prácticas, 78.986 contratos para la formación.

Nuevas medidas de fomento del empleo

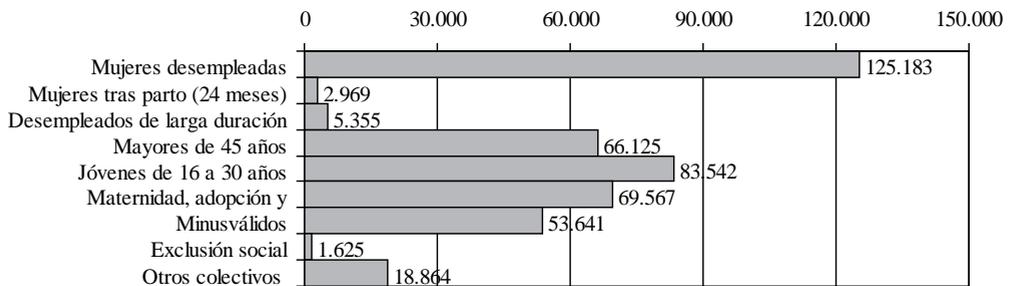
contratos que, salvo supuestos muy excepcionales, no tienen aneja bonificación alguna. Si tenemos en cuenta únicamente los tipos de contrato que, según la Ley 43/2006, sí son bonificables⁷ el porcentaje ascendería al 18,26% tal y como se desglosa a continuación:

TIPO DE CONTRATO	TOTAL	BONIFICADOS	% sobre TOTAL
Indefinidos	876.094,00	88.922,00	10,15%
Indefinidos fomento empleo	236.380,00	197.311,00	83,47%
Indefinido minusválidos	10.431,00	10.431,00	100,00%
Temporal minusválidos	15.327,00	15.327,00	100,00%
Transformaciones	779.700,00	38.272,00	4,91%
TOTALES	1.917.932,00	350.263,00	18,26%

Elaboración propia en base a los datos facilitados por el Servicio Público de Empleo. Datos acumulados. Año 2008.

Estas bonificaciones se concentran fundamentalmente en la contratación de mujeres desempleadas y, en menor proporción, de jóvenes entre 16 y 30 años, de desempleados con ocasión de una maternidad, una adopción o un acogimiento, y de mayores de 45 años de edad.

Contratos bonificados. Año 2008



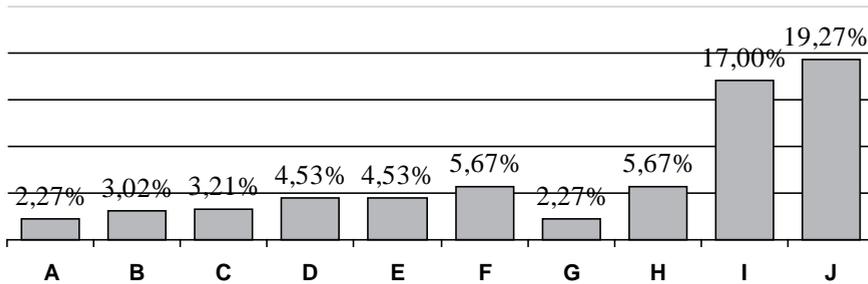
Elaboración propia en base a los datos del Servicio Público de Empleo. Año 2008.

Conforme a la Encuesta Trimestral de Coste Laboral correspondiente al tercer trimestre del año 2008, las reducciones y las bonificaciones en las cuotas constituyeron un ahorro en

(7) El contrato indefinido, el contrato para el fomento de la contratación indefinida y las transformaciones en indefinido.

el coste empresarial a la Seguridad Social del 3,5% de promedio, por trabajador y mes. Tal porcentaje es, como apuntábamos, un mero promedio. El siguiente gráfico refleja, sin embargo, el ahorro empresarial en bonificaciones, con respecto a un contrato indefinido no bonificado, en función del colectivo al que pertenezca el desempleado contratado, partiendo de un coste laboral medio de 26.462,87 euros⁸ anuales.

AHORRO SOBRE EL COSTE TOTAL



A	Desempleados de larga duración
B	Jóvenes desempleados entre 16 y 30 años
C	Mujeres desempleadas
D	Mujeres contratadas en los 24 meses siguientes al parto, a la adopción o al acogimiento
E	Mujeres contratadas tras 5 años de inactividad laboral
F	Víctimas de la violencia de género
G	Desempleados en situación de exclusión social
H	Desempleados con responsabilidades familiares
I	Desempleados con discapacidad
J	Desempleados con discapacidad severa

Pues bien, varias normas aprobadas a finales del año 2008 y a principios de 2009 han introducido nuevos incentivos a la contratación, han mantenido algunos otros –que habían nacido con vigencia meramente anual– y han modificado la cuantía de determinados incentivos, al objeto de fomentar la contratación de colectivos especialmente desfavorecidos (como es el caso de las víctimas de la violencia de género). El objeto del presente estudio no es sino analizar con detalle cada uno de estos nuevos incentivos al empleo.

(8) Según los datos del INE de la Encuesta Anual de Coste Laboral correspondiente al año 2007, teniendo en cuenta el coste salarial más el importe de la cuota patronal a la Seguridad Social.

II. INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN

A) Un nuevo “plan extraordinario a la contratación”

Con el propósito de “seguir protegiendo a quienes, en esta coyuntura difícil, pueden perder su empleo, así como de frenar su destrucción y favorecer su creación” el Gobierno aprobó el RD 1975/2008, de 28 de noviembre⁹, a través del cual se contempló un elenco de medidas en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda. Tan ambicioso objetivo se concretó, en este real decreto, en dos únicos instrumentos de índole laboral: El primero, destinado a fomentar la contratación de un específico colectivo de desempleados. El segundo, dirigido a facilitar el autoempleo, incrementando a este respecto el importe máximo de la prestación por desempleo que pueden capitalizar los beneficiarios que pretendan constituirse como autónomos.

Centrándonos exclusivamente en la primera de estas medidas, el artículo 1.Uno RD 1975/2008 modificó el artículo 3 Ley 43/2006, sustituyendo el ya obsoleto “plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo” –en la medida en que afectaba a los contratos de duración determinada celebrados con anterioridad al 1 de julio de 2006– por otro nuevo plan, también extraordinario, para la contratación indefinida de desempleados con responsabilidades familiares. Conforme a su nueva redacción, las empresas que contraten a trabajadores con responsabilidades familiares tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 125 euros al mes (1.500 euros al año) durante un período de dos años. Si el contrato fuera a tiempo parcial, esta cuantía se modularía mediante la aplicación de los porcentajes correctores previstos en el artículo 7.2 Ley 43/2006.

Para poder beneficiarse de este incentivo, y al margen de los requerimientos establecidos en los artículos 5 y 6 Ley 43/2006, han de cumplirse los siguientes requisitos: a) el contrato ha de celebrarse en un determinado período de tiempo; concretamente, entre la fecha de entrada en vigor de la norma (el día 3 de diciembre de 2008) y el 31 de diciembre de 2010; b) la relación ha de ser de carácter indefinido (con independencia de que sea un contrato indefinido ordinario o de un contrato para el fomento de la contratación indefinida, en aplicación de la Disposición Adicional Primera Ley 12/2001); c) el contrato

**EL NUEVO PLAN PARA
EL FOMENTO
DEL EMPLEO BONIFICA
LA CONTRATACIÓN
DE TRABAJADORES CON
CARGAS FAMILIARES**

(9) BOE de 2 de diciembre de 2008, núm. 290.

debe celebrarse por escrito y en el modelo oficial; d) el profesional ha de encontrarse en situación de desempleo, y e) ha de tener responsabilidades familiares, entendiéndose por tales el tener “uno o más hijos a su cargo”.

Resulta sorprendente que el precepto no defina qué ha de interpretarse por hijo a cargo a estos efectos. Hubiera sido conveniente fijar, al menos, algún límite de edad. Sin embargo, nada dice el legislador al respecto. Al margen de la crítica que merece este importante olvido, la práctica administrativa está entendiendo por tal, el menor de 26 años o mayor de dicha edad discapacitado que carezca de rentas iguales o superiores al salario mínimo interprofesional y que conviva con el desempleado¹⁰, aplicando, en definitiva, de forma analógica la definición prevista por el legislador en el artículo 4.3 RD 625/1985, para la determinación de las cuantías mínimas y máximas de la prestación por desempleo¹¹.

El artículo 1.Dos RD 1975/2008 ha incorporado además un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 7 Ley 43/2006; precepto destinado a establecer el régimen de compatibilidades de las distintas bonificaciones. En su virtud, transcurrido el período de dos años, el empleador podría acogerse a cualquiera de las bonificaciones que pudieran corresponderle y por el tiempo que restara de la misma. Así, por ejemplo, si la empresa contratara con carácter indefinido a una mujer desempleada que tiene un hijo biológico de 13 años, tendría derecho, durante los dos primeros años, a esta nueva bonificación por contratación de desempleados con responsabilidades familiares (1.500 euros/año) y, durante los dos años siguientes, al incentivo establecido por contratación de mujeres (850 euros/año), por cuanto esta última bonificación tiene una duración de 4 años y habría que descontar el período ya consumido por la anterior.

Son varias e importantes las dudas que suscita el precepto. Además de la ya indicada con anterioridad –con respecto a qué ha de entenderse por hijo a cargo–, el legislador tampoco clarifica cuál es el momento que hemos de tomar como referente para determinar cuál o cuáles son las bonificaciones que pudieran corresponder al trabajador; esto es, si la fecha de la contratación o una vez transcurrido el período de dos años. Si la empresa contrata a un trabajador con responsabilidades familiares de 44 años de edad, transcurridos los dos años, ¿podría beneficiarse de la bonificación contemplada para los mayores de 45? Es cierto que el trabajador no acredita tal edad cuando fue contratado, pero sí lo hace una vez extinguida la bonificación anterior.

Partiendo de la lógica que inspira este tipo de incentivos al empleo, parece que los requisitos han de cumplirse en el momento de la incorporación a la empresa. Volviendo a los ejemplos anteriores, si la mujer contratada tuviera un hijo biológico, no de 13 años, sino de 13 meses, la empresa tendría derecho –una vez extinguida la bonificación por contratación de desempleados con responsabilidades familiares– a la prevista por con-

(10) Ver cuadros del Servicio Público de Empleo Estatal describiendo las peculiaridades de los contratos indefinidos bonificados, disponible en Internet: <http://www.inem.es/inem/ciudadano/empleo/contratos/pdf/inderesponfam.pdf>.

(11) BOE de 7 de mayo de 1985, núm. 109.

Nuevas medidas de fomento del empleo

tratación de mujeres en los 24 meses siguientes al parto, a la adopción o al acogimiento (1.200 euros/año) y por el tiempo que restare de la misma, aun cuando en ese momento ya hubieran transcurrido más de 24 meses desde el parto. Y si la empresa contratara a un desempleado –varón– con responsabilidades familiares y 44 años de edad, transcurridos los dos años, no tendría derecho a la bonificación prevista para los mayores de 45, por cuando dicho requisito no se acreditaba al inicio de la relación laboral.

La siguiente duda que plantea el precepto es si la empresa, con el propósito de beneficiarse de la bonificación contemplada en este nuevo plan extraordinario por contratación, podría preguntar al candidato en un proceso de selección si tiene o no responsabilidades familiares. Como sabemos, la LO 1/1982, de 5 de mayo¹², en desarrollo del artículo 18.1 CE, protege al ciudadano frente a todo género de intromisiones ilegítimas en la intimidad personal y familiar (artículo 1). Este derecho conlleva el reconocimiento de la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y al conocimiento de los demás, confiriendo a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda información en la esfera íntima. La tutela de la intimidad personal y familiar del candidato tiene además, en este caso, un valor instrumental, al objeto de protegerle frente a una posible discriminación en el acceso al empleo por sus condiciones o circunstancias personales.

El profesional de los recursos humanos participe en el proceso de selección debería, por tanto, centrarse en averiguar los aspectos del candidato que sean relevantes para el desempeño del concreto puesto de trabajo. Las circunstancias de su vida privada, en la medida en que son irrelevantes en el contexto de la relación laboral, deberían quedar fuera del ámbito de conocimiento del empleador, reputándose por tanto ilegítimas las preguntas relacionadas con su situación personal.

De hecho, con el fin de alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, la LO 3/2007, de 22 de marzo¹³, impuso a las empresas de más de 250 trabajadores la obligación de negociar planes de igualdad; planes que han de contener, entre otras, las materias relativas al acceso al empleo, tal y como reconoce el artículo 46.2 de la ley (encargado de definir los planes y de delimitar su contenido). Pues bien, en la práctica, se constata una tendencia a objetivizar los procesos de selección, impidiendo que las empresas indaguen sobre las circunstancias personales o familiares de los candidatos. Así, por ejemplo, una de las directrices sectoriales fijadas por el convenio colectivo de la industria química para la elaboración, estructura y procedimiento de los planes de igualdad en ámbitos inferiores es el “establecimiento de pruebas objetivas y adecuadas a los requerimientos del puesto ofertado, relacionadas exclusivamente con la valoración de aptitudes y capacidades individuales” (artículo 103 del XV convenio colectivo de la industria química¹⁴).

(12) LO 1/1982, de 5 de mayo (BOE del 14, núm. 115), de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

(13) Ley 3/2007, de 22 de marzo (BOE del 23, núm. 71), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

(14) BOE de 29 de agosto de 2007, núm. 207.

A nivel empresarial, otro ejemplo de lo expuesto lo protagoniza el plan de igualdad del Banco Santander¹⁵, conforme al cual, “en las ofertas y entrevistas se atenderá únicamente a la cualificación requerida para el puesto en cuestión, sin considerar aspectos de contenido sexista”, o el plan de igualdad del Banco Español de Crédito, que establece, como una de las medidas para garantizar la igualdad en el acceso al empleo, el objetivo de “estandarizar los guiones de las entrevistas para que contengan únicamente información necesaria y relevante para el puesto de trabajo”. También el preacuerdo de plan de igualdad de El Corte Inglés¹⁶ ha eliminado en los documentos de selección las cuestiones que van más allá de las curriculares, suprimiendo preguntas relacionadas con el estado civil, el número de hijos, la fecha del matrimonio u otros datos familiares. Y conforme al Plan de igualdad de Mutualia¹⁷, en las pruebas de selección, “se atenderá únicamente a la cualificación requerida para el puesto en cuestión, sin considerar aspectos de contenido personal”.

En definitiva, salvo que el propio candidato hiciera a la empresa partícipe de su situación personal durante el proceso de selección, la empresa sólo tendrá conocimiento de tales circunstancias con posterioridad: bien porque al Servicio Público de Empleo le consten esos datos, bien porque el trabajador quisiera que se tuvieran en cuenta sus circunstancias personales y familiares en el cálculo del tipo de retención del impuesto sobre la renta de las personas físicas y, a tal efecto, las indicara en el modelo 145 de comunicación de datos al pagador¹⁸. En tales casos, la bonificación se habría convertido en un “peso muerto” (haciendo uso del término acogido por los economistas), en la medida en que la contratación de ese candidato se hubiera realizado aun cuando ese incentivo no se hubiese concedido. La medida de fomento del empleo habría perdido, por tanto, su finalidad selectiva, de orientación de la decisión de la empresa para contratar a los colectivos desfavorecidos.

B) Bonificación por la contratación indefinida de beneficiarios de las prestaciones por desempleo

El artículo 5 RD-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas¹⁹ (en adelante, RD-Ley 2/2009) ha aprobado una nueva bonificación de vigencia limitada al objeto de favorecer la contratación de demandantes de empleo perceptores a su vez de prestaciones por desempleo.

(15) Disponible en internet: <http://www.comfia.net/html/9053.html>.

(16) Disponible en internet: <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/80719.pdf>.

(17) Disponible en internet: <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/82335.pdf>.

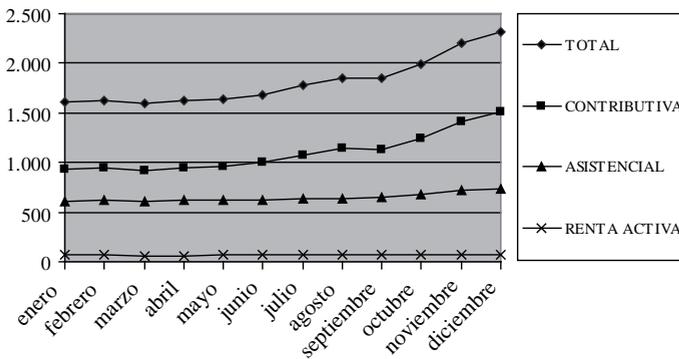
(18) Conforme al modelo aprobado por la Resolución de 11 de diciembre de 2008, (BOE del 18, núm. 304) del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(19) BOE de 7 de marzo de 2009, núm. 57. Este RD-Ley, que fue adoptado sin el apoyo de los agentes sociales, ha sido convalidado por Resolución de 26 de marzo de 2009, (BOE de 3 de abril, núm. 81) del Congreso de los Diputados. No obstante, se aprobó por unanimidad que fuera tramitado como proyecto de ley y en la fecha de cierre de este artículo, sigue abierto el plazo de presentación de enmiendas.

Nuevas medidas de fomento del empleo

Ya vimos cómo los incentivos al empleo pretendían impulsar el acceso al mercado de trabajo de determinados colectivos con especiales dificultades de incorporación a éste. En el caso contemplado en el artículo 5 RD-Ley 2/2009, el propósito del legislador es otro: El colectivo al que pertenezca el trabajador es indiferente; basta con que sea preceptor de prestaciones por desempleo. Lo que se pretende, en definitiva, es favorecer el tránsito desde la situación de beneficiario de la prestación por desempleo a la de trabajador en activo. En enero de 2009, 2.435.894 desempleados eran perceptores de prestaciones por desempleo y hemos de partir de un gasto medio de 1.068,20 euros mensuales por beneficiario, incluyendo las cotizaciones a la Seguridad Social²⁰. De hecho, ya apuntó el Ministro de Trabajo que, teniendo en cuenta el crecimiento del paro, el Servicio Público de Empleo Estatal finalizaría con déficit el año 2009²¹.

BENEFICIARIOS SEGÚN TIPO DE PRESTACIÓN



**EL IMPORTE
DE LA PRESTACIÓN POR
DESEMPLEO PENDIENTE
DE PERCIBIR SE DEDUCE
DE LA CUOTA PATRONAL**

Datos en miles. Elaboración propia en base a datos del SPEE. Año 2008. Hay que advertir que éstos incluyen las prestaciones percibidas por los trabajadores eventuales agrarios.

Con el propósito apuntado, el legislador reconoce a las empresas que contraten a desempleados beneficiarios de las prestaciones por desempleo, el derecho a una bonificación del coste de Seguridad Social cuya cuantía se equipara al importe de la prestación por desempleo pendiente de percibir por el beneficiario. De esta manera, el gasto que representa la prestación se destina –no a sustituir la ausencia de rentas– sino a reducir el importe de la cuota patronal con el objeto de favorecer la

(20) Datos del Servicio Público de Empleo Estatal, avance de datos estadísticos: Demandantes de empleo, paro, contratos y prestaciones por desempleo, febrero de 2009.

(21) Noticia publicada en internet: www.dpais.com el día 9 de enero de 2009.

contratación del beneficiario. Esta novedosa medida apoya tanto a la empresa (que ve reducidos sus costes de contratación) como al desempleado (que obtiene de esta manera un nuevo sustituto a su renta perdida), como a la economía, en la medida en que se mantiene la producción.

Para tener derecho a este incentivo, han de cumplirse determinados requisitos:

- En primer lugar, ya hemos visto que el trabajador ha de encontrarse desempleado y ha de ser perceptor de la prestación por desempleo. Hay que advertir que la medida no sólo se destina a los beneficiarios de prestaciones contributivas, sino también a los desempleados que perciban el subsidio asistencial por desempleo o de la renta activa de inserción (artículo 5.1).
- En el caso de ser beneficiario de la prestación contributiva, el legislador exige un requerimiento adicional, pues debe haber cobrado la prestación durante, al menos, un período de tres meses (artículo 5.3).
- Con respecto a la relación laboral, ha de ser de carácter indefinido y suscribirse en el modelo oficial antes del 31 de diciembre de 2009 (artículo 5.1). En el propio contrato, deberá hacerse constar el consentimiento del propio trabajador a la aplicación de la bonificación (artículo 5.5).

Como se aprecia de lo expuesto, la bonificación constituye una medida de fomento del empleo de vigencia temporal pues únicamente afecta a las contrataciones realizadas hasta la fecha indicada. No obstante, el Gobierno evaluará la efectividad de la medida y, en función de la evolución que experimente el empleo y previa consulta de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, podrá establecer la prórroga de su vigencia por un año más (Disposición Final Tercera).

– Por último, el empresario ha de garantizar la estabilidad en el empleo del trabajador contratado durante al menos un año. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro “de las bonificaciones aplicadas”.

– A los requisitos expuestos, hemos de añadir las exigencias contempladas en el programa de fomento del empleo, pues el apartado 8º del artículo 5 se remite expresamente a la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006; si bien, no resulta aplicable la exención prevista en el artículo 6.2 de dicha ley. Esta exclusión conlleva la posibilidad de que se beneficien de esta bonificación las empresas que, en los 12 meses anteriores a la contratación, hayan extinguido contratos bonificados por despido improcedente o por despido colectivo. Esta medida favorece una sustitución de unos trabajadores –por cuya contratación la empresa tuviera derecho a una bonificación cercana a su término– por otros más baratos, difícilmente justificable.

Nuevas medidas de fomento del empleo

Parece que la voluntad del legislador es que, incumplido el deber de mantener en el empleo al trabajador por un período de tiempo igual o superior al año, se reintegren todas las bonificaciones que han sido aplicadas, con independencia del tiempo durante el cual el trabajador haya prestado efectivamente servicios. Esta regulación beneficia, paradójicamente, al empresario que haya mantenido un mes al trabajador en el empleo frente al que haya respetado un período de once meses, pues cada uno de ellos tendrá que reintegrar los incentivos aplicados en tales períodos de tiempo: los correspondientes a un mes, el primero, y los relativos a once meses, el segundo, lo que no parece tener mucho sentido. Por otro lado, esta obligación de reintegrar las bonificaciones que, tras la extinción del contrato, hubieran devenido indebidas resulta compatible con lo previsto en la LISOS, cuyo artículo 22.10 tipifica como infracción grave el obtener o disfrutar de forma indebida bonificaciones o reducciones en el pago de las cuotas sociales que correspondan. Infracción que se sancionará con multa de 626 euros a 6.250 euros por cada uno de los trabajadores afectados [artículo 40.1.b) LISOS].

De acuerdo al tenor literal del precepto, no constituye incumplimiento la extinción del contrato que obedezca a alguna de las siguientes causas: despido disciplinario reconocido o declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente del trabajador (en los grados de total, absoluta o gran invalidez). A *sensu contrario*, sí implicaría un incumplimiento la extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes, el desistimiento del empresario durante el período de prueba, el despido disciplinario reconocido o declarado improcedente —entendemos que, siempre que se opte por la indemnización—, el despido por causas objetivas —con independencia de la causa y de su calificación— e, incluso, la extinción del contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario.

A diferencia de lo que ocurre con el despido improcedente, no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico ningún acto por el que las partes reconozcan la procedencia del despido. Sin embargo, el legislador concibe como eximente el despido reconocido o declarado procedente. Hemos de entender, por tanto, que se trata de un mero reconocimiento tácito del trabajador; reconocimiento que habrá que deducir de la ausencia de impugnación por su parte de la decisión extintiva. El problema es que tal regulación puede favorecer, en la práctica, situaciones de fraude; situaciones de connivencia entre el empresario y el trabajador para que este último se aquiete al despido (a cambio de una contraprestación económica, por ejemplo) al objeto de evitar las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación de mantenimiento del empleo.

El importe de la bonificación asciende al 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes y se prolonga por un plazo máximo de tres años. En efecto, el derecho a este incentivo puede extinguirse con anterioridad a la llegada de los tres años en la medida en que —como hemos visto— el legislador vincula el importe de la bonificación a la cuantía de la prestación o del subsidio por desempleo o de la renta activa de inserción. Así, al margen de la limitación temporal, el legislador introduce una segunda limitación cuantitativa, pues la bonificación no podrá superar en ningún caso el importe de la prestación que tuviera pendiente de percibir el beneficiario al inicio de la relación laboral. A tal fin, el empresario ha de requerir al trabajador un certificado del Servicio

Público de Empleo Estatal en el que conste la cuantía remanente, pues se trata de un dato confidencial que la empresa no puede obtener directamente.

Partiendo de lo expuesto y tomando como ejemplo la prestación por desempleo contributiva, la cuantía de la bonificación oscilaría entre un máximo de 26.899,92 euros, en cómputo global (para un desempleado que estuviera percibiendo la prestación en su cuantía y duración máxima)²², y 492,08 euros (para un desempleado que, por el contrario, estuviera percibiendo la prestación en su cuantía y duración mínima)²³.

Teniendo en cuenta que la cuantía de la bonificación se vincula al importe de la prestación y partiendo de los criterios de su cálculo, este incentivo favorece la contratación de desempleados con una buena trayectoria profesional (porque en su anterior empresa vinieran cotizando por bases muy altas y/o porque acreditaran un largo período cotizado); desempleados que, por ese mismo motivo, podrían haber percibido indemnizaciones por extinción de contrato superiores. En definitiva, esta regulación reduce las posibilidades de contratación de quien más lo necesita²⁴. Ello pone de manifiesto que el propósito del legislador no es tanto proteger la situación de necesidad en la que se encuentra el desempleado, como reducir el elevado número de beneficiarios de las prestaciones por desempleo.

Conforme al tenor literal de la norma, si el contrato de trabajo se celebrara a tiempo parcial, la cuantía de la bonificación “se reducirá en proporción a la jornada pactada”. No alcanzamos a comprender el propósito del legislador. La bonificación contemplada en el artículo 5 RD-Ley 2/2009 reviste carácter porcentual y no fijo; o dicho de otra manera, se calcula aplicando un porcentaje a la cuota patronal por contingencias comunes. Por tanto, su importe disminuye o aumenta conforme lo haga el salario del trabajador, en la medida en que la cuota se calcula sobre la base de cotización y ésta a su vez sobre la retribución percibida por el empleado. Si el contrato se celebrara a tiempo parcial, teniendo en cuenta que el salario se reduce en proporción a la jornada realizada, la bonificación se adecuaría de forma automática. Carecería, por tanto, de sentido la

(22) La prestación máxima por desempleo contributivo para un beneficiario con dos o más hijos a cargo es de 1.383,99 euros al mes o, lo que es lo mismo, 46,13 euros al día que, multiplicada por 630 días (720 - 90 días, ya que el legislador exige, en el caso de desempleados beneficiarios de la prestación contributiva, haber percibido la misma durante, al menos, tres meses) representa 29.061,90 euros. Lo que ocurre es que el legislador introduce un segundo límite temporal. En su virtud, la bonificación no podrá superar tres años de duración. Si la bonificación representa el 100% de la base de cotización y ésta no puede superar el tope máximo de 3.166,20 euros, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Orden TIN 41/2009, por la que se desarrollan las normas de cotización, la cuota supondría 747,22 euros mensuales (resultado de multiplicar la base máxima, 3.166,20 euros, por el tipo empresarial por contingencias comunes, 23,60%) lo que implica una bonificación en cómputo global de 26.899,92 (747,22 euros mensuales multiplicados por 36 mensualidades, como límite temporal máximo fijado por el legislador). Adviértase que la cuantía de la bonificación es aproximada pues los cálculos se han realizado de acuerdo a la base máxima correspondiente a este año 2009 y hemos de tener en cuenta que este límite aumenta cada año.

(23) La prestación mínima por desempleo contributivo para un beneficiario que no tiene hijos a su cargo asciende a 492,08 euros mensuales; esto es, 16,40 euros al día que, multiplicados por 30 días (120 días - 90 ya consumidos) suponen 492,08 euros de bonificación.

(24) CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO: “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas (Real Decreto-ley 2/2009)”, *Aranzadi Social*, 2009, núm. 2, pág. 4 de 21 (versión digital).

advertencia del legislador, salvo que su propósito fuese otro: reducir el porcentaje aplicable sobre la cuota en proporción a la jornada realizada, de manera que si se trabaja la mitad de aquélla el porcentaje a aplicar fuese el 50 en vez del 100%, en cuyo caso, los contratos a tiempo parcial merecerían una doble penalización. Pero no parece que sea ésta la intención del legislador por dos motivos. En primer lugar, por el sentido propio de sus palabras, en la medida en que el precepto advierte de que lo que se reduce es la cuantía de la bonificación y no el porcentaje aplicable. En segundo lugar, por la finalidad de la propia norma. Como tendremos oportunidad de analizar en el epígrafe siguiente, el RD-Ley 2/2009 adopta una serie de medidas precisamente para impulsar el contrato a tiempo parcial y esta doble penalización apuntada colisionaría con tal propósito. Por lo expuesto, nos inclinamos a pensar que la interpretación correcta es la primera y que se trata, por tanto, de una redundancia legislativa.

La bonificación a que se refiere el artículo 5 RD-Ley 2/2009 se aplicará automáticamente en los correspondientes boletines de cotización y resulta incompatible con cualesquiera otras previstas con la misma finalidad. Así, en el caso de que la contratación de un trabajador pudiera dar lugar simultáneamente a la aplicación de otras bonificaciones, sólo podrá aplicarse una de ellas, correspondiendo la opción al empresario en el momento de formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social. A diferencia de lo que ocurre con la bonificación por contratación de desempleados con responsabilidades familiares que, finalizada ésta, el empresario puede acogerse a cualquier otra bonificación a que pudiera tener derecho, nada dice el legislador en esta ocasión al respecto. Por lo tanto, extinguida la bonificación (por agotamiento de la cuantía o por llegada del término máximo), el beneficiario no tendría derecho a ninguna otra, salvo a las previstas por mantenimiento del empleo, en el caso de que el trabajador se encontrara en algunos de los supuestos merecedores de protección.

Finalmente, sí que es importante hacer constar que el disfrute de la bonificación por el empresario (aun cuando su importe se equipara a la cuantía de la prestación) no afectará al derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir; de ahí que no se entienda bien el porqué se requiere el expreso consentimiento del trabajador a la aplicación de la medida.

**SI LA CONTRATACIÓN
DIERA LUGAR A VARIAS
BONIFICACIONES, SÓLO
SE PODRÁ APLICAR
UNA DE ELLAS**

C) Especial impulso a la contratación indefinida a tiempo parcial

El RD-Ley 2/2009 apuesta por favorecer la contratación indefinida a tiempo parcial en la medida en que representa un tipo de relación que “por las ventajas que ofrece de cara a una mejor conciliación de la vida laboral y familiar y para una más adecuada organización del trabajo puede resultar especialmente atractivo para trabajadores y empresarios” y que, aunque el legislador no lo mencione de forma expresa, representa un claro mecanismo de reparto de un bien, en este momento escaso, como es el empleo. Con tal propósito, el legislador introduce las siguientes medidas:

En primer lugar, el artículo 6.Uno RD-Ley 2/2009 ha modificado la redacción del artículo 1.1 Ley 43/2006. A raíz de esta reforma, el Programa para el fomento del empleo contemplado en este cuerpo normativo se dirige no sólo a la contratación de desempleados, sino también a la contratación de empleados demandantes de mejor empleo, cuando éstos se encuentren prestando servicios con un contrato a tiempo parcial cuya jornada sea inferior a un tercio de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

En segundo lugar, el artículo 6.Dos RD-Ley 2/2009 confiere una nueva redacción al artículo 2.7 Ley 43/2006. Como sabemos, el Programa para el fomento del empleo se caracterizó por implantar unos incentivos a la contratación de importe fijo y no porcentual, lo que exigió el necesario establecimiento de un mecanismo de corrección para adaptar el importe de la bonificación a la jornada realizada por el trabajador. Concretamente, se previeron tres reducciones en el importe íntegro de la bonificación: a) una reducción mínima de un 25%, cuando la jornada era igual o superior a la mitad de la jornada completa y no alcanza las tres cuartas partes de ésta; b) una reducción media de un 50%, cuando la jornada era igual o superior a la cuarta parte de la jornada habitual e inferior en la mitad; y c) una reducción máxima de un 75%, en el caso de que la jornada realizada por el trabajador no llegara a la cuarta parte de la jornada de un contrato a tiempo completo.

Pues bien, conforme a la nueva redacción, el importe de la bonificación correspondiente a los contratos a tiempo parcial es el resultado de aplicar, a la cuantía prevista, un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato, pero incrementado en un 30%, sin que en ningún caso pueda superar el 100% del importe total. Adviértase que, de acuerdo al tenor literal del precepto, no se establece un incremento lineal de 30 puntos, sino un incremento del 30% sobre la jornada realizada. En su virtud, si un trabajador prestara servicios el 50% de la jornada, la empresa se beneficiaría de un 65%²⁵ del importe de la bonificación que correspondiera en función del colectivo al que perteneciese el trabajador. Y si el trabajador asumiera el 80% de la jornada, el porcentaje a aplicar sería del 100% pues, aun cuando el porcentaje de jornada realizada, incrementado en un 30%, alcanzase el 104%, no se podría superar el límite de la cuantía de la bonificación. No obstante, resulta dudosa la interpretación del precepto, pues de tal redacción se deriva una consecuencia ilógica en una reforma que tiene por objeto estimular la contratación a tiempo parcial: Las bonificaciones actuales resultan en algunos casos iguales o inferiores a las

(25) 50% + 30% de 50.

Nuevas medidas de fomento del empleo

establecidas con anterioridad, tal y como se constata en la siguiente tabla, lo que nos lleva a plantearnos si no estamos ante un defecto de redacción del legislador y que su propósito era incrementar en 30 puntos el porcentaje aplicable.

BONIFICACIÓN CONTRATOS TIEMPO PARCIAL		
% DE JORNADA REALIZADA	BONIFICACIÓN	
	ANTES	AHORA
10%	25%	13%
20%	25%	26%
30%	50%	39%
40%	50%	52%
50%	75%	65%
60%	75%	78%
70%	75%	91%
80%	100%	100%
90%	100%	100%

Interpretando el precepto en sus propios términos, si la empresa contratara a un trabajador desempleado con responsabilidades familiares mediante un contrato a tiempo parcial cuya jornada representara el 50% de la jornada completa, tendría derecho a una bonificación de 975 euros al año²⁶, durante un período de dos años. De lo expuesto, se deduce que la empresa obtendría un beneficio superior si, para cubrir una misma vacante a tiempo completo, empleara a varios trabajadores a tiempo parcial en vez de a uno solo. Continuando con el ejemplo anterior, si la empresa ocupara la vacante con un único trabajador (desempleado con responsabilidades familiares), el ahorro empresarial ascendería a 1.500 euros anuales. Por el contrario, si la empresa cubriera ese puesto con dos empleados a tiempo parcial (también desempleados con responsabilidades familiares) que asumirían, cada uno de ellos, la mitad de la jornada ordinaria de trabajo, el ahorro supondría 1.950 euros al año en cómputo global, pues el límite del 100% de la cuantía opera por trabajador contratado, no por jornada completa cubierta.

III. INCENTIVOS POR MANTENIMIENTO DEL EMPLEO

A) La reducción en caso de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural

La Disposición Adicional Séptima Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009²⁷ (en adelante, LPGE de 2009), ha mantenido la re-

(26) Resultado de aplicar a la cuantía de la bonificación (1.500 euros anuales) un 65% (50% incrementado en un 30%).

(27) BOE de 24 de diciembre de 2008, núm. 309.

ducción en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo, motivado por una situación de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural²⁸.

Como sabemos, el personal sanitario del servicio de prevención ha de estudiar y valorar, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente [artículos 26 LPRL y 37.3.g) RD 39/1997²⁹]. Si el resultado de la evaluación revelase un posible riesgo para la mujer embarazada, para el feto o para el hijo lactante, el empresario deberá adoptar determinadas medidas al objeto de evitar la exposición de la trabajadora al mismo: En primer lugar, la empresa deberá adaptar el puesto de trabajo lo que puede conllevar, en caso de ser necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. En segundo lugar, si tal adaptación no fuese posible o, siéndolo, resultase ineficaz (porque el puesto siguiera siendo perjudicial y así lo certificaran los servicios médicos del INSS o de la Mutua —en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales—, con el informe del médico del servicio nacional de salud que asista facultativamente a la trabajadora), el empresario deberá reubicar a la empleada en un nuevo puesto de trabajo compatible con su situación, hasta el momento en el que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto anterior. Si no existiese un puesto compatible dentro del mismo grupo profesional o en una categoría equivalente, el propio legislador permite que el cambio exceda esos contornos; si bien, la trabajadora conservará en tal caso el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Finalmente, si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pudiera exigirse por motivos justificados, el contrato de trabajo quedaría en situación de suspensión durante la cual la trabajadora percibiría un subsidio del sistema de Seguridad Social que ascendería al 100% de la base de cotización por contingencias profesionales anterior a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato.

Centrándonos en ese segundo nivel de protección, ya apuntamos que, cuando el cambio de puesto de trabajo excede los límites del grupo profesional o se produce entre categorías profesionales no equivalentes, la trabajadora mantiene la retribución del puesto de origen. Esta garantía resulta adecuada si las funciones encomendadas son inferiores; no así si son superiores, en cuyo caso, y teniendo en cuenta la remisión que realiza el propio artículo 26 LPRL a las reglas y criterios que se aplican en los supuestos de movilidad funcional ex artículo 39 ET, consideramos que si la trabajadora realizara funciones correspondientes a una categoría profesional superior, percibiría la retribución correspondiente a esta última. Una interpretación contraria conllevaría un enriquecimiento injusto del empresario y una vulneración de los criterios de movilidad funcional ya mencionados³⁰.

(28) En los mismos términos a como lo había hecho con anterioridad la Disposición Adicional Quinta Ley 51/2007, de 26 de diciembre (BOE del 27, núm. 310), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

(29) RD 39/1997, de 17 de enero (BOE del 31, núm. 27), por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

(30) GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, APARICIO TOVAR, Joaquín: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, págs. 174 y 175. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Protección de trabajadores espe-

En los supuestos de movilidad funcional descendente, la aplicación del artículo 26 LPRL puede provocar por tanto un desequilibrio entre las prestaciones objeto del contrato de trabajo, en la medida en que el legislador impone a la empresa abonar a la trabajadora el conjunto de retribuciones de su puesto de origen. A mayor abundamiento, si la garantía retributiva prevista por el legislador en el artículo 39 ET no alcanza los conceptos salariales vinculados al puesto de trabajo, en la medida en que éstos no conforman el *status* profesional del trabajador (por todas, STS de 25 de febrero de 1999, recurso 1944/1998), el artículo 26 LPRL es claro a este respecto: la trabajadora conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen, lo que parece incluir también los complementos que pudiera tener aquél³¹. Así lo viene entendiendo, de hecho, la doctrina judicial que ha reconocido el derecho de la trabajadora a percibir el complemento de guardias de alerta —aun cuando no las realice— (STSJ de Madrid de 28 de julio de 1999, recurso 2623/1999) o el complemento de turnicidad o nocturnidad —aun cuando se le haya eximido de trabajar a turnos y de prestar servicios durante la noche— (STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2003, recurso 551/2002).

**PARA EVITAR
LA SUSPENSIÓN
DEL CONTRATO,
SE REDUCE LA CUOTA
PATRONAL SI SE REUBICA
A LA TRABAJADORA**

En el artículo 39 ET, esta garantía retributiva encuentra su fundamento en el hecho de que la movilidad funcional trae su causa en una decisión unilateral del empresario en interés de la propia empresa. El cambio de puesto de trabajo regulado en el artículo 26 LPRL obedece a otra lógica. La movilidad funcional opera —no por decisión unilateral del empresario— sino por imperativo del legislador y en protección de la propia trabajadora como portadora de vida. Lo que se pretende con esta garantía retributiva es evitar que la carga económica de la maternidad sea soportada por la mujer, trasladando a la empresa el peso de la misma.

El problema es que esta regulación podría tener un “efecto boomerang” en contra de las propias mujeres en período de edad fértil y podría favorecer el que la empresa intente lograr la suspensión del contrato, en vez de la reubicación de la trabajadora en otro puesto de trabajo, con el perjuicio que ello implica

cialmente sensibles a determinados riesgos”, en AA.VV.: *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 46. PALOMO BALDA, Emilio: “Grupos especiales de riesgo”, en AA.VV.: *Ley de Prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 317.

(31) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos...” op. cit., pág. 46. PALOMO BALDA, Emilio: “Grupos especiales de riesgo”, op. cit., pág. 320.

tanto para la mujer –que se ve apartada temporalmente del mercado laboral– como para el mismo sistema público de pensiones.

Pues bien, con el objeto de paliar el desequilibrio contractual que el cambio de puesto de trabajo pudiera ocasionar, el legislador ha previsto una reducción de las cuotas de la Seguridad Social. Dicha reducción asciende a un 50% de la cotización devengada durante el período de permanencia del empleado en el nuevo puesto de trabajo y se aplica, exclusivamente, sobre la cuota patronal por contingencias comunes. Adviértase que el legislador ha configurado esta deducción como una reducción en las cuotas y no como una bonificación. De esta manera, su importe va a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social³², informándose en la casilla 209 del TC1.

Si la reubicación de la trabajadora en otro puesto de trabajo no conllevara un cambio de cuenta de cotización, la empresa, al inicio de la situación, debería tramitar ante la Tesorería General de la Seguridad Social un “cambio de contrato”, haciendo constar su motivo³³. Por el contrario, si el cambio de puesto de trabajo conllevara un cambio de código de cuenta de cotización, la empresa deberá tramitar una baja en el código de cuenta originario con fecha del día anterior al que se produzca el cambio de puesto (clave 99)³⁴ y un alta en el código de destino.

Hubiera sido conveniente que esta reducción en las cuotas a la Seguridad Social hubiera sido complementada con una subvención para los supuestos en los que la empresa se hubiera acogido a la primera de las medidas preventivas contempladas en el artículo 26 LPRL: la adaptación del puesto de trabajo, por cuanto dicha adaptación puede implicar un coste para la empresa superior incluso al derivado del cambio de puesto, con el efecto perverso antes apuntado³⁵.

Esta misma reducción del 50% de la cuota patronal por contingencias comunes se hace extensiva a aquellos casos en que se produzca un cambio de puesto de trabajo por razón de una enfermedad profesional. Ahora bien, esta concreta deducción se aplicará “en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen”. Su entrada en vigor se condiciona así a un futuro desarrollo reglamentario, que todavía no se ha producido.

Por el contrario, esta reducción no se aplica en los supuestos de reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su estado, tras una declaración de incapacidad permanente, a pesar de que es éste uno de los objetivos de la Estrategia Global de Acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012, de 26 de septiembre de 2008,

(32) A diferencia de las bonificaciones cuyo coste es asumido por el Servicio Público de Empleo Estatal.

(33) Ver Boletines de Noticias RED 2008/1 (febrero), disponible en internet: www.seg-social.es.

(34) Tabla 21. Tablas y formatos comunes, Sistema Red, Instrucciones Técnicas.

(35) En esta línea, MORENO GENÉ, JOSEP, ROMERO BURILLO, Ana Mª.: *Maternidad y salud laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 49.

en concreción de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007³⁶.

Así es, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Partes deberán salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, incluso para las que adquieran una discapacidad durante el empleo. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico prevé la ineptitud sobrevenida³⁷ como causa de extinción objetiva del contrato por decisión unilateral del empresario [artículo 52.a) ET] y regula la incapacidad permanente, en los grados de total, absoluta y gran invalidez como causa de extinción de la relación laboral [artículo 49.1.e) ET]. No se impone, por tanto, al empresario la obligación de reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual, aun en el caso de que existiera en la empresa un puesto de trabajo de tales características. La empresa no tiene, por tanto, ninguna obligación legal de asignar al trabajador otras funciones. Muy al contrario, el deterioro de las capacidades laborales o la mera declaración de incapacidad habilita al empresario para extinguir el contrato de trabajo.

Es cierto que sí se prevén determinadas garantías al mantenimiento del empleo como la suspensión del contrato durante dos años si el órgano de calificación de la incapacidad permanente considera que es previsible la recuperación del trabajador (artículo 48.2 ET) o como el reconocimiento de un derecho preferente al reingreso en la última empresa en la que el trabajador hubiera prestado servicios, en el caso de que hubiera recuperado –total o parcialmente– su capacidad de trabajo (artículo 2 RD 1451/1983). No obstante lo anterior, no creemos que tales cautelas aseguren el principio de mantenimiento del empleo que consagra el citado artículo 27 de la Convención, en los supuestos de discapacidad sobrevenida.

A mayor abundamiento, las bonificaciones que contempla el legislador como incentivos al empleo de trabajadores con discapacidad, se refieren exclusivamente a la contratación *ex novo* de desempleados minusválidos o pensionistas de una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y a la transformación, en tales casos, de determinados contratos temporales en indefinidos. Ningún incentivo se prevé para el supuesto de un trabajador que adquiera una minusvalía o se le reconozca una incapacidad permanente durante el desarrollo de la relación laboral. De hecho, una de las pocas exclusiones que afecta a los desempleados con discapacidad es la que deja fuera del ámbito de aplicación del programa para el fomento del empleo a los trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación, hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido. Se evita con ello el fraude que supondría el que la empresa, tras una discapacidad sobrevenida del trabajador, acordara con el empleado la resolución de la relación laboral, con el compromiso de contratarle con posterioridad, una vez que éste se hubiera inscrito como demandante de empleo; beneficiándose con ello de los incentivos previstos por contratación.

(36) BOE de 21 de abril de 2008, núm. 96.

(37) Entendida ésta como inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.” (por todas: STS de 2 de mayo de 1990).

No cabe duda de que resulta complejo defender una regulación que imponga, en todo caso, la reubicación del trabajador, sin tener en cuenta la existencia de vacantes, el volumen y la configuración de la plantilla de la empresa. Convendría, por tanto, diseñar una política que favoreciera el mantenimiento del empleo de las personas que adquirieran una discapacidad durante la relación laboral, reconociendo –al margen de los incentivos ya existentes por contratación–, el derecho a la subvención por adaptación del puesto de trabajo –prevista en el artículo 12 RD 1451/1983³⁸ y desarrollada por la Orden de 13 de abril de 1994³⁹–, así como a una reducción de los costes de Seguridad Social en el caso de que el empresario reubicara al trabajador en un puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. De hecho, en esta misma línea se pronuncia la Estrategia Global de Acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012 que prevé, entre sus objetivos, “estudiar la posibilidad de ayudas para la adaptación de puestos de trabajo en los casos de discapacidad sobrevenida y en los de cambio de puesto de trabajo en la empresa y de movilidad geográfica (Objetivo 6.6).

A pesar de lo expuesto, el legislador únicamente ha reconocido el derecho a la reducción del 50% de la cuota patronal por contingencias comunes en dos supuestos de cambio de puesto de trabajo: el derivado de una situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural y el que trae su causa en una enfermedad profesional.

B) Trabajadores mayores de 59 años de edad

La Disposición Adicional Quinta LPGE 2009, en los mismos términos que la Disposición Adicional Vigésimasegunda de la LPGE 2008⁴⁰, prevé una reducción de cuotas para el mantenimiento en el empleo de los trabajadores mayores de 59 años de edad. Para beneficiarse de ella será necesario que los empleados estén vinculados a la empresa con un contrato de carácter indefinido y que acrediten una antigüedad en la empresa de cuatro o más años. Si al cumplir los 59 años de edad el trabajador no tuviere la antigüedad señalada, la reducción no sería aplicable sino hasta el momento en el que la alcanzase.

La duración de la reducción será de un año y su importe asciende a un 40% de la cuota patronal por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas. A este respecto, hemos de tener en cuenta el artículo 30 de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional contenidas en la LPGE

(38) RD 1451/1983, de 11 de mayo (BOE de 4 de junio, núm. 133), por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos.

(39) Orden 13 de abril de 1994, por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, establecidas en el Capítulo II del Real Decreto 1451/1983 (BOE de 5 de mayo de 1994, núm. 107).

(40) Ley 51/2007 (BOE de 27 de diciembre de 2007, núm. 310), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

2009⁴¹, conforme al cual la cuota sobre la que opera la reducción será el resultado de aplicar a la correspondiente base de cotización un tipo del 22,18% –después de haber descontado del tipo empresarial por contingencias comunes (26,30%) el porcentaje correspondiente a la incapacidad temporal por tales contingencias (1,42%)–. No obstante lo anterior, en relación con los trabajadores por cuenta ajena del régimen especial agrario, la reducción se calculará sobre la cuota resultante de aplicar sobre la base de cotización correspondiente, un tipo del 14,57%, salvo que se trate de trabajadores no incluidos en el censo agrario, en cuyo caso resultaría aplicable el tipo general.

De esta reducción podrán ser beneficiarias las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y las sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

Esta reducción constituye un incentivo que ha de enmarcarse dentro de un conjunto de medidas a través de las cuales se pretende favorecer el mantenimiento en el empleo de los trabajadores maduros. No podemos perder de vista los siguientes datos: Si la tasa de actividad media de los trabajadores entre 20 y 54 años de edad es del 81,19%, este porcentaje disminuye hasta el 61% en el caso de los trabajadores entre 55 y 59 años de edad, y hasta el 36,42% entre los 60 y los 64 años⁴².

Una de estas medidas se encuentra en el artículo 4.1 Ley 43/2006 que establece una bonificación del 50% de la cuota patronal por contingencias comunes (salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas) por los contratos de trabajo de carácter indefinido de los trabajadores de 60 o más años que acrediten en la empresa una antigüedad de, al menos, 5 años; porcentaje que se incrementa anualmente en un 10% hasta alcanzar el máximo del 100%.

Por su parte, el artículo 11 Ley 35/2002 añadió un nuevo artículo 112 bis a la LGSS y un nuevo apartado tercero a su Disposición Adicional Trigésima Primera, al objeto de exonerar del pago de la cuota correspondiente a los trabajadores con contratos indefinidos que tengan 65 o más años de edad y acrediten 35 años de cotización efectiva a la Seguridad Social,

**DESDE LOS 59 AÑOS
EXISTEN REDUCCIONES
EN LA CUOTA
CON EL OBJETIVO
DE MANTENER EL EMPLEO**

(41) BOE de 24 de enero de 2009, núm. 21.

(42) Datos INE: Encuesta de Población Activa, año 2008.

sin computar a tales efectos los días cuota. Si al cumplir los 65 años de edad, el trabajador no tuviese 35 años cotizados, tal exención será de aplicación a partir de la fecha en que se cumpliera el requisito de carencia exigido. Este incentivo se caracteriza por alcanzar tanto a la cuota patronal como a la cuota obrera y por abarcar tanto las contingencias comunes (salvo por incapacidad temporal derivada de ellas), como las contingencias de recaudación conjunta: desempleo, FOGASA y formación profesional. Conforme a lo expuesto, sólo se cotiza por las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional y por la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. A este respecto, hemos de tener en cuenta el ya citado artículo 30 de la Orden TIN/41/2009, en cuyo apartado primero establece que el tipo de cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en los supuestos a que se refiere el artículo 112 bis LGSS, será el 1,70% del que el 1,42% será a cargo de la empresa y el 0,28% a cargo del trabajador.

Pues bien, con respecto a los requisitos que han de cumplir los beneficiarios, los supuestos excluidos y las reglas de incompatibilidades o de reintegro de los beneficios, la propia Disposición Adicional Quinta LPGE de 2009 se remite al programa de fomento del empleo contenido en la Ley 43/2006. De esta remisión se desprende que la reducción del 40% de las cuotas no resultaría compatible con las restantes bonificaciones que integran el programa de fomento del empleo, pues la compatibilidad —como excepción a la regla general— sólo se predica, en el artículo 7.1 Ley 43/2006, de las bonificaciones por contratos indefinidos con trabajadores de sesenta o más años de edad, lo que carece de toda lógica y plantea múltiples problemas de aplicación práctica. Lo suyo hubiera sido configurar esta reducción en los mismos términos que los demás incentivos que forman parte del marco de protección del colectivo de trabajadores maduros en el que se integra.

C) Trabajadores afectados por regulaciones temporales de empleo

La situación de crisis que atraviesa la economía española está provocando una preocupante destrucción del empleo. Ya apuntamos cómo, en el año 2008, más de un millón de personas perdieron su puesto de trabajo y cómo fueron autorizados más de seis mil expedientes de regulación de empleo. Pues bien, con el propósito de favorecer que estos expedientes empresariales de crisis no impliquen la extinción del contrato, sino la mera suspensión o la reducción temporal de la jornada, el legislador introduce una nueva bonificación que disminuye el coste empresarial a la Seguridad Social durante estos períodos de desempleo parcial.

Como sabemos, el artículo 106.3 LGSS vincula la obligación de cotizar al período en el que el trabajador se encuentra prestando servicios. Y, de acuerdo a lo previsto en el artículo 109 de este mismo cuerpo legal, la base de cotización a la Seguridad Social está constituida por la remuneración total que, con carácter mensual, perciba el trabajador cualquiera que sea su forma o su denominación. De acuerdo a lo expuesto, podría parecer que los expedientes de regulación de empleo que tuvieran como efecto la suspensión del contrato o la reduc-

Nuevas medidas de fomento del empleo

ción temporal de la jornada no implican un coste de Seguridad Social para la empresa, en la medida en que, en el primer caso, el contrato se encuentra en suspenso —y la regla general es que, durante tal período, permanece también latente la obligación de cotizar— y, en el segundo, el trabajador ve reducida su jornada con la reducción proporcional del salario lo que implicaría, a su vez, la reducción proporcional de la cuota patronal.

Sin embargo, con base en lo establecido en el artículo 214.2 LGSS, durante el desempleo parcial, la empresa debe seguir ingresando a la TGSS la cuota patronal a la Seguridad Social, siendo la entidad gestora la que ingrese el 100% de la aportación del trabajador, previamente descontado el 65% de la cuota obrera del importe de la prestación (artículo 214.4 LGSS). A tales efectos, se ha de tomar como base el promedio de las bases de cotización de los seis meses de ocupación cotizada anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (artículo 70.1 RD 2064/1995⁴³ y artículo 8.2 Orden TIN/41/2009). Por lo expuesto, y como excepción a la regla general, se mantiene la obligación de cotizar durante estos períodos de inactividad.

Pues bien, al objeto de apoyar a las empresas en dificultades y de favorecer que los expedientes de regulación de empleo tengan unos efectos menos drásticos, el artículo 1 RD-Ley 2/2009 introduce una nueva bonificación en los supuestos de regulaciones temporales de empleo. El importe de la bonificación asciende al 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas durante la suspensión del contrato de trabajo o durante la reducción temporal de la jornada, con un máximo de 240 días y será compatible con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad con el límite, obviamente, del 100% de la cuota patronal. El límite temporal fijado por el legislador (240 días) resulta suficientemente amplio, si tenemos en cuenta que la media de días de suspensión por trabajador fue, durante el año 2008, de 86 días⁴⁴.

Partiendo de la remisión que el artículo 1.3 RD-Ley 2/2009 realiza a los apartados 3º y 4º del artículo 1 Ley 43/2006, pueden ser beneficiarias de esta bonificación las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y las sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. Queda, sin embargo, excluida la Administración General del Estado y los Organismos regulados en el Título III y en la Disposición Adicional Décima Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales y sus Organismos públicos.

Por otro lado, y teniendo en cuenta el envío efectuado por el legislador a las letras a) y b) del artículo 6.1 Ley 43/2006, también quedan excluidos del ámbito de aplicación de este incentivo los siguientes trabajadores: a) Los que estén vinculados al empresario mediante una relación laboral de carácter especial (salvo la relativa a los trabajadores con discapa-

(43) RD 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 25 de enero de 1996, núm. 22), por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

(44) Datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Boletín de Estadísticas Laborales., Regulación de empleo: Días de suspensión y horas de reducción de jornada.

cidad que presten servicios en centros especiales de empleo) y b) Los parientes hasta el segundo grado, por consanguinidad o afinidad, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos.

Para tener derecho a esta bonificación, se han de cumplir además los siguientes requisitos: En primer lugar, la empresa ha de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social y no ha de haber sido excluida del acceso a los programas de fomento del empleo como consecuencia de la comisión de infracciones muy graves en materia de empleo y de protección por desempleo⁴⁵ (artículo 1.3 RD-Ley 2/2009, en relación con el artículo 5 Ley 43/2006 al que expresamente se remite). En segundo lugar, el trabajador ha de haber visto suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo con carácter temporal como consecuencia de un expediente de regulación de empleo autorizado. Y, finalmente, la empresa ha de mantener en el empleo al trabajador durante, al menos, un año después de finalizada la suspensión del contrato o la reducción de la jornada. De acuerdo al tenor literal del artículo 1.2 RD-Ley 2/2009, no se considera incumplida esta obligación cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido procedente, por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente del trabajador. Como se aprecia con facilidad, el criterio es el mismo que el previsto por el legislador para tener derecho a la bonificación por contratación de desempleados perceptores de prestaciones por desempleo (artículo 5 RD-Ley 2/2009).

El incumplimiento de la obligación de mantener el empleo del trabajador durante, al menos, un año desde la finalización de la situación de desempleo parcial conlleva el deber de reintegrar el importe de la bonificación, junto con el recargo y el interés de demora correspondiente (artículo 1.2 RD-Ley 2/2009, en relación con el artículo 9 Ley 43/2006, al que se remite el artículo 3 de manera expresa). El reintegro de las bonificaciones aplicadas sería además compatible con la sanción administrativa prevista en la LISOS con ocasión de la trasgresión del artículo 22.10 que, como ya vimos, tipifica como infracción de carácter grave el disfrutar de forma indebida de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social.

Este incentivo resulta de aplicación a las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009 (artículo 1.5 RD-Ley 2/2009). De haberse resuelto el ERE con carácter previo a la publicación en el BOE del RD-Ley 2/2009, la Disposición Transitoria Segunda prevé la devolución de las cuotas devengadas desde la fecha de efectos del artículo 1 (el 1 de octubre de 2008) hasta la fecha de la entrada en vigor del real decreto (el 8 de marzo de 2009); cuotas que, tras la aprobación de este artículo, devendrían indebidas. No obstante, es importante hacer constar

(45) Así es. Conforme a lo previsto en el artículo 46.2 LISOS, al margen de la sanción pecuniaria que pudiera corresponder, los empresarios que comentan infracciones muy graves en materia de empleo y de protección por desempleo podrán ser excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por un período máximo de un año.

que la propia disposición condiciona la devolución de las cuotas a la previa solicitud de la empresa a la Tesorería General de la Seguridad Social.

D) Bomberos del sector público que hayan alcanzado la edad que les abre el acceso a la pensión de jubilación

Como es sobradamente conocido, la edad ordinaria de jubilación se sitúa en los 65 años de edad [artículo 161.1.a) LGSS]. No obstante, el legislador permitió que, de forma reglamentaria, se rebajara la edad de jubilación de los profesionales que prestaran o hubieran prestado servicios, durante un determinado período de tiempo, en actividades especialmente penosas, tóxicas, peligrosas e insalubres, en las que se constataran elevados índices de morbilidad [anterior artículo 161.2 LGSS (actual artículo 161 bis LGSS), en relación con la Disposición Adicional Cuadrágésima Quinta del mismo cuerpo legal].

En base a la citada habilitación legal, el Gobierno reconoció la reducción de la edad de jubilación a los determinados colectivos de trabajadores, como los profesionales del sector de la minería del carbón⁴⁶, los ferroviarios⁴⁷, los trabajadores del mar⁴⁸, los artistas⁴⁹, los profesionales taurinos⁵⁰ y el personal de vuelo en trabajos aéreos⁵¹. En esta línea, la Disposición Adicional Vigésima Segunda Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE del 5, núm. 291), de medidas en materia de Seguridad Social impuso al Gobierno la obligación de presentar a la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados un informe sobre las medidas a adoptar para reducir la edad de acceso a la pensión de jubilación al colectivo de bomberos.

**SE HA PREVISTO UNA
NUEVA REDUCCIÓN
EN LAS CUOTAS PARA
LOS BOMBEROS QUE
ALARGUEN SU VIDA
LABORAL**

(46) Artículo 9 D 298/1973, de 8 de febrero (BOE del 27, núm. 50), por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón.

(47) D 2824/1974, de 9 de agosto (BOE de 7 de octubre de 1974, núm. 240), por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes 116/1969, de 30 diciembre, 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar.

(48) Artículo 37.3 D 2864/1974, de 30 de agosto (BOE de 10 de octubre, núm. 243).

(49) D 2133/1975, de 24 de julio (BOE de 10 de septiembre, núm. 217), de Régimen Especial de los Artistas.

(50) RD 1024/1981, de 22 de mayo (BOE de 5 de junio, núm. 134), de Régimen Especial de los Toreros.

(51) RD 1559/1986, de 28 de junio (BOE de 31 de julio, núm. 182), por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo en trabajos aéreos.

En aplicación de la citada disposición adicional, el RD 383/2008, de 14 de marzo⁵², fijó los términos de reducción de la edad de jubilación para este concreto grupo de profesionales, por cuanto de los estudios llevados a cabo se desprende que existen índices de peligrosidad y penosidad en el desarrollo de su actividad y que los requerimientos psicofísicos que se exigen para su ingreso en el colectivo y el desarrollo de la actividad no pueden hacerse a partir de unas determinadas edades (EM RD 383/2008).

Conforme al artículo 1 RD 383/2008, aquellos que presten o hayan prestado servicios como bomberos “en sus diferentes escalas, categorías o especialidades, en corporaciones locales, en comunidades autónomas, en el Ministerio de Defensa, en el Organismo Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea, así como en los consorcios y agrupaciones que pudieran tener constituidas las expresadas administraciones” verán reducida su edad de jubilación. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación del real decreto aquellos que ejerzan o hayan ejercido la profesión de bombero en el sector privado, lo que no parece revestir justificación alguna, habida cuenta de que la razón que motiva la reducción de la edad de jubilación –como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos– son los elevados índices de penosidad y peligrosidad de la actividad; actividad que, en nuestra opinión, es la misma con independencia del carácter público o privado de la organización para la que presten servicios.

En aplicación del artículo 2 RD 383/2008, la edad ordinaria de jubilación prevista con carácter general se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar un coeficiente del 0,20 por cada año completo durante el cual hayan desempeñado la actividad de bombero de forma efectiva. La aplicación de este coeficiente reductor no permitirá el acceso a la pensión de jubilación con menos de 60 años de edad. Este tope se sitúa en los 59 años si el solicitante de la pensión de jubilación acredita un período cotizado de, al menos, 35 años, sin computar a tales efectos los días cuota.

Pues bien, la Disposición Adicional Novena de la LPGE de 2009 ha previsto una nueva reducción de las cuotas a la Seguridad Social correspondientes a los bomberos que, habiendo alcanzado la edad que les abriría el acceso a la pensión de jubilación conforme a lo establecido en el RD 383/2008, permanezcan voluntariamente en activo. Esta reducción asciende al 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de éstas; porcentaje que se irá incrementando en un 10% anual, hasta alcanzar el máximo del 100% de la cuota patronal por las contingencias citadas.

Las políticas activas de fomento del empleo pretender orientar –mediante incentivos– la decisión del empresario (para que se decante por un determinado candidato en lugar de por otro, o para disuadirle de extinguir determinada relación laboral). Sorprende que, en este caso, la bonificación se conceda a la empresa –pues constituye, como apuntábamos, una reducción de la cuota patronal– cuando la decisión de jubilarse o permanecer en acti-

(52) BOE de 3 de abril de 2008, núm. 81.

vo corresponde al trabajador. Y sorprende todavía más que de dicha bonificación se pueda beneficiar una empresa ajena a esta actividad, en la medida en que el RD 383/2008 reduce la edad de jubilación a quienes prestan o “hayan prestado” servicios como bomberos.

IV. INCREMENTO DEL IMPORTE DE LA BONIFICACIÓN POR CONTRATACIÓN INDEFINIDA DE VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El RD 1917/2008, de 21 de noviembre⁵³, ha modificado la cuantía de la bonificación por contratación indefinida de las mujeres víctimas de la violencia de género. La inclusión de las víctimas de la violencia, entonces doméstica, en los programas de fomento del empleo se remonta al artículo 47 Ley 53/2002, de 30 de diciembre⁵⁴. Dicho precepto reconocía a la empresa el derecho a una bonificación del 65% de la cuota empresarial por contingencias comunes, durante un máximo de 24 mensualidades; este período operaba como límite absoluto pues si el trabajador celebraba distintos contratos de trabajo con el mismo empleador o con otro distinto, con o sin solución de continuidad, el plazo de 24 meses se computaba desde la fecha del contrato inicial. Esta bonificación se mantuvo, en idénticos términos, en el programa de fomento del empleo correspondiente a los años 2004⁵⁵, 2005⁵⁶ y 2006⁵⁷.

Posteriormente, la Ley 43/2006 reconoció también una serie de incentivos económicos a la incorporación al mercado laboral de víctimas de la violencia, en este caso, de género; concretamente, previó una bonificación de 850 euros anuales, durante un período de cuatro años, por cada contrato de duración indefinida y una bonificación de 600 euros anuales por cada contrato de carácter temporal (con independencia de cuál fuese su modalidad) durante el período por el que éste se prolongase. De hecho, el legislador configuró a las víctimas de la violencia de género como uno de los colectivos merecedores de mayor protección, en la medida en que se establecieron bonificaciones tanto por la contratación indefinida, como por la temporal (cuando uno de los objetivos de la reforma de 2006 fue precisamente reducir de forma sustancial los incentivos previstos para los contratos de duración determinada, limitándolos exclusivamente a desempleados en situación de exclusión social, a las personas con discapacidad y a las víctimas de la violencia de género) y en que es el único supuesto en el que no se exige que el profesional se encuentre en situación de desempleo, favoreciendo así no sólo la incorporación al mercado laboral desde una situación de inactividad, sino también el mero cambio de empresa, al objeto de

(53) RD 1917/2008, de 21 de noviembre (BOE de 10 de diciembre, núm. 297), por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género.

(54) Ley 53/2002, de 30 diciembre (BOE del 31, núm. 313), de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

(55) Artículo 44 Ley 62/2003 (BOE del 31, núm. 313), de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

(56) Disposición Adicional Cuadragesima Séptima LPGE de 2005 (BOE de 28 de diciembre de 2004, núm. 312).

(57) Disposición Adicional Quincuagesima LPGE de 2006 (BOE 30 de diciembre de 2005, núm. 312).

conseguir, por ejemplo, un traslado del lugar de residencia o una mayor retribución de la víctima que permita lograr una independencia económica con respecto al agresor.

Además, el legislador hizo extensivos tales incentivos, y en los mismos términos, a la contratación de trabajadores víctimas de la violencia doméstica⁵⁸. Y aquí es necesario por tanto clarificar qué se entiende por uno y otro concepto. La violencia de género se define por el legislador como la ejercida sobre las mujeres por los hombres que sean o hayan sido sus cónyuges o que estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad (artículo 1 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁵⁹; en adelante, LO 1/2004). La violencia doméstica hace referencia a la que se produce en el seno del hogar⁶⁰, tal y como se desprende del artículo 173.2 CP. Mientras, en el primer caso, el agente es siempre un hombre y la víctima una mujer, en el segundo, el sexo de uno u otro es indiferente. Mientras, en el primero, la relación que une al agresor y a la víctima es (o fue) una relación conyugal o de afectividad similar a la marital, en el segundo, basta una relación de parentesco por naturaleza, adopción o afinidad o, incluso, una relación de la que no se derive vínculo de parentesco alguno como la tutela, la curatela o el acogimiento (es, por ejemplo, la agresión de la madre con respecto al hijo o la del yerno hacia su suegra).

Pues bien, en atención a la especial vulnerabilidad de las mujeres víctimas de la violencia de género, el artículo 22 LO 1/2004 impuso la obligación de regular, en el marco del plan general de empleo, un programa de acción específico para este concreto colectivo. Cuatro años después, y en desarrollo de este artículo, el RD 1917/2008, de 21 de noviembre⁶¹, ha aprobado el “Programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de la violencia de género”. Este programa aglutina un conjunto de medidas dirigidas a las víctimas desempleadas que buscan su inserción laboral como vía de acceso a una independencia económica que les permita romper el vínculo con su agresor o a un cambio de residencia en aras a favorecer su protección personal (Exposición de Motivos). Entre estas medidas, el legislador ha previsto un itinerario de inserción sociolaboral individualizado y asumido por personal técnico especializado, y un programa formativo específico, así como un electo de incentivos que favorecen: a) el inicio de una actividad (por cuenta propia o ajena); b) la movilidad geográfica (sufragando determinados gastos de desplazamiento, traslado de mobiliario y alojamiento), y c) la asunción de responsabilidades familiares (subvencionando los gastos de guardería, educación infantil o atención de las personas dependientes), o bien compensan, total o parcialmente, la posible diferencia salarial entre el contrato de trabajo que la víctima se haya visto obligada a abandonar con motivo de su situación y la nueva relación laboral.

(58) Artículos 1.2 y 2.4 Ley 43/2006.

(59) BOE de 29 de diciembre e 2004, núm. 313.

(60) MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006, pág. 30.

(61) BOE de 10 de diciembre de 2008, núm. 297.

Nuevas medidas de fomento del empleo

En este marco, y en ejercicio de la autorización al Gobierno contenida en la Disposición Final Segunda Ley 43/2006 para introducir modificaciones en el programa de fomento del empleo, la Disposición Final Primera RD 1917/2008 ha incrementado el importe de la bonificación por la contratación con carácter indefinido de las mujeres víctimas de la violencia de género de 850 euros anuales a 1.500 euros, también durante un período de cuatro años desde la contratación. De esta nueva cuantía podrá beneficiarse la empresa en el caso de que la relación laboral fuese a jornada completa. Si el contrato de trabajo se celebrara a tiempo parcial, resultarían igualmente aplicables los coeficientes de corrección previstos en el artículo 7.2 Ley 43/2006 (DF Primera RD 1917/2008).

Este incremento de la cuantía reviste plena lógica si tenemos en cuenta que la regulación anterior establecía la misma bonificación por la contratación indefinida de las mujeres víctimas de la violencia de género que por la relativa a cualquier otra mujer desempleada: 850 euros durante un período de 4 años. Si bien es cierto que en el primer caso no se exigía la condición de estar desempleada y se incentivaba no sólo la contratación indefinida sino también la temporal, parecía carente de sentido –tal y como señaló con acierto la doctrina⁶²– que no se hubiera previsto un incentivo de superior cuantía.

Adviértase que la modificación llevada a cabo por la Disposición Final Primera RD 1917/2008 sólo afecta a la contratación indefinida de mujeres víctimas de la violencia de género. De ahí que: a) la bonificación prevista por la contratación indefinida de trabajadores víctimas de la violencia doméstica –que no de género– se mantenga en los términos inicialmente previstos por la Ley 43/2006; es decir, en 850 euros anuales durante 4 años (artículo 2.4); y b) la bonificación establecida por el legislador en los supuestos de contratación temporal continúe siendo la misma en uno y otro caso: 600 euros anuales durante la vigencia del contrato.

Tipo de contrato	Colectivo protegido	Importe	Duración
Indefinido	Mujer víctima de la violencia de género	1.500 euros	4 años
	Trabajador (hombre o mujer) víctima de la violencia doméstica	850 euros	
Temporal	Víctima de la violencia de género o doméstica	600 euros	Vigencia contrato

Esta diferencia de trato encuentra su justificación por la alarmante frecuencia de este tipo de agresiones⁶³ y por el carácter especialmente reprochable de una violencia que constituye una

(62) Incoherencia legislativa ya apuntada por GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: “Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo” en, CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.): *La reforma laboral de 2006. Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 240.

(63) Sólo en el año 2008, 75 mujeres fallecieron por violencia de género en el ámbito de la pareja, *Informe del Consejo General del Poder Judicial*, año 2008.

clara manifestación de discriminación por razón de sexo, derivada de la relación de poder de los hombres sobre las mujeres (haciendo uso de la definición del artículo 1 LO 1/2004).

Por otro lado, es importante destacar que, aun cuando el Programa de Inserción Sociolaboral regulado por el RD 1917/2008 se dirige a mujeres víctimas de la violencia de género que se encuentren inscritas como demandantes de empleo (artículo 1 RD 1917/2008), el artículo 3 dulcifica el alcance de este requisito pues no será necesario “para la aplicación de las bonificaciones contempladas en el artículo 9 de este real decreto”.

La condición de víctima de la violencia de género se acreditará, conforme a lo previsto en el artículo 3.2 RD 1917/2008, mediante: a) sentencia condenatoria; b) resolución judicial que hubiere acordado medidas cautelares para la protección de la víctima; c) orden de protección acordada a favor de la mujer, y d) excepcionalmente, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la mujer es víctima de la violencia de género.

El plazo para poder generar el derecho a la bonificación varía en función de la forma de acreditación de la condición de víctima de la violencia de género. El párrafo tercero del artículo 3 RD 1917/2008 distingue, al respecto, los siguientes supuestos:

- En el caso de sentencia condenatoria: la protección se prolongará durante los 24 meses posteriores a su notificación.
- En los supuestos de resolución judicial (por la que se hubiera acordado la adopción de medidas cautelares) o de orden de protección: se podrá acceder a las medidas contempladas en el real decreto durante la vigencia de aquéllas.
- En el caso de informe del Ministerio Fiscal: el plazo se extiende hasta que se adopte la resolución que proceda sobre la orden de protección.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 9 RD 1917/2008 reconoce la compatibilidad de esta bonificación por contratación de mujeres víctimas de la violencia de género con las subvenciones previstas en los programas autonómicos de fomento del empleo.

V. ANEXO

A lo largo de estas páginas hemos analizado los incentivos a la contratación previstos en la LPGE de 2009, en el RD 1917/2008, en el RD 1975/2008 y en el RD-Ley 2/2009; incentivos que, o bien modifican los ya previstos en el Programa de Fomento del Empleo recogido en la Ley 43/2006, o bien se adicionan a éste, contribuyendo así a la enorme dispersión normativa que caracteriza esta materia, con la inseguridad jurídica que ello implica. Partiendo de lo expuesto y con el objeto de facilitar el estudio, la tabla anexa

Nuevas medidas de fomento del empleo

relaciona el conjunto de incentivos a la contratación y al mantenimiento del empleo que se encuentran actualmente en vigor.

A) Incentivos previstos para el incremento del empleo

a) Relativos a la contratación indefinida inicial

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
1. Desempleados beneficiarios de las prestaciones por desempleo contratados antes del 31 de diciembre de 2009 ⁶⁴ .	100%	Hasta que la cuantía de la bonificación se equipare a la de la prestación (≤ 3 años)
2. Desempleados de larga duración ⁶⁵ .	600 euros/año	4 años
3. Jóvenes desempleados entre 16 y 30 años ⁶⁶ .	800 euros/año	
4. Mujeres desempleadas:		
a) Mujeres en general ⁶⁷ .	850 euros/año	
b) Mujeres contratadas en los 24 meses siguientes al parto o de la adopción o el acogimiento ⁶⁸ .	1.200 euros/año	
c) Mujeres contratadas tras 5 años de inactividad laboral (siempre que, con anterioridad, hubieran trabajado 3 años) ⁶⁹ .		
5. Víctimas de la violencia doméstica ⁷⁰ .	850 euros/año	

(64) Artículo 5 RD-Ley 2/2009, de 6 de marzo (BOE del 7, núm. 57), de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. El trabajador ha de ser beneficiario de la prestación o del subsidio por desempleo y de la renta activa de inserción y la empresa ha de mantener la estabilidad en el empleo del trabajador contratado durante al menos un año. De ser preceptor de la prestación contributiva, se exige además que el trabajador haya percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación.

(65) Artículo 2.1.f) Ley 43/2006. Entendiendo por tales los inscritos ininterrumpidamente como desempleados durante, al menos, seis meses.

(66) Artículo 2.1.e) Ley 43/2006.

(67) Artículo 2.1.a) Ley 43/2006.

(68) Artículo 2.1.b) Ley 43/2006.

(69) Artículo 2.1.c) Ley 43/2006.

(70) Artículo 2.4 Ley 43/2006. En este caso, excepcionalmente, no se exige que el trabajador esté desempleado.

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
6. Víctimas de la violencia de género ⁷¹ .	1.500 euros/año	4 años
7. Desempleados en situación de exclusión social ⁷² .	600 euros/año	
8. Desempleados con responsabilidades familiares contratados antes del 31 de diciembre de 2010 ⁷³ .	1.500 euros/año	2 años
9. Desempleados mayores de 45 años ⁷⁴ .	1.200 euros/año	Vigencia del contrato
10. Minusválidos desempleados:		
a) Desempleados con discapacidad ⁷⁵ :		
• General.	4.500 euros/año	
• Mujeres discapacitadas.	5.350 euros/año	
• Mayores de 45 años.	5.700 euros/año	
b) Desempleados con discapacidad severa ⁷⁶ :		
• General.	5.100 euros/año	
• Mujeres discapacitadas.	5.950 euros/año	
• Mayores de 45 años.	6.300 euros/año	

(71) Artículo 2.4 Ley 43/2006, en relación con la Disposición Final Primera RD 1917/2008. En este caso, excepcionalmente, no se exige que el trabajador esté desempleado. La situación de violencia de género se acreditará, según el artículo 3.2 RD 1917/2008, mediante:

- Sentencia judicial (durante los dos años siguientes a su notificación).
- Resolución judicial que acuerde medidas cautelares para la protección de la víctima (mientras se encuentre en vigor).
- Orden de protección acordada en favor de la víctima (mientras se encuentre en vigor).
- Excepcionalmente, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género (hasta que se adopte la resolución).

(72) Artículo 2.5 Ley 43/2006.

(73) Artículo 3 Ley 43/2006, tras la redacción dada por el RD 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda. A este respecto se considera que el trabajador tiene "responsabilidades familiares" si tiene uno o más hijos a su cargo.

(74) Artículo 2.1.d) Ley 43/2006.

(75) Artículo 2.2.1 Ley 43/2006. Entendiendo por tales los trabajadores que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33%, así como los que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente (en los grados de total, absoluta y gran invalidez).

(76) Artículo 2.2.2 Ley 43/2006. Entendiendo por tales: a) Personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual en un grado igual o superior al 33% y b) Personas con discapacidad física o sensorial en grado superior o igual al 65%.

Nuevas medidas de fomento del empleo

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
c) Minusválidos desempleados contratados por un Centro Especial de Empleo ⁷⁷ .	100%	Vigencia del contrato
d) Minusválidos que se reincorporan a la empresa tras un cese por IP (con independencia de la edad) ⁷⁸ .	50%	2 años

b) Relativos a la contratación temporal

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
1. Con independencia de la modalidad contractual:		
a) Desempleados en situación de exclusión social ⁷⁹ .	500 euros/año	Vigencia del contrato
b) Víctimas de la violencia doméstica o de género ⁸⁰ .	600 euros/año	
c) Mayores de 52 años beneficiarios de subsidios por desempleo ⁸¹ .	50%	12 meses
2. Contratos de interinidad:		
a) Sustitución, mediante desempleados, de trabajadores durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia, maternidad o paternidad ⁸² .	100%	Vigencia del contrato
b) Sustitución de trabajadores durante la suspensión del contrato por excedencia por cuidado de hijo o familiar ⁸³ .	95% 1 ^{er} año, 60% 2 ^o año y 50% 3 ^{er} año	

(77) Artículo 2.3 Ley 43/2006. La bonificación se aplica sobre toda la cuota patronal (contingencias comunes, contingencias profesionales y conceptos de recaudación conjunta).

(78) Artículo 2.3 RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Supone una reducción en un 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes.

(79) Artículo 2.5 Ley 43/2006.

(80) Artículo 2.4 Ley 43/2006.

(81) Disposición Transitoria Quinta.3.3 Ley 45/2002, de 12 de diciembre (BOE del 13, núm. 298), de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

(82) Artículo 1 RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre (BOE del 5, núm. 213), por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. La bonificación se aplica sobre toda la cuota empresarial abarcando, por tanto, no sólo la cuota por contingencias comunes, sino también la cuota por contingencias profesionales y la cuota correspondiente a los conceptos de recaudación conjunta (desempleo, FOGASA y formación profesional).

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
c) Sustitución de trabajadores víctimas de la violencia doméstica durante la suspensión del contrato o el cambio de centro de trabajo ⁸⁴ .	100%	Vigencia del contrato
d) Sustitución de un trabajador minusválido en situación de IT con otro minusválido desempleado ⁸⁵ .	100%	
3. Contrato para la formación:		
Celebrados con minusválidos desempleados. Regla general ⁸⁶	50%	Vigencia del contrato
Celebrados con minusválidos desempleados por parte de un Centro Especial de Empleo	100% ⁸⁷	
4. Contrato en prácticas:		
Celebrados con minusválidos desempleados. Regla general ⁸⁸ .	50%	Vigencia del contrato
Celebrados con minusválidos desempleados por parte de un Centro Especial de Empleo ⁸⁹ .	100%	
Celebrados con personal investigador en formación ⁹⁰ .	30%	

(83) Disposición Adicional Decimocuarta ET. Es una reducción y no una bonificación en las cuotas. Para tener derecho a la misma, los contratos de interinidad han de celebrarse con desempleados que lleven más de un año como perceptores de las prestaciones por desempleo.

(84) Artículo 21.3 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE del 29, núm. 313), de medidas de protección integral contra la violencia de género.

(85) Disposición Adicional Novena Ley 45/2002, de 12 de diciembre (BOE del 13, núm. 298), de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. La bonificación se aplica sobre la cuota por contingencias comunes, por contingencias profesionales y sobre la correspondiente a los conceptos de recaudación conjunta.

(86) Disposición Adicional Segunda.3 ET. Supone una reducción en la cuota empresarial tanto por contingencias comunes, contingencias profesionales, FOGASA y formación profesional. No así por desempleo, por cuanto el contrato para la formación no tiene cubierta dicha situación de necesidad.

(87) Artículo 2.3 Ley 43/2006. La bonificación se aplica sobre toda la cuota patronal (contingencias comunes, contingencias profesionales y conceptos de recaudación conjunta).

(88) Disposición Adicional Segunda.1 ET. Constituye una reducción de la cuota empresarial por contingencias comunes.

(89) Artículo 2.3 Ley 43/2006. La bonificación se aplica sobre toda la cuota patronal (contingencias comunes, contingencias profesionales y conceptos de recaudación conjunta).

(90) Disposición Adicional Segunda RD 63/2006, de 27 de enero (BOE del 3 de febrero, núm. 29), por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación.

Nuevas medidas de fomento del empleo

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
5. Contrato para el fomento del empleo ⁹¹ :		
a) Desempleados con discapacidad:		
• General.	3.500 euros/año	Vigencia del contrato
• Mujeres discapacitadas.	4.100 euros/año	
• Mayores de 45 años.	4.100 euros/año	
• Mujer y mayor de 45 años.	4.700 euros/año	
b) Desempleados con discapacidad severa:		
• General.	4.100 euros/año	Vigencia del contrato
• Mujeres discapacitadas.	4.700 euros/año	
• Mayores de 45 años.	4.700 euros/año	
• Mujer y mayor de 45 años.	5.300 euros/año	

B) Incentivos previstos para el mantenimiento del empleo

a) Transformación de contratos de duración determinada en indefinidos

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
1. Transformación de contratos temporales (cualquiera que sea la fecha de su celebración). Únicos supuestos ⁹² :		
• Contratos formativos.	500 euros/año	4 años
• Contrato de relevo.		
• Contrato de sustitución por jubilación.		
2. Transformación del contrato temporal de una mujer que se reincorpora a la empresa tras una maternidad o una excedencia.	1.200 euros/año	

(91) Artículo 2.2.4 Ley 43/2006.

(92) Artículo 2.6 Ley 43/2006.

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
3. Transformación de contratos formativos o de fomento del empleo suscritos con minusválidos:		
a) Minusválidos con discapacidad:		Vigencia del contrato
• General.	4.500 euros/año	
• Mujeres discapacitadas.	5.350 euros/año	
• Mayores de 45 años.	5.700 euros/año	
b) Minusválidos con discapacidad severa:		
• General.	5.100 euros/año	
• Mujeres discapacitadas.	5.950 euros/año	
• Mayores de 45 años.	6.300 euros/año	
c) Minusválidos contratados por un Centro Especial de Empleo:	100%	

b) Conciliación vida familiar y laboral

SUPUESTO	Incentivo	Duración
1. Trabajadores con el contrato en suspenso por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, por maternidad o por paternidad ⁹³ .	100% (durante la suspensión del contrato)	
2. Reincorporación de la mujer al trabajo tras la maternidad o la excedencia por cuidado de hijo (siempre y cuando tuviera un contrato indefinido) ⁹⁴ .	1.200 euros/año	4 años
3. Cambio de puesto de trabajo por razón de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural ⁹⁵ .	50%	Vigencia del cambio

(93) Disposición Adicional Segunda Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de septiembre, núm. 164)., de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad La empresa podrá beneficiarse de esta bonificación siempre y cuando contrate a un trabajador sustituto. De hecho, sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del período de suspensión. El porcentaje se aplica no sólo sobre la cuota por contingencias comunes, sino también sobre la cuota empresarial por accidente de trabajo y enfermedad profesional, desempleo, FOGASA y formación profesional.

(94) Artículo 4.2 Ley 43/2006.

(95) Disposición Adicional Séptima Ley 2/2008, de 23 de diciembre (BOE del 24, núm. 309), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. Constituye una reducción en la aportación empresarial por contingencias comunes.

c) Trabajadores maduros

TIPO DE CONTRATO	Incentivo	Duración
1. Trabajadores indefinidos de 59 o más años que acrediten, al menos, 4 años de antigüedad en la empresa ⁹⁶ .	40%	1 año
2. Trabajadores indefinidos de 60 o más años que acrediten, al menos, 5 años de antigüedad en la empresa ⁹⁷ .	50% (este % se incrementa anualmente en 10 puntos)	Vigencia del contrato
3. Trabajadores de 65 o más años que acrediten 35 años cotizados ⁹⁸ .	100%	Vigencia del contrato
4. Bomberos del sector público que hayan alcanzado la edad que les abriría el acceso a la pensión de jubilación y decidan permanecer voluntariamente en activo ⁹⁹ .	50% (este % se incrementa anualmente en 10 puntos)	Vigencia del contrato

d) Trabajadores afectados por un ERE temporal

COLECTIVO	Incentivo	Duración
Trabajadores en situaciones de suspensión del contrato o reducción temporal de la jornada de trabajo autorizadas en un expediente de regulación de empleo ¹⁰⁰ .	50%	Situación de desempleo parcial (≤ 240 días)

(96) Disposición Adicional Quinta Ley 2/2008, de 23 de diciembre (BOE del 24, núm. 309), de LPGE 2009. Reducción en la cuota empresarial por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas (1,42%), que resulta compatible con las bonificaciones del programa de fomento del empleo.

(97) Artículo 4.2 Ley 43/2006. Reducción en la cuota patronal por contingencias comunes, salvo la incapacidad temporal derivada de las mismas (1,42%). Como la anterior, es compatible con las demás bonificaciones del programa de fomento del empleo.

(98) Artículo 112 bis y Disposición Adicional 31ª LGSS, tras la modificación introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio (BOE del 13, núm. 167), de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Supone una reducción tanto en la cuota patronal, como en la cuota obrera, por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas (1,70%: 1,42% a cargo de la empresa y 0,28% a cargo del trabajador). Tampoco se cotiza por desempleo, FOGASA y formación profesional. Si al cumplir sesenta y cinco años de edad el trabajador no tuviere cotizados treinta y cinco años, esta exención en el pago de cuotas se aplicaría a partir de la fecha en que se acreditaran los treinta y cinco años de cotización efectiva.

(99) Disposición Adicional Novena de la LPGE de 2009.

(100) Artículo 1 RD-Ley 2/2009, de 6 de marzo (BOE del 7 de, núm. 57), de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. El empresario ha de mantener el empleo del trabajador afectado durante, al menos, un año después de finalizada la situación de desempleo parcial. Esta bonificación es compatible con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, con el límite del 100% la cuota empresarial a la Seguridad Social.

Propuestas para reformar la Ley de Procedimiento Laboral

PABLO ARAMENDI SÁNCHEZ

Magistrado

Resumen

PROPUESTAS PARA REFORMAR LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

El autor, partiendo de su experiencia personal, cree llegado el momento de plantearse una reforma en profundidad de la jurisdicción social que viene impuesta por la consideración de la administración de justicia como servicio público capaz de dar respuestas eficaces a las controversias.

Las coincidencias estructurales del primer texto procesal laboral, datado en 1958 y el hoy vigente son enormes, como también lo son los cambios sociales y legislativos operados en España en estos años.

Los nuevos modos de trabajar y las nuevas necesidades sociales de quienes no acceden al mercado de trabajo exigen replantear, de forma orde-

nada y coherente, las fronteras competenciales de esta jurisdicción.

Y además es preciso "civilizar" la jurisdicción, acercándola a las líneas estructurales básicas de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin perder de vista sus señas identitarias propias y por tanto teniendo presente que, por los intereses básicos que en ella se ventilan y por la desigualdad originaria en que se encuentran las partes en el conflicto social, es preciso que esta jurisdicción cumpla un papel reequilibrador que, consciente de esas diferencias, permita al más débil contar con los instrumentos precisos para poder materialmente articular la defensa de sus pretensiones.

Abstract

PROPOSALS TO REFORM THE LAW ON LABOUR PROCEDURE

The author, leaving of his personal experience, considers that has arrived the moment of thinking about a reformation in depth of the social jurisdiction that comes imposed by the consideration of the justice administration like

a public service able to give effective answers to the controversies.

The structural coincidences of the first labour procedural text, dated in 1958, and the current one today are enormous, as well as the social

and legislative changes operated in Spain in these years.

The new ways of working and the new social necessities of those who don't gain admittance to the labour market demand to restate, in an orderly and coherent way, the frontiers of competence of this jurisdiction.

And it is also necessary "to civilize" the jurisdiction, bringing it near to the basic structural lines of the current Law on Civil Procedure, but without losing sight of their hallmarks and therefore

bearing in mind that, for the basic interests that are ventilated in it and for the primary inequality in which the parts are in the social conflict, it is necessary that this jurisdiction achieves a balanced paper that, aware of those differences, allow to the weakest part to have the precise instruments for to be materially able to articulate the defence of its pretensions.

In this context the social judge continues presenting qualities that differentiate him from the judge of a civil court.

Sumario

I. La situación actual. A) Del Decreto de 4 de julio de 1958 al actual RD Leg. 2/1995.

B) El contenido de los litigios competencia de la jurisdicción social. C) La justificación de la jurisdicción social. D) Los principios inspiradores de la jurisdicción social.

II. Cambios propuestos. A) Las alternativas a la jurisdicción. B) Por una nueva estructura del proceso laboral. a) Los litigios complejos. b) Los litigios simples. c) Introducción del procedimiento monitorio social. C) La desaparición de las modalidades procesales.

D) La acumulación de acciones. E) Una acción en declive: el conflicto colectivo.

F) Costas y honorarios de letrado. G) Recursos. a) Recurso de suplicación. a') El acceso a la suplicación. b') Consignación para recurrir. c') La introducción de la apelación.

b) El recurso para la unificación de doctrina. H) Ejecución. a) Mantenimiento de su impulso de oficio. b) El papel del secretario judicial. c) Otros ajustes en materia de ejecución provisional y medidas cautelares. I) Y finalmente a vueltas de nuevo sobre el papel del juez en el proceso laboral.

III. Conclusiones. IV Anexo.

I. LA SITUACIÓN ACTUAL

A) Del Decreto de 4 de julio de 1958 al actual RD Leg. 2/1995

El gran proceso de codificación que en la segunda mitad del siglo XIX tuvo lugar en España se vio sorprendido en su capacidad para resolver los conflictos que surgían de las relaciones entre patronos y obreros. Pronto se advirtió que la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 era incapaz de encauzar, y así pacificar, la entonces llamada "cuestión social".

Propuestas para reformar la LPL

Por ello con las primeras leyes laborales y entre ellas las de 1908 y 1912 de creación de los Tribunales industriales, se inicia el camino¹ hacia un procedimiento desgajado del civil y conformado por señas identitarias similares a las que aún hoy perviven en la LPL.

Precedente más cercano en el tiempo y de contenido seminal de la actual LPL, RD Leg. 2/1995, será la Ley de 24 de abril de 1958 que encomendó al Gobierno la redacción de un Texto Refundido de Procedimiento Laboral que se llevó a cabo con la promulgación del Decreto de 4 de julio de 1958².

Esta norma se añadía a la Ley Orgánica de 17 de octubre de 1940 de la Magistratura de Trabajo, luego desarrollada por el Decreto de 14 de noviembre de 1958 que aprobó el Reglamento Orgánico de los Magistrados y Secretarios de Trabajo, constituyendo todas, en la dictadura, la piedra angular de la jurisdicción para resolver las controversias en la rama social del derecho³.

El propósito de estas leyes era solventar el conflicto social de trabajo, reconociendo con ello una realidad, la contraposición de intereses entre empresarios y trabajadores, cuya existencia se había querido negar ideológicamente por el bando vencedor en la guerra civil, sublimándola en la falsa armonía de un interés común patrio capaz de superar estas disputas.

Pese a esas falacias, los poderes públicos no tuvieron más remedio, aun a regañadientes⁴, que reconocer la existencia del conflicto lo que exigía buscar soluciones ordenadas y nada mejor que su canalización a través de los tribunales.

El primer paso, lo dio el Decreto de 4 de julio de 1958 perfilando una respuesta para solventar los conflictos individuales de trabajo⁵. Mientras, el conflicto colectivo siguió tratándose

**PRONTO SE ADVIRTIÓ
QUE LA LEC DE 1881
ERA INCAPAZ
DE RESOLVER
LOS CONFLICTOS
LABORALES**

(1) AGUILERA IZQUIERDO Raquel, *Proceso laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*, Ed. Thomson Civitas, pág. 41.

(2) GARCÍA BECEDAS Gabriel, *Introducción al Derecho Español del Trabajo*, Civitas 1993, pág. 156.

(3) El término ya se empleaba en el artículo 1 del Reglamento Orgánico de los Magistrados de Trabajo.

(4) Es muy ilustrativa la lectura del D 2354/1962, al que luego volveré, y en el que, tras considerar que por encima de los intereses "singulares" de empresarios y trabajadores existía el interés común de la producción, se reconocía la existencia de conflictos individuales y colectivos que constituían en todo caso una anomalía en las relaciones de trabajo, "ocasional, excepcional, limitada y transitoria".

(5) Sobre este Decreto dijo luego el D 2354/1962 "las anomalías individuales o conflictos singulares de trabajo, tienen en nuestro ordenamiento un sistema de formalización y resolución que, aunque necesitado de alguna corrección, desde hace años viene funcionando con eficacia, representado por la existencia de los procesos especiales de trabajo regulados por el texto refundido de Procedimiento Laboral.

se como un problema de orden público hasta su tímida judicialización con el Decreto 2354/1962.

Para armonizar las novedades introducidas por este Decreto 2354/1962 con el texto refundido de Procedimiento Laboral vigente desde 1958, el legislador recibe el mandato de elaborar un nuevo texto refundido lo que se lleva a cabo con el Decreto 143/1963.

Hasta este momento histórico la jurisdicción laboral cubre dos propósitos esenciales: dar salida ordenada al conflicto individual de trabajo y controlar el conflicto colectivo⁶. Para ello es preciso contar con un juez provisto de dos caras:

- Una paternalista, para dar respuesta a los conflictos individuales: el Magistrado de Trabajo es el buen padre representante de un Estado que se considera a sí mismo capaz de integrar y superar el conflicto laboral como paradigma del conflicto de clase.
- Otra autoritaria, para controlar el conflicto colectivo, entendiéndolo por tal no sólo la huelga sino todo tipo de acción unitaria en defensa de un interés por parte de los trabajadores. En 1958 el conflicto no existe, sólo existe el delito de sedición. En 1963 el conflicto o se resuelve por laudo de la autoridad laboral o por ésta se remite al juez por ella seleccionado, cuyas sentencias podrán ser objeto de recurso de alzada ante un tribunal específico para este tipo de controversias, la sala especial constituida en el Tribunal Central de Trabajo.

Serán por tanto los conflictos individuales entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, los que definan de forma esencial el ámbito de la jurisdicción laboral, si bien ya desde entonces se le atribuye el conocimiento de:

- Los pleitos sobre Seguridad Social.
- Los contenciosos entre las mutualidades y sus asociados.
- Y como cajón de sastre, todas aquellas cuestiones que de forma expresa le atribuyan otras leyes así como las reclamaciones por incumplimiento de las leyes y disposiciones de carácter social, que afecten particularmente al demandante⁷, y que no tengan señalado otro procedimiento especial.

Para la solución de todas estas controversias de lo que ya entonces se vino a denominar, artículo 1 LPL de 1963, rama social del derecho, la ley configuró un modelo de proceso

(6) Como indica MERCADER UGUINA Jesús, la ausencia de libertades en este período trató de compensarse sustituyendo tutela colectiva por tutela individual, en *Lecciones de Derecho del Trabajo*, pág. 37, Ed. Tirant Lo blanch, 2008.

(7) Se aprecia la tendencia del legislador, aún palpable en nuestros días, de equiparar la posición en el proceso del demandante con la del trabajador o del beneficiario de Seguridad Social, cuestión que hoy día la realidad forense pone más habitualmente en entredicho.

Propuestas para reformar la LPL

que, en los elementos centrales de su estructura, se mantiene hasta nuestros días. Así, en el texto refundido de 1963 pueden apreciarse las siguientes características básicas:

- Administración gratuita de justicia hasta la ejecución de sentencia.
- Asistencia técnica letrada no obligatoria para ninguna de las partes. Asistencia técnica específica para el pequeño empresario a través de la creación de la figura del graduado social. Cada parte asume los costes de su propia defensa.
- Juez provisto de ciertas facultades inquisitorias: intervención activa en la práctica de la prueba e incluso en su proposición.
- Procedimiento compensador de la desigualdad real entre las partes, y que se traduce en un juez tuitivo que advierte de los defectos de la demanda y en un trato diferenciado, según quien sea la parte, para el cumplimiento de determinadas cargas procesales, v.g, consignación para recurrir, derecho a la ejecución provisional, etc.
- Estructura del proceso orientada a la mayor simplicidad y rapidez: conciliación obligatoria previa, demanda escrita, convocatoria a juicio, celebración: contestación demanda y práctica de prueba, sentencia y recurso.
- Multiplicidad de modalidades procesales: proceso ordinario y modalidades procesales en función del tipo de acción ejercitada (lo que conduce de facto a una inacumulación de acciones).
- Acceso al recurso para el empresario condicionado a la consignación de la condena.
- Recurso extraordinario de suplicación limitado esencialmente al examen del derecho aplicado.

Y ya también desde entonces se aprecian los principios informadores del proceso laboral:

- Oralidad.
- Inmediación.
- Celeridad.
- Concentración.

El texto refundido sufre en 1966 una primera modificación para incorporar las novedades que en los procesos en materia de Seguridad Social derivaban de la Ley de 28 de diciembre de 1963. Y por el mismo motivo en 1973, a consecuencia de la Ley de 21 de julio de 1972 de financiación y perfeccionamiento de la Seguridad Social, se elabora un nuevo texto refundido⁸.

(8) GARCÍA BECEDAS, ob. cit., pág. 156.

Con la llegada de la democracia, promulgadas la Constitución y la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, aparece una nueva LPL, aprobada por RD Leg. 1568/1980, la cual:

- Mantiene el ámbito competencial de la jurisdicción social que amplía las nuevas soluciones ideadas por el legislador para hacer frente a la crisis económica: salarios de tramitación a cargo del estado y prestaciones del FGS.
- Mantiene la estructura del proceso diseñado desde 1958, pero añade nuevas modalidades procesales que desgaja del procedimiento ordinario: despido por causas objetivas, vacaciones, elecciones, clasificación profesional. El procedimiento de conflicto colectivo seguirá iniciándose por la autoridad laboral que designará la magistratura competente.
- Mantiene los principios informadores del procedimiento antes descritos.
- Mantiene la gratuidad, la defensa técnica opcional no incorporada a las costas y las facultades inquisitoriales y tuitivas del juez.
- Mantiene las diferencias compensadoras en la imposición de cargas y facultades procesales.

Pronto fue necesaria una nueva reforma a la primera LPL de la democracia. La aplicación efectiva de la Constitución como fuente primigenia de derechos, el desarrollo normativo de un nuevo poder judicial, patentizado en la LOPJ 6/1985, y la consolidación del Estado de las Autonomías, exigían reformas orgánicas y estructurales en la jurisdicción y en la ley procesal.

A estos propósitos responde la Ley 7/1989 de Bases del Procedimiento Laboral y así se justifica en su Exposición de Motivos⁹.

La jurisdicción social deja de ser un apéndice más o menos controlado por el Ministerio de Trabajo y se integra plenamente en el poder judicial como una rama más, la social, que define el artículo 9.5 LOPJ. A su vez la adaptación de la nueva planta judicial al marco autonómico se lleva a cabo con la desaparición del Tribunal Central de Trabajo, la crea-

(9) Dice la Exposición de Motivos: “El dictado de una nueva ley rituarial laboral no sólo obedece, sin embargo, a la necesidad de acomodar el proceso a la reforma operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial en la estructura judicial. Con ello se ha pretendido, al tiempo, lograr la más ajustada realización práctica del derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva. Para ello se han tenido en cuenta los criterios que sobre el contenido de ese derecho con garantía constitucional ha elaborado el Tribunal Constitucional, que, en el ejercicio de su función de intérprete supremo de la Constitución, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la conformidad o disconformidad del vigente texto refundido de la ley de procedimiento laboral al texto constitucional. La legislación procesal tampoco puede ignorar y se trataría del último de los motivos que obligan a la promulgación de un nuevo texto de procedimiento laboral los muy importantes cambios normativos habidos en la configuración de los sujetos colectivos y en la definición de sus funciones representativas. La presente ley de bases de procedimiento laboral viene a satisfacer, con lo dicho, un triple objeto: adecuar el proceso laboral a la nueva estructura judicial, que la Ley Orgánica del Poder Judicial diseña y la Ley de Demarcación y de Planta Judicial concreta y desarrolla, facilitar a los justiciables el disfrute de su derecho a recabar la tutela judicial efectiva en términos acordes con los imperativos constitucionales y ajustar la legislación procesal a los requerimientos provenientes de la legislación sustantiva, laboral y sindical.

Propuestas para reformar la LPL

ción de los Tribunales Superiores de Justicia que asumirán el recurso de suplicación y el rediseño funcional del TS a quien corresponderá muy principalmente el nuevo recurso de casación para la unificación de doctrina.

El resultado, tras la Ley de Bases 7/1989, es el nuevo RD Leg. 521/1990 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral.

Esta nueva LPL, conforme las previsiones de su norma matriz:

– Amplía el ámbito competencial: a las mejoras del sistema de Seguridad Social, a los litigios entre cooperativas y socios trabajadores, a los litigios contra el Estado cuando alguna responsabilidad le atribuya la legislación laboral y en general a las controversias orgánicas que puedan afectar a sindicatos y asociaciones patronales así como acerca de la responsabilidad de unos y otros por infracción de normas laborales¹⁰.

– Inicia un proceso paralelo de exclusión de la jurisdicción del conocimiento de determinadas competencias: actos administrativos de derecho laboral, resoluciones recaudatorias de TGSS, tutela derechos fundamentales específicos de los funcionarios y del personal estatutario.

– Asume la nueva LOPJ ajustada al estado autonómico: las magistraturas de trabajo pasan a ser juzgados de lo social integrados en el poder judicial, desaparece el TCT y se crean los TTSSJ de las CCAA que conocerán de la suplicación, reservándose la casación ordinaria y el nuevo recurso de unificación de doctrina al TS.

– Acondiciona las actuaciones procesales a las exigencias del artículo 24 CE y la nueva LOPJ.

– Continúa con la desagregación del procedimiento ordinario de nuevas modalidades procesales: procesos de sanciones, reclamación al Estado de salarios de tramitación, movilidad geográfica y modificación de condiciones, impugnación de laudos y de la resolución administrativa denegatoria del registro, reordena el procedimiento de oficio, impugnación de convenios colectivos, impugnación de estatutos sindicales y su modifica-

**EN 1990 LA JURISDICCIÓN
SOCIAL SE INTEGRA
EN EL PODER JUDICIAL**

(10) Aun siendo verdad que el artículo 2 de la LPL de 1990 presenta un aspecto mucho más frondoso que el de la precedente Ley de 1980, además de las competencias que se acaban de referir, el resto de apartados que ahora componen la norma no son sino especificaciones de las diversas modalidades procesales que la propia LPL introduce sin que signifiquen una real ampliación material de las competencias atribuidas.

ción y procedimiento de tutela del derecho de libertad sindical que se irradia a los demás derechos fundamentales.

– Pero mantiene la estructura del proceso, la gratuidad de la justicia, la defensa técnica opcional, las facultades inquisitivas y tuitivas del juez y la diferenciación para determinadas cargas, obligaciones y derechos procesales.

En 1994 se produjo una reforma en profundidad del Estatuto de los Trabajadores, caracterizada por la introducción de rasgos flexibilizadores de la relación contractual, cuestión sobre la que, hasta la actualidad, se ha venido profundizando con pequeñas pero sucesivas modificaciones de las normas sustantivas.

La reforma de 1994 del ET arrastra la elaboración de un nuevo Texto Refundido que ahora y hasta nuestros días, gira bajo la rúbrica del RD Leg. 2/1995.

La norma continúa en la línea apuntada por el RD 521/1990, y así:

– Se introducen paulatinamente nuevas modalidades procesales: lactancia y reducción de jornada (hoy, tras la LOI, litigios en materia de conciliación de la vida personal y familiar y la laboral), reclamación al empresario de prestaciones indebidas de desempleo.

– Se acomoda la LPL a los cambios introducidos en el ET y otras normas sustantivas en materia de despido y extinción de contrato, procedimiento de oficio, tutela derechos fundamentales, etc.

– Se aborta un inicial atisbo de rescatar o atribuir competencias. Se introdujo inicialmente un apartado 2 al artículo 3 LPL que suponía redimensionar la excepción competencial del artículo 3.1 en el sentido de recuperar para la jurisdicción social competencias para el conocimiento de impugnación de resoluciones administrativas en materia de ERE, traslados colectivos y sanciones por infracción de normas laborales, pero el legislador se lo replantea introduciendo una modificación a través de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 29/1998, LRJCA, hoy comprensiva del contenido del apartado 3 del artículo 3, por la que se condiciona esa atribución competencial a un nuevo proyecto de ley que nunca ha llegado a aparecer.

– Se sigue manteniendo la estructura del proceso, la gratuidad de la justicia (si bien tras la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita que deroga los artículos 25 y 26 LPL, el derecho sólo se reconocerá para los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social y para todos otros que acrediten ausencia de recursos), la defensa técnica opcional, las facultades inquisitivas y tuitivas del juez y la diferenciación para determinadas cargas, obligaciones y derechos procesales.

Desde su promulgación en 1995 la actual LPL, conformada en el RD Leg. 2/1995, se ve alterada de forma parcial en su contenido al menos por 16 leyes posteriores, normalmen-

Propuestas para reformar la LPL

te para acomodar la norma procesal a las modificaciones que se van estableciendo en las disposiciones sustantivas, aun cuando en alguna ocasión se tocan aspectos competenciales y así:

- La jurisdicción social deja de ser competente para conocer de las controversias entre empresario en situación concursal y sus trabajadores, atribuidas a los jueces mercantiles y como consecuencia de las previsiones de la Ley 22/2003.
- También, DF Undécima.1 LEC, el conocimiento de las controversias entre asociados y sus mutualidades cuando éstas sean de las establecidas por colegios profesionales pasa a ser competencia del orden civil.
- Y con relación a las controversias en que es parte la TGSS, la exclusión se amplía a todas las demás resoluciones del sistema distintas de las dictadas en materia de gestión de prestaciones, artículo 23 Ley 52/2003, que ahora se residencian en lo contencioso.
- Por vía jurisprudencial que se inició tras el Auto de 20 de junio de 2005 de la Sala de Conflictos del TS, en aplicación adecuada de las previsiones de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, también pasan a la jurisdicción contenciosa las controversias de este personal y de las que antes, de forma residual y carente de justificación razonable, seguía conociendo nuestra jurisdicción.
- En otra nueva ocasión, con motivo de la Ley 39/2006 de Dependencia su silencio¹¹ impide atribuir a nuestra jurisdicción la competencia para resolver las controversias de una norma de un muy relevante contenido social.
- Sólo la Ley 20/2007 sobre el Estatuto del Trabajador Autónomo, aporta un tímido aire fresco atribuyendo el conocimiento de las controversias entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente.

Del periplo que se acaba de describir pueden obtenerse dos conclusiones principales:

La primera es que pese a las numerosas reformas, completas y parciales, que desde 1958 a la actualidad, ha sufrido la LPL, se aprecia una gran estabilidad:

- En los elementos nucleares que definen la estructura del proceso laboral.
- En la voluntad del legislador de compartimentar el procedimiento en distintas modalidades procesales atendiendo al tipo de acción ejercitada.
- En mantener inveterados los principios informadores de intermediación, celeridad, oralidad, concentración.

(11) En este sentido se pronuncian CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y SEMPERE NAVARRO, Antonio.

– Y en mantener también una diferenciación tuitiva a favor del trabajador y del beneficiario del sistema de Seguridad Social para determinadas cargas, obligaciones y derechos procesales.

La segunda es que se aprecia en cambio una gran inestabilidad de la norma al momento de determinar las relaciones jurídicas objeto de enjuiciamiento por esta jurisdicción.

B) El contenido de los litigios competencia de la jurisdicción social

Durante el franquismo los litigios individuales versaban mayoritariamente sobre:

– Reclamaciones salariales vinculadas a la estructura y naturaleza de la remuneración. Es cuando se elabora, al rebufo del Decreto de Ordenación del Salario, la jurisprudencia sobre salario, complementos salariales y extrasalariales, horas extras, finiquitos, etc., criterios que en gran medida se conservan hasta nuestros días.

– El ejercicio por el empresario de sus facultades disciplinarias: despidos y sanciones por incumplimientos contractuales imputables al trabajador, creándose también un acervo jurisprudencial importante sobre la transgresión del deber de buena fe contractual, indisciplina y desobediencia en el trabajo, caducidad de la acción y prescripción de la facultad disciplinaria, valoración de las circunstancias concurrentes para calibrar las conductas incumplidoras, etc.

– Demandas en materia de Seguridad Social.

La ausencia de libertades politiza los conflictos laborales, lo que provoca litigios de despidos por huelga, larva conflictos colectivos que el sindicato vertical es incapaz de resolver, etc.

Al acabar el franquismo los pleitos sobre amnistía laboral intentan recomponer los derechos hurtados a los trabajadores.

La época de la transición política coincide con una relevante crisis económica que obliga al juez a realizar tareas de gestor. Gran parte de los litigios tiene por objeto constituir el título preciso para acceder a la obtención de prestaciones sustitutivas del empleo y del salario: desempleo, FGS.

El contrato de trabajo como modelo contractual único empieza a no dar respuesta a distintos tipos de servicios y actividades productivas, lo que determina que a partir de 1985 el legislador, desgajando del tronco común representado por el ET, regule las denominadas relaciones laborales especiales.

Propuestas para reformar la LPL

En el decenio de 1990 la respuesta a un nuevo repunte de la crisis económica pasa por la flexibilización de las relaciones laborales y que repercute:

- En la contratación: se ofrecen al empresario distintas modalidades contractuales temporales que acabarán por arrinconar el empleo estable.
- En la aparición de nuevas fórmulas organizativas para el empresario con relevancia para la vida del contrato de trabajo: desde los grupos de empresa a la descentralización productiva.
- En este tiempo de crisis la Seguridad Social bascula entre sus ansias de perfeccionamiento y las dificultades presupuestarias para el sostenimiento del sistema, lo que se traduce en sucesivas reformas para prevenir el fraude o modificar los criterios interpretativos dados por el TS que pudieran determinar un incremento del gasto.

A todo ello se unirá un incremento en las fuentes normativas y aplicativas del derecho:

- El ingreso de España en la Comunidad Europea aporta un acervo legislativo y jurisprudencial que el juez ha de conocer y cumplir.
- La legislación nacional en materia laboral y de Seguridad Social es objeto de permanentes variaciones y cada vez es más cambiante y compleja.
- El Estado de las Autonomías diversifica la aplicación administrativa de la normativa laboral, las relaciones jurídicas con sus empleados públicos y la producción judicial, que ahora descansa en los distintos TSJ además del TS, es cuantitativamente muy numerosa y cualitativamente dispersa por las rigideces impuestas al recurso de unificación de doctrina.
- La normativa convencional, ampliamente diversificada, no es, pese a ello, rica en contenidos, lo que se suple con una revitalización del contrato de trabajo que se aprovecha para vincular la retribución a los resultados alcanzados con trabajo y para en ocasiones fijar nuevos tipos de compromisos. Se produce una recuperación del contrato individual como fuente obligacional.
- El TC, que sentó las bases para que los derechos fundamentales no se quedaran “a las puertas de las fábricas”, elabora por

**DESDE 1958
SE HA PRODUCIDO UNA
IMPORTANTE ALTERACIÓN
DEL OBJETO LITIGIOSO
LABORAL**

su parte un riquísimo elenco doctrinal para solventar un nuevo tipo de litigios: la demanda de los derechos de ciudadanía dentro de la empresa.

A su vez la incorporación masiva de la mujer al trabajo, que paulatinamente se produce a partir de 1980, determina la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral y constituye un elemento clave para, con apoyo en las normas comunitarias y luego nacionales, reivindicar ante el juez social la erradicación de todo trato discriminatorio que luego se hará extensivo a otras señas identitarias adicionales.

La asunción por el legislador, comunitario y nacional, de que en definitiva el trabajador no hace más que poner a disposición del empresario su propio cuerpo¹², se plasma en la creación de un cuerpo normativo relevante en materia de salud y seguridad laboral que abre paso a un nuevo frente de litigios: la prevención de los riesgos laborales y las reclamaciones causadas por sus incumplimientos.

La llegada de un colectivo muy importante de trabajadores inmigrantes, recupera, desde nuevos presupuestos, controversias en algún momento olvidadas: las propias de la economía sumergida.

Se aprecia por lo dicho hasta este momento que, desde 1958 a la actualidad, se ha producido una importante alteración del objeto litigioso laboral. De lo que antes eran sencillas reclamaciones en materia salarial o disciplinaria, la jurisdicción social ha pasado a conocer una amplia gama de controversias.

No es que el tipo de litigios que había en 1958 haya desaparecido, ni tampoco los que paulatinamente han venido apareciendo de forma más habitual en todos estos años.

Se ha producido un fenómeno acumulativo de controversias.

Y con ello ha crecido exponencialmente el número y tipos de acciones judiciales a emprender en la constitución, desarrollo y finalización del contrato de trabajo. Junto a las pretensiones de condena a obligaciones pecuniarias, cobran relevancia las acciones declarativas en reconocimiento de derechos, pretensiones de hacer o no hacer y las solicitudes de indemnización por daños y perjuicios (también en este caso del empresario contra el trabajador).

Y para dar respuesta a esta compleja y variada litigiosidad cuenta el juez con una ley procesal que pese a verse parcheada en numerosas ocasiones, no presenta modificaciones esenciales ni en sus principios, ni en su estructura, ni en sus notas procesales diferenciadoras, mientras que el objeto litigioso del que conoce esta jurisdicción, sí ha sufrido importantes alteraciones cuantitativas y cualitativas.

(12) SUPLOT, Alain en "Crítica del Derecho del Trabajo", MTAS, 1996, pág. 74, se hace la siguiente pregunta ¿Qué cosa constituye el objeto de la prestación del trabajador? Forzoso es reconocer que se trata de su cuerpo y que si la teoría jurídica no lo dice, o lo reconoce apenas, el derecho positivo del trabajo halla aquí su piedra angular.

Por ello, con una herramienta procedimental apenas reformada en sus aspectos estructurales esenciales, se pide hoy al juez de lo social que resuelva una gama de litigios cada vez más amplia y compleja (desde un despido sin empresa hasta una demanda de responsabilidad civil por accidente de trabajo frente a contratistas, subcontratistas y aseguradoras, desde un señalamiento de vacaciones hasta una tutela de derechos fundamentales de un alto cargo de una empresa europea, desde determinar un grado de invalidez a fijar la cuantía correspondiente a unas comisiones por ventas o la ejecución de unas *stocks options*, etc.).

Y a todo ello se tiene que añadir la aparición de la nueva LEC, Ley 1/2000, que se configura como ley procesal común y por tanto supletoria de la LPL y que paradójicamente ha servido para una modernización de nuestra ley procesal. Modernización en todo caso relativa y en gran medida condicionada por el hecho de que la ley procesal común es más moderna que la ley procesal específica.

Llegados a este punto la pregunta que flota en el aire es si no ha llegado el momento de una reforma en profundidad de la Ley de Procedimiento Laboral.

C) La justificación de la jurisdicción social

Plantearse si es preciso reformar en profundidad la LPL, cuya respuesta positiva ya adelantado, exige una previa reflexión acerca de su propia justificación como jurisdicción diferenciada de la civil, para las controversias entre privados, y de la contencioso-administrativa para cuando se trate de revisar resoluciones administrativas.

La existencia de cualquier jurisdicción está vinculada a las competencias que se le atribuyen. Y la determinación de las competencias que corresponden a cada orden jurisdiccional constituye en muy buena medida una decisión discrecional, que no arbitraria, del legislador¹³.

La razón de ser de la existencia de la jurisdicción social se ha vinculado históricamente a una disciplina específica del ordenamiento jurídico: el Derecho del Trabajo.

El profesor ALONSO OLEA¹⁴ sostuvo en su día que dentro del ordenamiento jurídico, las distintas disciplinas que lo componen, así pueden ser calificadas, cuando se da en ellas una categoría diferenciada de sujetos, de relaciones o de objetos jurídicos, capaces de identificar una realidad social específica¹⁵ sobre la que giraría el conocimiento de esa disciplina.

(13) Ya dijo el TC en Sentencia 158/1985 que “el reparto de competencias obedece, en gran medida, a razones históricas y convencionales, y no a un principio general”.

(14) ALONSO OLEA, Manuel en *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas 1994, 5.ª ed. En especial vid. su Capítulo Preliminar y Parte I.

(15) Estos mismos criterios dogmáticos sigue exigiendo doctrina más moderna. Así MONEREO PÉREZ, José Luis en *Algunas reflexiones sobre la caracterización jurídica del Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, 1996. Para este autor, vid. pág. 39, la dogmática jurídica moderna exige para que exista una rama dentro del ordenamiento jurídico la concurrencia de un centro peculiar de imputación de normas en base al cual se identifican las que sobre él giran.

La realidad social sobre la que descansaría el Derecho del Trabajo sería para este autor el trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena¹⁶.

De este modo las fronteras de la jurisdicción social han podido *prima facie* definirse como coextensas al Derecho del Trabajo¹⁷: la jurisdicción social conocería así únicamente de las pretensiones cuyo fundamento jurídico material se encuentre en normas de Derecho del Trabajo, considerado éste como la disciplina que se articula en torno a la prestación de servicios por cuenta y dependencia ajenas, y de la Seguridad Social¹⁸, concebida como el instrumento público cuya finalidad es atender las situaciones de necesidad generadas precisamente por la imposibilidad de acceder al trabajo como medio de satisfacción de las necesidades materiales de los ciudadanos.

Las controversias suscitadas por trabajar por cuenta ajena o por no poder o no tener acceso a este trabajo serían las que colmarían en un primer momento histórico el contenido material de la jurisdicción y servirían para justificar su existencia.

El problema con el que nos encontramos actualmente es que no existe un solo tipo de trabajo por cuenta ajena, sino diversos tipos. Basta acudir al elenco de relaciones laborales de carácter especial del artículo 3 ET, incrementadas recientemente con los residentes sanitarios, los abogados en despachos profesionales, los profesores de religión y el personal investigador en formación¹⁹, para apreciar que del tronco común normativo contenido en el ET se desgajan cada vez más profesiones, llegándose, en algunos casos, a alterar incluso las fuentes normativas reguladoras de la relación jurídica. Ello es una muestra palpable de la imposibilidad que aprecia el legislador para sujetar con unos mismos mimbres unas relaciones contractuales cada vez más diversificadas.

A ello se añade la evidencia que nos proporciona la realidad de que la actividad productiva realizada de forma personal y retribuida no se presta siempre por cuenta y dependencia ajenas, sino que otro tipo de relaciones jurídicas ocupan espacios cada vez más relevantes, es el caso de los trabajadores autónomos²⁰, de los cooperativistas o de los socios de sociedades anónimas laborales.

Por otra parte, existen relaciones jurídicas que, dotadas de las mismas notas identificadoras que el contrato de trabajo, se prestan para un empleador *sui generis*, las administraciones públicas cuyo obligado sometimiento a la ley, altera el régimen de fuentes relegando el

(16) *Id.*, pág. 55.

(17) MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín en *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 1.ª ed., 1991, pág. 599.

(18) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª Fernanda en *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Ed. Trotta, 2.ª ed., 1995, pág. 17.

(19) RRDD 1146/2006, 1331/2006, 696/2007 y 63/2006 son las normas que regulan estas nuevas relaciones laborales especiales.

(20) Basta acudir a los datos estadísticos que recoge la Exposición de Motivos de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo para apreciar la incidencia económica y social de este tipo de trabajadores.

Propuestas para reformar la LPL

contrato individual y la negociación colectiva a un plano más secundario. Con la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público se configura actualmente una relación jurídica diferenciada de la laboral, incluso para aquellos empleados públicos que ostenten la condición de personal laboral a los que desde ahora cabría considerarles inmersos en una nueva relación laboral de carácter especial.

Además, existen relaciones de trabajo no soportadas en una relación jurídica directa entre quien lo realiza y quien lo recibe: los trabajadores en ETT.

El derecho del trabajo, al que voces autorizadas ven amenazado de extinción, ha dejado de ser una disciplina capaz de regular de forma unitaria y completa las diversas relaciones jurídicas cuyo objeto es la realización personal y retribuida de una actividad productiva. Ya no se puede hablar sino de “derechos de los trabajos”. Y así, como MONEREO señala²¹, el ET ha dejado de ser el centro normativo, de modo que el tipo contractual que regula no es el contrato laboral, sino uno de los sistemas de contratación laboral. Todo ello conduce a interrogarnos acerca de si no habría que reformular el derecho del trabajo superando este marco para configurarlo como “derecho de la actividad profesional”²².

La consecuencia que de ello deriva es si la jurisdicción social debe constreñirse a las controversias que se susciten en el concreto contexto de la relación jurídica de trabajo por cuenta y dependencia ajenas, la definida estatutariamente en el Estatuto de los Trabajadores, o si debe extender su ámbito a estas otras relaciones jurídicas que escapan del marco del artículo 1.1 ET.

La posición del legislador es ambigua, revelando con ello que actúa más movido por criterios de oportunidad en política legislativa que de razonabilidad normativa. Así ha atribuido al orden social las controversias entre los cooperativistas y los socios de cooperativas y de sociedades anónimas laborales, ahora atribuye las que se produzcan entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes, artículo 17 Ley 20/2007, pero no se atreve a dar este mismo paso con los empleados públicos, desaprovechando la ocasión que brindaba para ello la nueva Ley 7/2007 reguladora de su estatuto básico.

**LA CUESTIÓN ES SI
LA JURISDICCIÓN SOCIAL
DEBE EXTENDERSE
A OTRAS RELACIONES
JURÍDICAS**

(21) Ob. cit., pág. 68.

(22) Ob. cit., pág. 79.

En el devenir histórico de las competencias que asumía la jurisdicción social, muy pronto se atribuyó también a este orden el conocimiento de los litigios en materia de Seguridad Social y con ello el de los remedios sociales para atender las situaciones de necesidad generadas por la imposibilidad de acceder al trabajo.

También en materia de Seguridad Social se ha desbordado el límite del marco competencial estableciéndolo más allá del sistema mismo. Así conocerá la jurisdicción de los sistemas de mejoras de la acción protectora, siempre que traigan causa en el contrato de trabajo y de los litigios entre mutualidades y sus asociados, pero de éstas excepciona los litigios que se susciten en mutualidades constituidas por colegios profesionales y de aquellos que surjan entre fundaciones laborales y sus beneficiarios.

Y de nuevo el legislador vuelve a mostrar sus ambigüedades cuando limita el conocimiento litigioso en materia de Seguridad Social a las controversias prestacionales de los beneficiarios, remitiendo el resto, los referidos al acceso al sistema y los recaudatorios, al orden contencioso, artículo 3.1.b) LPL, y cuando no se atreve a atribuir al orden social las controversias surgidas en la aplicación a los beneficiarios de los derechos causados por la Ley 39/2006, de Dependencia, cuya finalidad social en búsqueda de la igualdad efectiva justificaría, por lo que luego se dirá, la atribución competencial a nuestra jurisdicción.

Y junto a estos dos grandes bloques, que aún desbordados en los términos indicados, han identificado históricamente el ámbito competencial de la jurisdicción, el legislador paulatinamente nos ha atribuido el conocimiento de las controversias por las responsabilidades que al Estado impone la jurisdicción laboral²³ y las controversias protagonizadas por las instituciones representativas de los intereses de trabajadores y empresarios, dentro de los límites establecidos en el artículo 2 LPL.

Pero, sin embargo, ha hurtado a esta jurisdicción la revisión de los actos administrativos dictados en materia laboral, paralizando la entrada en vigor de las previsiones del artículo 3.2 LPL, lo que ha intentado parcial y defectuosamente suplir con el ímpetu dado al procedimiento de oficio por el artículo 149 LPL.

De todo ello se pueden sacar dos conclusiones:

- Que al momento de fijar las competencias de la jurisdicción laboral, el legislador ha actuado haciendo prevalecer motivaciones de “oportunidad política” en detrimento de razones de sistemática normativa. La consecuencia es que la jurisdicción social en la actualidad presenta unos perfiles desdibujados y contradictorios.
- Que este proceder del legislador revela lo que bien puede calificarse como un recelo histórico frente a la jurisdicción social y que se traduce en un paulatino, aunque confuso,

(23) No se trata de la responsabilidad del Estado en cuanto empresario, integrada en el artículo 2.a) LPL, ni de la responsabilidad patrimonial del Estado excluida por el artículo 2.e) LRJCA, sino de aquellas responsabilidades expresas que la legislación laboral reconoce: FGS, salarios de tramitación, etc.

adelgazamiento de competencias, objeto de preocupación para la doctrina²⁴ y también para los mismos magistrados que la componen²⁵.

Esta discrecionalidad del legislador ha contado con el colchón del artículo 9.5 LOPJ cuando atribuye al orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, a lo que se añaden las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

Al establecerse los límites de nuestra jurisdicción mediante un término tan ambiguo como “rama social del derecho”, se ha permitido que la actual LPL ofrezca esos perfiles de confusión y ausencia de armonía dogmática a los que ha conducido la exacerbada discrecionalidad del legislador²⁶.

En sus orígenes la jurisdicción social se desgajó de la civil porque se consideró que ésta no podía dar una respuesta adecuada a determinada litigiosidad. Y no la daba porque la entonces vigente LEC de 1881 se regía por unos principios y reglas procesales incompatibles con las necesidades, de inmediata solución, que subyacían tras la llamada entonces “cuestión social” y que exigían una respuesta judicial rápida, sencilla y barata²⁷.

La “cuestión social” se identificó entonces con el contrato de trabajo y se añadieron más adelante las situaciones de necesidad generadas por la imposibilidad de acceder al trabajo.

Pero lo que ocurre en la actualidad es que la “cuestión social” no encaja en los concretos perfiles del contrato de trabajo, sino que lo desborda, como también desborda el marco del sistema de Seguridad Social, lo que exige encontrar una redefinición, o si se quiere una actualización, de lo que debe entenderse como “cuestión social”, contenido material de la rama social del derecho.

En mi opinión, ello conduce al artículo 9.2 CE cuando, entre otras cuestiones, mandata a los poderes públicos para promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, a remover los obstáculos que lo impidan y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social²⁸.

(24) SEMPERE NAVARRO, Antonio en “Por una jurisdicción social robusta”, *Actualidad Laboral*, núm. 686, pág. 3.

(25) Así se desprende de las conclusiones del I Congreso de Magistrados del Orden Social que se celebró en Murcia en octubre de 2006.

(26) No obstante, debe tenerse en cuenta que conforme entendió la STC 224/1993, que vino a declarar inconstitucional por no acomodarse a las previsiones de la LOPJ la atribución competencial que a favor del orden civil se realizó respecto de las controversias sobre expropiaciones de fincas agrarias realizadas por el IRYDA, cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto de cada orden jurisdiccional, siempre que se respete la definición de cada orden efectuada en abstracto por la LOPJ, por lo que será factible en cada caso verificar el grado de acomodo de las leyes ordinarias al diseño competencial genérico establecido por la ley orgánica.

(27) Vid. AGUILERA en ob. cit., pág. 38.

(28) En los mismos términos ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel en “Rasgos esenciales y tendencias del Derecho procesal Laboral” en el libro *Estudios sobre la Constitución Española*. Libro homenaje a D. Gumersindo Trujillo, Marcial Pons, 2006.

La jurisdicción social sería vista desde esta perspectiva como una medida de acción positiva instrumentada por los poderes públicos para conseguir los propósitos igualitarios de esta norma constitucional²⁹. Lo que se pretende es dotar a los ciudadanos en situaciones de desigualdad social de un instrumento eficaz que les permita alcanzar los derechos que reparan su posición de injusticia material: percibir su salario, su prestación social, ser indemnizados por la pérdida del empleo, trabajar en condiciones dignas, etc.

No obstante, hay que precisar que no se pretendería asumir el enjuiciamiento de toda posible situación de desigualdad, sino sólo de aquellas cuyo origen derivara de las relaciones jurídicas establecidas en el ejercicio de una actividad profesional o para remediar su pérdida o inexistencia.

Así se vincularía el ámbito competencial con los límites históricos de la jurisdicción social, adecuándolos a los tiempos actuales lo que supone exceder de forma razonable los marcos del contrato de trabajo y del sistema público de Seguridad Social.

Ahora bien, no se trata de que la normativa procesal reequilibre la posición del trabajador frente al empresario en la relación jurídica que ambos mantienen, ni por extensión la de otras relaciones jurídicas en situación de desigualdad. Ese propósito le corresponde a las disposiciones sustantivas legales y convencionales. Tampoco se trataría de reequilibrar la posición del administrado o beneficiario frente a los poderes públicos.

La norma procesal no reequilibra esas relaciones jurídicas, sino la situación de desigualdad en el acceso al proceso y ya en el proceso mismo de la parte más débil de esa relación y con la finalidad de que ese ciudadano pueda acceder de forma efectiva a los derechos materiales por los que se consigue el propósito igualitario que inspira el artículo 9.2 CE. Y ello porque la situación de desigualdad material que presenta una de las partes en la relación jurídica o por encontrarse en un estado de necesidad, trasciende a ésta y se refleja en el proceso. Por eso éste prevé la existencia de una serie de medidas, desequilibradoras de la igualdad formal procesal que se traducen en un reparto dispar de las cargas procesales y en dotar al juez de facultades e iniciativas que le separan de la civilista posición de excelsa neutralidad.

Este propósito, que no puede tampoco ignorar los antecedentes históricos que conforman el ámbito material de nuestra jurisdicción, permitiría lanzar la siguiente propuesta reordenadora de la competencia atribuible a la jurisdicción social que entendería así de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre:

- Empresarios y trabajadores, sea su relación laboral común o de carácter especial.
- Trabajadores autónomos económicamente dependientes y su cliente predominante.

(29) Como indica MAIRAL JIMÉNEZ, Manuel en “La igualdad de las partes en el proceso laboral”, *Revista Temas Laborales*, núm. 34, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 68, el artículo 9.2 CE se ha convertido en la fundamentación constitucional del verdadero carácter tuitivo de la normativa social de nuestro ordenamiento jurídico.

Propuestas para reformar la LPL

- Las administraciones públicas y sus empleados públicos, salvo el regulado por legislación específica propia.
- Las cooperativas de trabajo asociado y sociedades anónimas laborales y sus socios trabajadores por su condición de tales.
- Empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de puesta a disposición.

Conocería además de las controversias:

- En materia de Seguridad Social, en todos sus regímenes, incluso los de funcionarios públicos, excepto de las resoluciones dictadas en materia de gestión recaudatoria.
- Todos los conflictos derivados de accidente de trabajo que traen causa en el incumplimiento del deber de seguridad previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sea cual fuere su causante y la relación jurídica que le une con la víctima, dejando a salvo la competencia del orden jurisdiccional penal.
- En materia de prestaciones causadas en aplicación de la Ley 39/2006, de Dependencia.
- En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de Seguridad Social siempre que su causa derive de una relación jurídica de las referidas en el bloque anterior.
- Entre Mutualidades y Fundaciones Laborales y sus beneficiarios sobre obligaciones y derechos de carácter prestacional.

Y también de:

- Las resoluciones y actos dictados por las Administraciones Públicas en materia de infracciones y sanciones del orden social.
- Las resoluciones y actos de las Administraciones Públicas en expedientes de regulación de empleo y traslados colectivos.
- Las controversias contra las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, cuando les atribuya responsabilidad la legislación laboral.
- Sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los Sindicatos, impugnación de sus Estatutos y su modificación.

**EN LA ACTUALIDAD SE
EXIGE UNA REDEFINICIÓN
DEL CONCEPTO DE
“CUESTIÓN SOCIAL”**

- En materia de régimen jurídico específico de los Sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados.
- Sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las Asociaciones empresariales en los términos referidos en la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, impugnación de sus Estatutos y su modificación.
- Sobre la responsabilidad de los Sindicatos y de las Asociaciones empresariales por infracción de normas de la rama social del Derecho.
- En procesos sobre materias electorales, incluida la denegación de registro de actas electorales, también cuando se refieran a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas.

D) Los principios inspiradores de la jurisdicción social

La promulgación en 1958 del primitivo Texto Refundido de Procedimiento Laboral introdujo aires de modernidad en el arte de juzgar y provocó desde ese momento un encendido debate entre quienes postulaban un juzgar sometido a formalismos en el que imperaba la escritura y la distancia entre juez y justiciables y quienes propugnaban un modo de juzgar más cercano donde imperaba la oralidad y se buscaban soluciones reales.

Este debate, que decantó a gran parte de la doctrina a favor de los viejos, lentos y complejos ritos, frente a un proceso cuya sencillez era sinónimo de insolvencia dogmática, se superaba continuamente con la eficacia demostrada por la jurisdicción social.

Promulgada la Constitución, restablecida la normalidad democrática y asentada ésta en el imperio de los derechos fundamentales, uno de los cuales es precisamente el de tutela judicial efectiva, desde la norma fundamental se impone un proceso de unificación³⁰ de los principios sobre los que se asentarán, desde entonces, todos los procedimientos sea cual sea el orden jurisdiccional competente.

Ello se traduce en que el artículo 24 CE, profusamente interpretado por el TC, asumirá como propios, integrantes de su contenido esencial, toda una serie de principios que por ello ya no pueden considerarse identificadores de una determinada jurisdicción, sino de todas.

Y así del artículo 24 CE se desprende que los ciudadanos tienen derecho a:

- Acceder a los tribunales para ser por ellos tutelados, lo que consagra el principio a favor de accionar y la eliminación de obstáculos que impidan ese acceso (gratuidad de justicia).

(30) SÁEZ LARA, Carmen en *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, pág. 28, Ed. Civitas Thomson.

Propuestas para reformar la LPL

– Obtener de los jueces una tutela efectiva, lo que arrastra el principio de ejecutividad de las sentencias, el principio dispositivo y su derivado principio de congruencia y la obligación de motivar las resoluciones.

– La interdicción de indefensión consagra a su vez los principios de igualdad de partes, de imparcialidad del juez, de audiencia, de prueba, de contradicción y de defensa y de buena fe procesal.

No puede tras el artículo 24 CE hablarse de que el proceso social cuenta con unos principios que lo definen y distinguen del resto de jurisdicciones. A lo sumo podrá hablarse de que esos principios estructurales comunes a toda clase de proceso reciben matizaciones en el ordenamiento laboral justificadas por el propio contenido material de los litigios que debe juzgar y la preexistente desigualdad de las partes en la relación jurídica de la que derivan las controversias.

Pero esas matizaciones o especificaciones que los principios procesales reciban en el orden social no podrán en ningún caso desnaturalizar³¹ los principios estructurales que conforman el artículo 24 CE.

Y junto a estos principios comunes, en mayor o menor medida matizados, el orden social contará con otros principios, de carácter instrumental, más técnicos y específicos, que también podrán ser compartidos en mayor o menor medida por el resto de jurisdicciones. Se trata de los, desde 1958, reiterados principios de oralidad, intermediación, celeridad y concentración que recoge el artículo 75 LPL.

Pero como se acaba de indicar, se trata de principios instrumentales, válidos en tanto que sirvan para que los que emanan del artículo 24 CE se apliquen con mayor efectividad para la solución de los conflictos de los que conoce la jurisdicción social y, en definitiva, para cumplir con el deber de eficacia de la administración de justicia, lo que ha determinado que en gran medida estos principios, que informan históricamente la jurisdicción social, se hayan traspasado con los correspondientes matices a las demás jurisdicciones con la nueva LEC de 2000.

Y así:

– El principio a favor de accionar recibe un impulso adicional cuando prevé la posibilidad de subsanar la demanda e impone al juez un deber de así hacerlo saber a la parte.

– La gratuidad de la justicia se refuerza para quienes ostenten la condición de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social: artículo 6 Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita.

– La ejecutividad de las sentencias se refuerza imponiendo la obligación de consignar la condena para acceder al recurso.

(31) SÁEZ LARA, Carmen, ob. cit., pág. 33.

– El principio dispositivo se mediatiza con la existencia de procedimientos de oficio, con la facultad del juez de no aprobar acuerdos en conciliación y con la irrenunciabilidad para el trabajador de los derechos reconocidos en sentencia.

– El principio de defensa se “flexibiliza” al permitir que las partes puedan actuar en juicio de primera instancia sin defensa letrada.

– El principio de contradicción y el de prueba se verán constreñidos, y en mi opinión en ocasiones seriamente afectados, por los principios técnico-procesales de concentración, oralidad y celeridad.

Pero con todo, será el principio de igualdad de las partes en el proceso y a su rebufo el de imparcialidad del juez social, el que presente los matices más relevantes.

La jurisdicción social entiende de conflictos en relaciones jurídicas asentadas en plano de desigualdad y que afectan a intereses socialmente primordiales. Como antes se indicó, la posición de desigualdad de las partes trasciende a su propia relación jurídica y se refleja en el acceso y ejercicio de la tutela judicial. Por ello el procedimiento laboral ocupa un papel de reequilibrio con el fin de permitir que quienes parten de una situación de desigualdad reciban compensaciones procesales que les habiliten para que precisamente el litigio se canalice desde posiciones de igualdad³². De este modo el principio formal de igualdad de partes se ve corregido con reglas procesales compensadoras cuya validez ha de basarse en argumentos capaces de justificar el apartamiento de la situación de igualdad formal³³.

Se genera así una dialéctica entre el principio de igualdad de partes y su desconfiguración reequilibradora en la que encuentran encaje el reparto no igualitario de cargas en el proceso, la reinterpretación de instituciones procesales y el papel mismo del juez.

Y serán estas medidas reequilibradoras las que en el contexto de un proceso ágil, barato y eficaz, justifiquen, también en la actualidad, la existencia autónoma de un procedimiento laboral desgajado del civil.

Un rastreo sin ánimo de exhaustividad de la actual LPL permite encontrarla trufada de manifestaciones de desigualdad formal a favor de la parte más débil de la relación que permitan su equiparación igualitaria material dentro del proceso.

Y así se puede apreciar:

– El reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a quien ostente la condición de trabajador por cuenta ajena o beneficiario del sistema de Seguridad Social.

(32) CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Constitución y Proceso de Trabajo”, REDT, núm. 38, Ed. Civitas, pág. 248.

(33) En el mismo sentido, MAIRAL JIMÉNEZ, Manuel en ob. cit., “La igualdad de las partes en el proceso laboral”, pág. 60.

Propuestas para reformar la LPL

- La atribución reglada de la competencia territorial y al fuero más favorable al trabajador o beneficiario.
- La capacidad otorgada a los sindicatos para demandar a favor de los intereses propios de sus afiliados así como de actuar como coadyuvantes en procesos iniciados por éstos.
- La acumulación de ejecuciones para conseguir una igualdad entre los acreedores laborales.
- La alteración del orden de intervención en los procesos disciplinarios.
- La facultad sólo otorgada al trabajador para recurrir frente a las sanciones muy graves confirmadas judicialmente.
- La configuración de un procedimiento de oficio con relación a determinadas infracciones laborales del empresario perjudiciales para los trabajadores.
- La inversión legal de la carga probatoria cuando se aporten indicios que avalen la sospecha de haberse vulnerado derechos fundamentales.
- La exoneración para trabajadores y beneficiarios de la exigencia de depósito y de consignación de la condena para recurrir, requisitos que sí son exigibles al empresario.
- La condena en costas en recurso de la que se exceptúa a trabajadores y beneficiarios.
- La exención de reintegro a los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social abonadas en fase de recurso.
- La ejecución provisional, pese a la obligada consignación, de las sentencias a favor de los trabajadores y beneficiarios.

**EL PROCEDIMIENTO
LABORAL CONTIENE
MANIFESTACIONES
DE DESIGUALDAD FORMAL
A FAVOR DEL MÁS DÉBIL**

II. CAMBIOS PROPUESTOS

A) Las alternativas a la jurisdicción

La intervención activa de los agentes sociales en la solución de la conflictividad laboral ha sido una constante que históricamente ha acompañado a esta jurisdicción.

Y no sólo en España, pues en otros países de nuestro entorno existen diversos mecanismos de intervención y participación de empresarios y trabajadores en la solución de los conflictos. En unos casos, como ocurre en Alemania, ellos componen junto a un juez profesional el tribunal; en otros, como ocurre en Francia y en el Reino Unido, la jurisdicción social se inicia con un escalón, los Conseil de Prud'hommes o los Industrial Tribunals, no judicial y sólo sus resoluciones son conocidas por el juez profesional en fase de recurso³⁴.

Frente a estos variados modelos, en España, dejando aparte el período de los famosos Tribunales Industriales y el posterior de los Jurados Mixtos en la II República, se ha optado por un trámite preceptivo de conciliación preprocesal a cargo durante el franquismo del sindicato vertical y desde el RD-L 5/1979 del denominado Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación y hasta su supresión en 1984 tras la asunción de sus competencias y funciones por las distintas Comunidades Autónomas, de modo que en la actualidad en cada una de ellas existe un órgano administrativo que realiza estas tareas siguiendo para ello las reglas procedimentales que en su día estableció el RD 2756/1979.

Junto a este cauce conciliatorio y para los conflictos de carácter colectivo, sindicatos y patronal han pactado el Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales, cuya III edición desde 2005 se encuentra actualmente en vigor.

En el horizonte, esperemos que no muy lejano, se anuncia la Directiva del Parlamento y Consejo Europeos, COD 2004/0251, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles (y por ello laborales) y mercantiles.

Este actual proyecto de Directiva ilustra adecuadamente de las ventajas que para solventar la conflictividad social presentan los mecanismos de autocomposición frente a las soluciones heterónomas e impuestas a las partes, como en definitiva son las que proporciona el juez.

No cabe duda de que solucionar extrajudicialmente los conflictos es para las partes más rápido, más barato³⁵ y más satisfactorio. Las razones que justifican las dos primeras cualidades son de todo punto evidentes, pero interesa resaltar que un acuerdo asumido voluntariamente por las partes se acepta mejor que uno impuesto por el juez, que por ello se hace más fácil de respetar y cumplir y que garantiza con mayor fiabilidad el mantenimiento, cuando no el reforzamiento, de la relación jurídica en la que el conflicto se ha suscitado.

La experiencia por otra parte demuestra que la solución que se impone desde el juez se escenifica como la victoria, de una parte, y la derrota, de la otra. Desde ahí resulta difícil mantener la incólume relación jurídica. Por eso en muchas ocasiones las sentencias de los juzgados sociales son la antesala de la extinción de esa relación entre las partes.

(34) Conforme con MARTÍN VALVERDE, Antonio en "Sistema Judicial y Jurisdicción Laboral", págs. 571 y siguientes, dentro de la obra colectiva *El proceso Laboral - Estudios en Homenaje al Profesor de la Villa*, Ed. Lex Nova, 2001.

(35) Esta virtud no sólo beneficia a las partes sino al funcionamiento mismo de la administración de justicia laboral.

Propuestas para reformar la LPL

Debe sin reparos postularse la existencia de mecanismos para la solución extrajudicial de los conflictos de los que conoce la jurisdicción social.

Pero ello exige necesariamente una completa revisión de los que ahora existen y de sus métodos de funcionamiento. Y tal exigencia viene avalada por los pobrísimos resultados que hoy se alcanzan.

En el Anexo I se aportan los datos estadísticos elaborados por el Ministerio de Trabajo referentes a los resultados en materia de conciliación y mediación laborales.

Llama la atención que:

– A partir de 2003 disminuye considerablemente el número de actos de conciliación. Pero no porque hubiera disminuido la conflictividad, sino por los cambios legislativos operados con la Ley 45/2002 que hicieron innecesaria su utilización cuando los propósitos de las partes se podían obtener por otro procedimiento más eficaz. Recordemos que tras esta ley se detuvo el abono de salarios de tramitación siempre que el empresario reconociera la improcedencia del despido y consignara la indemnización en el juzgado social, y se validó a la carta de despido como título habilitante para acceder a la prestación de desempleo³⁶.

– Que en la actualidad las soluciones que se logran extrajudicialmente sólo alcanzan al 20% de los conflictos individuales y no llegan al 25% de los conflictos colectivos, siendo muy llamativo el alto porcentaje de actos de conciliación que se celebran sin efecto, precisamente por la incomparecencia del demandado que, no obligado a ello, lo considera una pérdida gratuita de tiempo.

La ineficacia del trámite extrajudicial de solución de controversias llegó a ser tal que la LPL de 1963 y las posteriores hasta el RD Leg. 1568/1980 en la práctica lo abolieron. El mecanismo para ello, auspiciado por el mismo legislador, consistía en acompañar una copia más de la demanda judicial para que por el Magistrado de Trabajo se remitiera ésta al organismo sindical a fin de realizar el acto conciliatorio al que nunca eran llamadas las partes.

Esta inercia en buena medida se arrastra tras el RD-L 5/1979: los servicios de conciliación y mediación son desde entonces y hasta la actualidad unos organismos que sirven para dar formato de título al acuerdo conciliatorio de las partes cuando éstas por sí mismas lo han alcanzado, bien en el seno de la empresa, bien por la intervención de abogados.

Pero no son servicios en los que se apueste por intervenir en la solución del conflicto con personal preparado en técnicas para solventar controversias y conocedor de las posibilidades reales que la ley y su aplicación judicial ofrece a cada litigante y al que tampoco

(36) Los datos estadísticos del Anexo II demuestran que, por los efectos de la Ley 45/2002, lo que disminuye son los despidos y no el resto de controversias.

la normativa de aplicación³⁷ les impone un comportamiento activo en la búsqueda de acuerdos de conciliación ni mediante propuestas de mediación.

La propuesta de directiva comunitaria antes referida apuesta, frente a la mera conciliación, por una mediación profesionalizada realizada por personas e instituciones sometidas a controles de calidad y adecuadamente formadas y en cuya selección pueden intervenir las partes mismas, garantizándose la estandarización de lo ofrecido por ellas y propuesto por el mediador en el acto conciliatorio de suerte que nada de lo allí dicho y hecho trasciende al litigio judicial en caso de desacuerdo.

Obvio es que una reforma de la LPL siga por estos derroteros.

Y en este contexto el legislador deberá deshojar también otra incertidumbre. La última reforma a la LOPJ que emprendió la LO 19/2003, atribuye, artículo 456.3, a los secretarios judiciales, cuando así lo prevean las leyes procesales, la competencia en materia de conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia.

La puesta en marcha de este propósito, incluido en los anteproyectos de reforma de las leyes procesales y paralizado al menos desde mediados de la anterior legislatura, exige reflexionar acerca de si junto al acto de conciliación extrajudicial atendido por un servicio parangonable al actual SMAC, va a existir otro posterior, ya en el proceso, pero atendido exclusivamente por el secretario judicial, o si ambos actos conciliatorios deberían refundirse en uno solo, lo que exigiría fijar sus parámetros procedimentales y funcionales.

La solución es siempre complicada. Tengo claro que debe apostarse por un único y eficaz acto conciliatorio fuera de la presencia del juez que de este modo ni se vería contaminado por informaciones obtenidas fuera del proceso mismo, ni podría caer en la imprudencia de prejuzgar, ni de advertir a las partes sobre las consecuencias de su rechazo a posibles soluciones conciliatorias. El acto de conciliación previo a juicio presidido por el juez que a continuación va a juzgar, debe desaparecer de plano sin perjuicio de las posibilidades que en todo momento tienen las partes de convenir.

Más dudoso es si el acto de conciliación resultaría más provechoso si se articulara ajeno a la administración de justicia lo que permitiría una participación más activa de los agentes sociales³⁸ y reformar en profundidad de los actuales servicios administrativos que lo pres-

(37) El artículo 10 del RD 2756/1979 indica que el Letrado conciliador invitará a los interesados a que lleguen a un acuerdo ... pudiendo sugerirles soluciones equitativas.

(38) Y seguramente más eficaz si los mecanismos conciliatorios se vinculan a la negociación colectiva, tal como propone ALFONSO MELLADO, Carlos en "Solución extrajudicial de conflictos laborales: experiencias y situación actual" en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 372003, CGPJ, Madrid, págs. 309 y siguientes.

Tampoco puede obviarse el permanente interés de la doctrina científica en apostar por soluciones autónomas entre los agentes sociales para dirimir las controversias incluso individuales. En este sentido, vid. *Relaciones Laborales* núm. 23/24 de 2007, dedicado monográficamente a esta cuestión y en especial el artículo del profesor GIL Y GIL, José Luis "La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo".

Propuestas para reformar la LPL

tan, o si el acto conciliatorio debería atribuirse, como antesala del proceso, al secretario judicial, cuyo conocimiento del ordenamiento jurídico le dotaría de un sustrato teórico importante sobre el que asentar la técnica conciliatoria.

Solventada esta duda que dejo encima de la mesa, si parecería necesario reforzar la presencia de las partes, en concreto de la demandada, en el acto conciliatorio y la exigencia de un comportamiento de buena fe.

El actual artículo 66.3 LPL, en el contexto de desidia en que funcionan los servicios administrativos actualmente encargados de conciliar, no ha servido para impulsar la presencia de la parte demandada al acto de conciliación. El anexo I informa de que más de un 42% de los intentos de conciliación terminan sin efecto, esto es, por ausencia de la parte demandada.

Una reforma en profundidad del acto conciliatorio, además de garantizar su solvencia y eficacia, debe por ello verse acompañada de mecanismos coactivos precisos para garantizar la presencia activa y de buena fe de las partes a dicho acto.

B) Por una nueva estructura del proceso laboral

La experiencia práctica nos aporta la evidencia de que en la actualidad en la jurisdicción social se conocen litigios muy dispares.

Existen pleitos muchos de ellos reiterativos, en los que se emplea una técnica procesal sencilla y para los que no se exigen especiales esfuerzos probatorios para las partes ni argumentativos para el juez. Son los pleitos que reclaman una jurisdicción de gestoría que de forma ágil y sencilla constituya el título preciso para el percibo de una deuda o el reconocimiento de un derecho.

Junto a este bloque existe otra clase de litigios, cada vez más numeroso, de gran complejidad fáctica y jurídica, que exigen un importante esfuerzo a los profesionales y al juez y que responden a la cada vez más compleja sociedad en que vivimos y al abigarramiento y sobreabundancia normativa propia de las sociedades desarrolladas. De todo ello ya se ha tratado en páginas precedentes.

a) Los litigios complejos

El interrogante, que antes apunté y de nuevo rescato, es si la actual estructura del proceso laboral permite adecuadamente

**DEBE APOSTARSE POR
UN ÚNICO Y EFICAZ ACTO
CONCILIATORIO FUERA DE
LA PRESENCIA DEL JUEZ**

dar respuesta a este tipo de litigios complejos con los que en la práctica diaria nos encontramos en los juzgados.

En mi opinión ello no es posible.

Uno de los problemas capitales radica en la contestación verbal a la demanda que se realiza en el acto mismo del juicio.

La grabación de la vista ha solventado razonablemente la queja habitual de los profesionales de que el contenido de su oposición a la demanda, realizada de forma verbal, no quedaba volcada siempre de forma fidedigna en el acta de juicio y ello provocaba luego problemas de incongruencia omisiva en la sentencia, cuando no de otras dificultades a la hora de recurrir.

Pese a ello, el hecho de que sea el acto del juicio el momento en el que el demandado por primera vez da a conocer al demandante los hechos extintivos, impeditivos u obstativos frente a su pretensión y que acto seguido se practique la prueba, impide en muchas ocasiones al demandante, que hasta ese momento desconoce los motivos de oposición a la demanda, contradecirlos aportando las pruebas y argumentos jurídicos precisos.

El derecho de defensa se ve seriamente amenazado en muchas ocasiones por esta causa. La solución pasaría por que en el acto del juicio, cuyo contenido esencial consiste en la práctica de la prueba, las partes fueran previamente conocedoras de las posiciones del contrario en cuanto a los hechos y el derecho aplicables.

El otro problema capital que hoy presenta la actual estructura del proceso radica en la práctica de la prueba documental. Su examen por vez primera en el acto del juicio, apremiados todos los partícipes por la existencia de otros litigios que esperan turno, no se lleva a cabo, cuando la documental es voluminosa o técnicamente compleja (informes periciales, documentos contables, visionado de grabaciones, etc.), con el tiempo preciso, ni tampoco permite a la vista de su contenido la aportación de otras pruebas que la pudieran contrarrestar, ni su valoración adecuada por los profesionales que asisten a cada parte.

El derecho mismo a la defensa se ve en muchas ocasiones vulnerado por esta causa.

La solución a estos males, que en mi opinión afectan al contenido esencial del artículo 24 CE³⁹, pasaría por dar paso a una fase previa en el proceso de contestación escrita a la demanda y de la exigencia de que, en los términos previstos en la LEC, la prueba documental se aportara por cada parte bien con la demanda, bien con la contestación.

(39) En términos similares GARCÍA BECEDAS, Gabriel en "Los principios informadores del procedimiento laboral", pág. 206 y siguientes, dentro de la obra colectiva *El proceso laboral - Estudios en Homenaje al Profesor de la Villa*, Ed. Lex Nova, 2001.

Propuestas para reformar la LPL

Adelantándome a posibles críticas a esta propuesta, soy consciente de que con ello se produciría un retraso en la celebración del juicio y desde la presentación de la demanda. Pero tal riesgo es perfectamente asumible por las siguientes razones:

– La duración media de los procesos en los Juzgados de lo Social⁴⁰ fue en 2006 de 5,3 meses. En ese período de tiempo, desde que entra el asunto en el Juzgado hasta que se dicta sentencia en instancia, es perfectamente posible, sin alterar el ritmo de señalamientos y sin perjudicar notablemente el funcionamiento de la oficina judicial, dar término a la contestación escrita de la demanda. Sólo la medida podría afectar a aquellos Juzgados de lo Social en los que el período entre la presentación de demanda y sentencia bascule entre uno y dos meses, siendo éstos una minoría.

– Porque tras la reforma operada en materia de despido con la Ley 45/2002, de la que se trató en páginas precedentes, no existe la urgencia⁴¹, antes relevante para la celebración del juicio en un tiempo perentorio, dado que el despido puede acceder a las prestaciones de desempleo sin necesidad de esperar al resultado del proceso.

– Porque, como más adelante se verá, otras posibles urgencias pueden y deben ventilarse por el cauce de las medidas cautelares.

Los litigios complejos podrían, atendiendo a estas razones, encontrar cobijo en un nuevo procedimiento “ordinario” cuya estructura presentaría las fases siguientes:

– Demanda escrita⁴² conteniendo los hechos constitutivos de la pretensión que se ejercita que deberá concretarse adecuadamente en la solicitud o “suplico”⁴³. A la demanda se acompañará la prueba documental y pericial⁴⁴ de que pretende hacerse valer la parte en juicio con copia para las demás, también los medios de reproducción de sonido e imagen, documentos en soporte informático, etc. Deberá interesarse entonces la práctica de otras pruebas para el acto del juicio.

– Admisión de la demanda con pronunciamiento inicial por el tipo de juicio elegido pudiendo el juez encauzarlo hacia el que resulte adecuado para el tipo de pretensión ejerci-

(40) Datos obtenidos de la Memoria 2008 aprobada por el Pleno del CGPJ de 6 de junio de 2007. En ella se indica que la duración media de los procesos en los Juzgados de lo Social fue de 5,5 meses en 2007, 5,3 meses en 2006, 5,2 en 2005, 5 en 2004, 4,6 en 2003 y 4,2 en 2002. En los procesos de despido la duración media ascendía en 2007, 2006 y 2005 a 2,7 meses y a cifras similares en años precedentes. A la citada Memoria se puede acceder desde <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>.

(41) La medida arrastraría una reflexión añadida sobre el plazo de cómputo de los salarios de tramitación a cargo del Estado.

(42) La propuesta en tal sentido no puede considerarse plenamente innovadora pues otras voces más autorizadas ya lo han manifestado, así DESDENTADO BONETE, Aurelio en “Notas para un debate sobre la crisis del proceso laboral” en *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, Ed. Bomarzo.

(43) También una reforma de la LPL podría acabar con el término “suplico” como expresión de la pretensión concreta que se solicita. La justicia en ningún caso se suplica que sea otorgada. Acceder a ella es un derecho de todo ciudadano. Basta con solicitarla.

(44) Sin perjuicio de la ulterior ratificación del perito en el acto del juicio con sometimiento al interrogatorio que pueda realizar la otra parte y/o el juez.

tada, o inadmisión por incompetencia del Juzgado, o subsanación de defectos materiales y/o formales.

- Traslado de la demanda con su prueba al demandado.
- Contestación escrita en la que el demandado fija con claridad los hechos que reconoce y a los que se opone. Caso de formular reconvencción aquí se plantearía. A la contestación se acompañará la prueba documental y pericial de que pretende hacerse valer la parte en juicio con copia para las demás partes, también los medios de reproducción de sonido e imagen, documentos informatizados, etc. Deberá entonces interesarse la práctica de otras pruebas para el acto del juicio. La contestación deberá presentarse en el juzgado en plazo máximo de 15 días.
- Citación a juicio para un plazo de 20 días máximo mediante auto resolviendo sobre la admisión de pruebas y ordenando lo necesario para su práctica y trasladando al demandante la contestación y documental del demandado.
- Celebración del acto del juicio. Comienza el demandante contestando a las excepciones procesales y cuestiones previas suscitadas por el demandado si las hubiere, así como a la reconvencción. Se invierte el orden de intervención en las acciones de despido disciplinario y sanciones. Podrá entonces aportar y proponer prueba el demandante sobre hechos que se revelen relevantes debido a las cuestiones previas, excepciones o reconvencción formulada por el demandado. También se aplicarán las reglas del artículo 270 LEC sobre documentos que no se pudieron presentar con la demanda o contestación. Las partes con el juez fijarán los hechos controvertidos y sobre los que deba practicarse prueba. Práctica de prueba exclusivamente sobre esos hechos y conclusiones sucintas para su valoración y en su caso modificar las pretensiones iniciales.

– Sentencia.

– Recurso.

El empleo de este nuevo procedimiento ordinario vendría determinado por el contenido de la pretensión que se ejercitara. Por este cauce se resolverían las controversias relativas a:

- Reclamaciones de cantidad superiores a 3.000 euros.
- Despidos, extinciones y resoluciones de contratos.
- Las iniciadas de oficio por la autoridad laboral o la inspección de trabajo.
- Los conflictos colectivos.
- La impugnación de convenios.

Propuestas para reformar la LPL

- La impugnación de estatutos sindicales o su modificación.
- Tutela de derechos fundamentales, incluida la prohibición de trato discriminatorio y el acoso.
- Las relativas a derechos cuya cuantificación económica en cómputo anual superara los 3.000 euros o las relativas a derechos cuyo interés económico resultara imposible determinar.
- Todo otro litigio en el que, por las partes o la materia, se ventilaran controversias distintas de las que deben enjuiciarse por el procedimiento verbal.

Como subespecialidad de este nuevo procedimiento “ordinario” podría configurarse un procedimiento revisor de todo tipo de actos administrativos atribuidos a esta jurisdicción y de los actos en materia de Seguridad Social, caracterizado por los siguientes hitos:

- Presentación de la demanda con la prueba en los mismos términos que el juicio ordinario. Cuando quien demande sea una administración pública deberá acompañar a la demanda el expediente administrativo.
- Admisión en los mismos términos que el juicio ordinario.
- Citación a juicio con requerimiento a la administración demandada para que en plazo máximo de 15 días incorpore a los autos el expediente administrativo⁴⁵ y fotocopia del mismo para la parte actora, que podrá sustituirse por soporte informático y con la advertencia de que la no remisión injustificada del expediente dará lugar a la condena en costas y a la sanción que corresponda al funcionario responsable. Cuando quien demande sea la Administración se citará directamente a juicio adjuntando a la parte copia de la demanda y del expediente administrativo.
- Celebración del juicio en un plazo máximo de 30 días desde la presentación de la demanda, que comenzará con la ratifi-

**EL QUE LA CONTESTACIÓN
A LA DEMANDA SE
REALICE EN EL JUICIO
PERJUDICA EL DERECHO
A LA DEFENSA**

(45) Con relación al expediente administrativo, la experiencia práctica viene demostrando que mientras las entidades gestoras de Seguridad Social presentan expedientes completos referidos a la tramitación dada a la solicitud del beneficiario, esos expedientes brillan por su ausencia cuando las AAPP intervienen como empleadoras. Y aun cuando los expedientes en materia de personal sean distintos de los expedientes administrativos que culminan en el acto luego objeto de revisión en sede judicial, como tales deben existir y como tales deben aportarse cumpliéndose con ello un nivel de garantías similar al que ofrece el artículo 48 LRJCA. Lo que no es en ningún caso admisible es que las AAPP se comporten en este sentido como las partes privadas, aportando al proceso sólo los documentos que le interesan. Su actuación bajo el principio de legalidad les impide ese comportamiento que es el que la práctica diaria revela y que una reforma de la LPL debería solventar.

cación y contestación a la demanda por la Administración sin que puedan introducirse hechos distintos a los de demanda ni a los obrantes en el expediente administrativo.

– Las partes con el juez establecerán los hechos controvertidos sobre los que deba practicarse prueba. Práctica de prueba exclusivamente sobre esos hechos y conclusiones sucintas para su valoración y en su caso modificar las pretensiones iniciales.

– Sentencia.

– Recurso.

b) Los litigios simples

Para solventarlos se emplearía un procedimiento que podría denominarse “verbal”, cuya estructura no diferiría del actual procedimiento ordinario, a saber:

– Demanda escrita.

– Depuración de defectos y admisión con citación a juicio.

– Celebración del acto del juicio en el que se contesta verbalmente por el demandado y las partes proponen y practican la prueba.

– Sentencia contra la que no cabría recurso.

Este procedimiento quedaría reservado para los litigios cuyo contenido material hiciera referencia a:

– Reclamaciones de cantidad inferiores a 3.000 euros.

– Sanciones disciplinarias.

– Derecho a vacaciones y/o a la fecha de disfrute.

– Clasificación profesional.

– Modificación de condiciones de trabajo y traslados.

– Impugnación en sede judicial de laudos arbitrales en materia electoral.

– Controversias surgidas en la conciliación de la vida personal y/o familiar con el trabajo.

c) Introducción del procedimiento monitorio social

Su novedosa presencia en esta jurisdicción vendría determinada por dos razones principales:

– Una impuesta por la experiencia práctica, más ostensible en épocas de crisis económica como la que atravesamos, y que demuestra que parte de los litigios que he llamado de gestoría no esconden una controversia jurídica real que separe a las partes, sino el mero incumplimiento del deudor, normalmente pero no siempre el empresario, de sus obligaciones contractuales, esencialmente el abono de salarios adeudados al trabajador.

– Otra por la próxima entrada en vigor a partir del 12 de diciembre de 2008 del Reglamento 1896/2006 del Parlamento y Consejo Europeos, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Su aplicación al ámbito de la jurisdicción social (inmersa dentro de lo que la norma europea denomina asuntos en materia civil) es innegable⁴⁶ y resultaría una paradoja inexplicable que este tipo de procedimiento se debiera emplear en asuntos transfronterizos, entendiéndose por tales aquellos en los que una de las partes esté domiciliada o resida en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya formulado la petición, y en cambio no pudiera emplearse este mismo cauce procesal, por lo demás ya previsto en la LEC de 2000, en litigios en los que ambas partes residieran en territorio español.

Los beneficios del proceso monitorio social son desde mi punto de vista incuestionables pues aliviarían a los juzgados de litigios que no exigen la intervención de un juez resolviendo disputas en derecho, ya que lo que busca el acreedor con su demanda es ver satisfecha de forma rápida y barata una deuda no controvertida, en definitiva, que la justicia le provea del título preciso para iniciar un procedimiento ejecutivo o en su caso acudir a las instituciones de garantía salarial.

En este tipo de procedimientos la intervención del juez quedaría limitada a verificar que con la documental aportada el demandante acredita de forma solvente la existencia de relación jurídica durante el período al que se contrae su pretensión y la correspondencia de lo que reclama con las fuentes aplicables el caso. Así reclamándose salarios impagados el demandante deberá demostrar que durante ese período de tiempo estuvo vinculado al demandado por un contrato, cuyo conocimiento compete al orden social, y que por aplicación de dicho contrato o del convenio colectivo le correspondía percibir el salario que reclama.

Verificados estos extremos por el juez, para lo que no es precisa la vista, se dictaría resolución que iniciaría el procedimiento monitorio cuya tramitación, ejecutoria posterior incluida, correspondería al secretario judicial.

(46) En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier en “Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social”, *Diario La Ley*, núm. 6865, año 2008.

Y al igual que prevé la LEC, artículo 818, en el caso de que el deudor se opusiera a la cantidad reclamada, el proceso se transformaría, dependiendo de su cuantía en el ordinario o en el verbal, tal como prevé el artículo 17 del Reglamento 1896/2006.

En todo caso podría ser interesante, para reforzar su eficacia frente al deudor resistente injustificado, imponerle en estos casos la condena en costas.

C) La desaparición de las modalidades procesales

El epígrafe anterior habrá provocado en el lector el interrogante de qué pasaría con las modalidades procesales que inundan la actual LPL.

En mi opinión se podría prescindir de todas ellas.

El análisis que en páginas precedentes se ha realizado del devenir histórico de la LPL ha permitido apreciar que, junto al llamado procedimiento ordinario, el legislador ha venido añadiendo, para dar respuesta procesal a las nuevas controversias causadas por las novedades introducidas en el derecho sustantivo, lo que ha denominado “modalidades procesales”. De este modo, conforme históricamente el derecho sustantivo venía estableciendo determinadas relaciones jurídicas de las que dimanaban determinados derechos, la norma procesal venía a configurar la pretensión lo que se plasmaba en la creación de una modalidad procesal para encauzar su ejercicio.

Tales modalidades, no constituían en ningún caso un proceso distinto del ordinario sino que, más en unos casos (v.gr., Tutela de derechos fundamentales o conflicto colectivo) menos en otros, introducían notas diferenciales que no afectaban a la estructura del proceso.

Lo que con tales modalidades se pretendía fundamentalmente era:

- En procedimientos como los de oficio, conflictos colectivos, impugnación de convenios o impugnación de estatutos delimitar las personas legitimadas para ejercitar la acción.
- En procedimientos como los de vacaciones, clasificación profesional, movilidad geográfica, modificación de condiciones de trabajo o conciliación de la vida familiar, reforzar la celeridad y limitar el acceso al recurso.
- En procedimientos de despidos, extinciones de contratos y sanciones, delimitar el contenido de la controversia y configurar el contenido del fallo.

Sin embargo, todas estas razones, que son las que pueden deducirse del proceder del legislador, carecen en muy buena medida de justificación a los efectos de diferenciar modalidades procesales y provocan en cambio distorsiones en el acceso a la jurisdicción pues

Propuestas para reformar la LPL

la elección de la modalidad procesal adecuada se constituye como un requisito procesal que, de no cumplirse adecuadamente, retrasa, cuando no cierra definitivamente, la obtención de una respuesta judicial.

Ejemplo fidedigno de lo que se acaba de indicar son los litigios sobre modificación de condiciones de trabajo, vacaciones o clasificación profesional. En este tipo de pleitos la jurisprudencia del TS demuestra cómo en muchas ocasiones la vía procesal elegida para ejercitar la acción constituye el núcleo de la controversia y no así el fondo del asunto.

Y las consecuencias aún son más perniciosas en aquellos casos en los que, sometida la acción a plazo de caducidad (despidos, extinciones por causas objetivas, sanciones, modificación de condiciones), la pretensión no se ejercita por la vía procesal adecuada.

Es verdad que la pretensión ejercitada determina el procedimiento que deba seguirse. Así los artículos 249 y 250 LEC distinguen los ámbitos propios del juicio verbal y del ordinario en atención a la pretensión que se ejercita por el demandante. Pero en el diseño estructural que ofrece la LEC, la pretensión en cada caso ejercitada no define ni crea el procedimiento a seguir, sino que éste, verbal u ordinario, se diseña de forma previa y separada, siendo las pretensiones ejercitadas las que se incluyen en uno u otro proceso.

Y junto a ello la LEC prevé una regla básica de la que hoy día la LPL carece y es su artículo 254 el que impone al juez el control de oficio del procedimiento elegido por el demandante que deberá darle, a modo de subsanación, la tramitación que corresponda.

En la línea de “civilización” de la LPL, que sin duda propongo, en el anterior apartado aposté por dos tipos básicos de proceso declarativo “ordinario” y “verbal”, el primero, para atender controversias de mayor relevancia y en las que se presume mayor dificultad probatoria para las partes y de conocimiento para el juez y, el segundo, para atender controversias de menor relieve. Junto a estos procesos se reivindicaba un nuevo proceso monitorio laboral.

También se distribuían las distintas pretensiones que pueden ejercitarse en el ámbito aplicativo de la LPL entre estos tipos de proceso cerrándose con ello un nuevo diseño estructural que

**SE PODRÍA PRESCINDIR DE
TODAS LAS MODALIDADES
PROCESALES QUE
INUNDAN LA LPL**

considero hoy es más eficaz para atender adecuadamente la respuesta de justicia que se pide a esta jurisdicción.

Sin embargo con esta propuesta no pretendo acabar radicalmente con determinadas previsiones procesales contenidas en la actual LPL y que es razonable que sean conservadas. Lo que cuestiono es que estas peculiaridades no justifican el actual diseño estructural del proceso laboral y que bien pueden seguir conservándose en la medida, que resulten razonables con disposiciones *ad hoc*.

Nada impide que el legislador, para atender a determinadas pretensiones que considere urgentes, rompa con el orden cronológico ordinario de los señalamientos, previsto en el artículo 182.2 LEC⁴⁷.

Ni que para determinados procesos se prevea la posibilidad de que bien la parte, bien el juez de oficio, recabe de terceros determinados informes o documentos.

Tampoco justificaría la existencia de una determinada modalidad procesal la inversión del orden de intervención de las partes en la vista oral, justificada siempre que se haya de invertir la carga de la prueba.

Como tampoco justificaría la existencia de un proceso distinto una determinada configuración del sentido del fallo con relación a la pretensión ejercitada, tal como actualmente ocurre en los procesos de despido, sanciones y extinciones de contrato, cuestión por lo demás ya resuelta desde la ley sustantiva⁴⁸. Ni tampoco, que tras dictada la sentencia se abriera una nueva fase para la concreción del sentido de la opción que en la condena se establece entre readmitir, obligación de hacer, o indemnizar, obligación de dar, ya que todo ello puede solventarse en el proceso de ejecución.

Finalmente que el ejercicio de determinadas acciones quede reservado a determinadas personas a las que el legislador atribuye interés propio o en representación de intereses ajenos, tal como ocurre en las demandas de oficio, conflictos colectivos, impugnación de convenios o impugnación de estatutos e incluso algunas de tutela de derechos fundamentales es una cuestión vinculada a la capacidad para ser parte y legitimidad para accionar que la LPL habrá de solventar cuando en su Libro I trate de las partes en el proceso.

En definitiva, todas las peculiaridades de naturaleza procesal que una futura LPL quisiera conservar de la actual e incluso otras posibles que se considerasen oportunas, podrían mantenerse o constituirse, sin que para ello fuera necesario elaborar en cada ocasión una nueva modalidad procesal *ad hoc*.

(47) Lo que carece de sentido es la situación actual. Los plazos superperentorios que la LPL prevé en determinadas ocasiones, cinco días para la vista de un pleito sobre vacaciones o sobre conciliación de la vida familiar, son imposibles de cumplir y la práctica demuestra que se ignoran.

(48) El paralelismo entre los artículos 53 ET para el despido objetivo y 55 ET para el despido disciplinario y los artículos 108 y 122 LPL es evidente.

D) La acumulación de acciones

A pesar de que el artículo 27.1 LPL proclama que el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, es lo cierto que esta norma general se convierte en la práctica forense en una excepción, siendo lo habitual lo contrario, es decir, que el demandante para cada pretensión que ejercite formule una demanda diferenciada.

Las razones hay que buscarlas de una parte en las numerosas excepciones que en el apartado siguiente el propio artículo 27 prevé y de otra en la diversificación de modalidades procesales que se han venido acumulando en la LPL de modo tal que para cada pretensión que se ejercita la ley establece una modalidad procesal diferenciada.

Las consecuencias de ello son verdaderamente desafortunadas ya que:

- Se incrementa considerablemente el número de litigios, los juzgados se sobrecargan de demandas y los justiciables se ven obligados a acudir reiteradamente al juzgado para dirimir sus controversias.
- Se generan situaciones disfuncionales y de inseguridad jurídica ya que encontrándose muchas pretensiones en sus hechos entrelazadas, bien puede recibir el justiciable respuestas contradictorias o ver paralizadas sus peticiones de justicia hasta que alcance firmeza un pronunciamiento precedente.

Si esta diversificación de las controversias entre el trabajador y el empresario pudo justificar en algún tiempo pasado su conocimiento separado a través del ejercicio de modalidades procesales inacumulables, ello fue debido a la pretensión del legislador de hacer del proceso laboral un cauce sencillo, ágil y barato para solventar controversias al que las partes accedían sin asistencia técnica.

La experiencia ha demostrado que de modo abrumadoramente mayoritario las partes acuden al proceso provistas de abogado⁴⁹ o graduado social, por lo que, debidamente asistidas y asesoradas, no parece muy lógico, atendiendo además a la sobrecarga de asuntos y la necesidad de que la administración de justicia dé respuestas ágiles y ordenadas, poner trabas a los justiciables para que a través de un solo proceso puedan resolver las controversias que les separan, siempre que en todas ellas exista identidad de litigantes, artículo 71.2 LEC, y sin perjuicio de posibles supuestos excepcionales que como tales pudieran establecerse sin desnaturalizar la regla general a favor de la acumulación de acciones.

En definitiva, aun cuando pueda parecer chocante, nada debería impedir que en un mismo proceso las partes discutan v. gr., del despido y de los salarios pendientes de abono, o de unas vacaciones y de la categoría profesional que corresponde al trabajador, o de una modificación de condiciones de trabajo y unos derechos en conciliación de la vida familiar, etc. De este modo los justiciables perderían menos tiempo ante la jurisdicción,

(49) Los trabajadores faltos de recursos acuden pertrechados de la correspondiente asistencia jurídica obtenida a través de los sindicatos o del turno de oficio.

sus pretensiones se abaratarían y la administración de justicia podría administrar mejor sus recursos escasos.

Y tampoco la nueva estructura que para el proceso laboral se ha propuesto en epígrafes anteriores contradiría la potenciación de acumulación de acciones por la parte. No existiría ningún problema procesal por el hecho de que quien demanda acumule una acción canalizada a través del nuevo procedimiento “ordinario” y otra canalizada por el procedimiento “verbal”. En tal caso bastaría una norma de cierre que, contraria a la previsión del artículo 73.1.2º LEC, remitiera el litigio así configurado al procedimiento “ordinario”.

Finalmente señalar que si la acumulación de acciones es un reflejo del principio dispositivo, tal decisión reside en quien demanda y por ello deben establecerse límites precisos para que su admisibilidad nunca descansa en la discrecionalidad del juez.

Por las mismas razones una nueva LPL debería comportarse del mismo modo con relación a la acumulación de procesos. Si éstos se siguen por el mismo proceso, derivan de la misma causa de pedir, deberán ser acumulados al juzgado que primero conoció de ellos aun cuando sean distintos los demandantes.

La justificación a todo ello se encuentra en dos razones reiteradas: garantizar la seguridad jurídica y economizar al máximo los recursos en la administración de justicia.

E) Una acción en declive: el conflicto colectivo

El hecho de que frente al empresario exista un colectivo, más o menos amplio de trabajadores, y que éstos reciban del legislador un trato igualitario que se ha trasladado a los contenidos mismos de la negociación colectiva ha dado lugar a que una parte de los conflictos afecten a lo que se ha denominado “intereses generales de un grupo genérico de trabajadores”.

Este tipo de conflictos presenta la peculiaridad de que puede reproducirse miméticamente en todas las relaciones jurídicas individualizadas que cada uno de los integrantes de ese colectivo genérico de trabajadores mantenga con su empresario, lo que se traduce en el ámbito forense en una reiterada multiplicación de controversias de idéntica naturaleza.

Con la finalidad de respetar al máximo posible un trato igualitario en la solución a esas numerosas controversias, se pergeñó por el legislador la acción, luego convertida en modalidad procesal específica, de conflicto colectivo.

Inicialmente concebido como conflicto de intereses orientado a la modificación de las condiciones de trabajo y salario establecidas, con el transcurso del tiempo y más tras la normalización democrática, el término conflicto colectivo vino principalmente a hacer referencia a la existencia de una disputa aplicativa y/o interpretativa de una norma legal o convencional o de una mera práctica empresarial que afectase genéricamente a un grupo de trabajadores.

Propuestas para reformar la LPL

Ésta es la definición que de tal acción propone en la actualidad el artículo 151.1 LPL.

La voluntad del legislador a través de este cauce es, como se ha indicado, dar una solución igualitaria al colectivo de trabajadores que se encuentra en una misma situación frente al empresario. Si no se utiliza esta vía, la controversia se expande en numerosos litigios de los que conocen diversos juzgados que dictarán a su vez numerosas resoluciones, previsiblemente dispares entre sí.

Por eso el ejercicio de la acción por cauce del conflicto colectivo conlleva dos saludables efectos:

– De una parte, se aseguran los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación e interpretación de la ley, un colectivo en situación idéntica para todos sus integrantes va a recibir una misma y única respuesta para todos ellos.

– De otra, se economizan medios a la hora de administrar justicia pues a través de un único litigio se solventan controversias que afectan a un colectivo humano que en otro caso se vería abocado a presentar numerosas demandas individualizadas que podrían dar lugar a numerosos litigios.

Sin embargo la realidad demuestra que el conflicto colectivo es un cauce que se emplea muy poco por quienes están legitimados para ello: sindicatos, representantes unitarios de los trabajadores, asociaciones empresariales y empresarios.

La escasa utilización del conflicto colectivo queda reflejada en los datos que ofrece la Memoria CGPJ de 2008 y que son los siguientes:

ÓRGANO	AÑO			
	2004	2005	2006	2007
Audiencia Nacional	165	120	164	166
Tribunales Superiores	176	136	150	193
Juzgados Social	2.129	2.141	2.221	2.709 ⁵⁰

(50) Esta última cifra de 2007 se ofrece tal como aparece en la Memoria del CGPJ de 2008 pero con reservas pues es posible que por la incidencia de los módulos en los Juzgados de lo Social se hayan incluido en este apartado otros litigios que no siendo conflictos se valoran del mismo modo a efectos de rendimiento.

**EL CONFLICTO COLECTIVO
ES UN CAUCE QUE SE
EMPLEA MUY POCO**

Opino que son varias las razones que arrinconan su utilización:

- En primer lugar, la ausencia de una cultura empresarial capaz de entender que acudiendo al conflicto colectivo se ahorra gastos procesales y, aun no siendo su resultado favorable a sus intereses, puede elaborar una razonable política en materia de recursos humanos. La apuesta a favor de que si los trabajadores reclaman en demandas individualizadas, su suerte puede ser dispar y muchos perderán sus derechos en el camino, conduce finalmente a una plantilla disgregada a la que se dispensa un trato desigual lo que generará una situación difícil de gestionar en el futuro.
- En segundo lugar, los sindicatos, que influyendo a su vez en los órganos unitarios de representación, por razones económicas de difícil justificación social⁵¹, olvidando que su razón de ser es la defensa de los intereses de los trabajadores⁵², prefieren presentar demandas individualizadas que incrementan innecesariamente la carga de trabajo en los juzgados y ponen en peligro la seguridad jurídica y la aplicación del principio de igualdad para sus representados.
- En tercer lugar por el criterio mantenido por la jurisprudencia del TS imposibilitando en la práctica la ejecución directa de las sentencias de conflicto colectivo⁵³ y que ha provocado que las discrepancias aplicativas en los contratos individualizados obliguen a la presentación de nuevas y numerosas demandas⁵⁴.

En todo caso, las razones antes expresadas: garantía de la seguridad jurídica y del principio de igualdad y economización de los recursos de la administración de justicia, hacen

Los datos que ofrece la estadística que se elabora con la entrada por reparto en los Juzgados de lo Social de Madrid revela que en 2007 entraron en total 167 demandas de conflicto colectivo, lo que supone una media de 4,38 demandas/año/juzgado. En 2008 y hasta el 1 de octubre de 2008 el total de demandas de conflicto presentadas fue de 136.

En todo caso debe tenerse en cuenta que el número de demandas de conflicto colectivo fue inferior al 1% del total de las recibidas por los Juzgados de lo Social que en 2007 ascendieron a 273.431 según datos contenidos en la memoria CGPJ de 2008.

(51) Los sindicatos dejan de lado los intereses de sus representados y optan por las demandas individualizadas eludiendo el conflicto colectivo con la finalidad de asegurar su financiación a través de los servicios jurídicos que prestan. Al individualizar el litigio aseguran que todos los trabajadores, o bien se afilien o bien paguen los honorarios de letrado, lo que resulta más difícil con el conflicto colectivo.

(52) Los sindicatos y representantes de los trabajadores, artículo 7 CE y artículo 63.1 ET, tienen por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores. Los sindicatos más representativos ostentan además legitimación para personarse en cualquier proceso de conflicto colectivo, aun cuando no lo hubieran promovido, artículo 153 LPL.

(53) STS de 28 de mayo de 2002, RJ 6816.

(54) Un supuesto paradigmático de lo que se dice es el conflicto colectivo resuelto por la STS de 21 de febrero de 2007, RJ 3169, que declaró contrario al artículo 35 ET el artículo 42.1.a) del convenio estatal de empresas de seguridad, que fijaba un precio para la hora extra inferior al de la hora ordinaria y que no ha impedido que tras ello se planteen por toda España innumerables demandas individuales reclamando las diferencias resultantes de tal declaración y para cada vigilante de seguridad afectado. Frente a estas demandas y para lograr su paralización temporal la patronal ha presentado un nuevo conflicto colectivo admitido por la AN que ha dictado sentencia que ahora se encuentra recurrida en casación ante el TS. Incapaces al parecer los agentes sociales de alcanzar una solución pactada, los juzgados de lo social se encuentran con un cúmulo de demandas individuales a las que ahora no pueden dar respuesta hasta el nuevo pronunciamiento del TS.

necesaria una revitalización del conflicto colectivo⁵⁵ o, en su caso, la búsqueda de soluciones alternativas que acaben con esta selva litigiosa que no resuelve el conflicto social y que además contribuye a la inoperatividad de la jurisdicción.

Habría por tanto que establecer algún mecanismo procesal para reconducir demandas individualmente ejercitadas en las que se apreciara que la controversia afecta a intereses generales de un grupo de trabajadores al cauce del conflicto colectivo y que cuando se dictase sentencia de conflicto ésta constituyera título suficiente para que su aplicación individualizada al colectivo afectado pudiera tramitarse a través del proceso monitorio social antes indicado.

F) Costas y honorarios de letrado

La Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita derogó el hasta entonces vigente artículo 25.1 LPL que disponía que hasta la ejecución de sentencia la justicia se administraría gratuitamente.

Por lo tanto, cuestión que siempre me ha sorprendido que apenas haya movido a la reflexión, la justicia social acarrea costas y se aplica el principio de vencimiento objetivo para su determinación en los términos del artículo 394 LEC.

Cuestión distinta, pero a ello vinculada, es qué partidas integran las costas en la jurisdicción social. El artículo 241 LEC diferencia entre gastos y costas del proceso de suerte que no todos aquellos que hubiese desembolsado la parte constituyen costas y como tales son repercutibles en la parte vencida. Sólo son costas que expresamente así son consideradas por esta norma procesal.

Entre las costas se encuentran los honorarios para la defensa y representación técnica de la parte, cuando éstas fueren preceptivas.

Como quiera que en la jurisdicción social no es preceptiva la defensa ni la representación en la instancia, artículo 18.1 LPL, los honorarios de estos profesionales no integran las costas en esta fase procesal y sólo son exigibles en trámite de recurso y también de ejecución de sentencia, sin perjuicio de los supuestos de condena por temeridad o mala fe procesal.

Pero retomando la derogación del artículo 25 LPL, lo que es evidente es que, no siendo gratuita la administración de justicia en la instancia⁵⁶, los demás conceptos que integran

(55) Más aun cuando la propia LEC se ha inspirado en esta figura para canalizar la tutela de intereses colectivos de usuarios y consumidores y cuando también la LRJCA en su artículo 110 prevé que, en materia de personal, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren determinadas circunstancias.

(56) No obstante la derogación de los artículos 25 y 26 LPL alguna sentencia sigue hablando del “principio de gratuidad del proceso laboral en la instancia”, STS de 4 de abril de 2007, RJ 3171.

las costas⁵⁷ sí serían repercutibles a la parte vencida siempre que así se pidiera en demanda, lo que no es habitual por la inercia de estimar vigente la gratuidad, a no ser que el vencido gozara *per se* del beneficio de justicia gratuita, tal como acontece con las entidades gestoras de Seguridad Social y con los trabajadores y beneficiarios del sistema público de Seguridad Social, artículo 2.b) y d) Ley 1/1996.

Partiendo de la situación existente descrita hay voces que, para limitar la litigiosidad laboral en muchas ocasiones artificiosa, proponen que la condena al pago de honorarios de letrado integre las costas en nuestra jurisdicción.

No les falta razón cuando parten de un hecho que supera la legalidad: que, pese a ser voluntaria la defensa técnica, en más de un 99% de los casos las partes acuden a juicio convenientemente asistidas. Se demuestra con ello que la defensa técnica en la jurisdicción social no es un lujo sino una necesidad y que por ello debe tener la consideración estricta de costas.

Sin embargo, el desequilibrio económico entre las partes y el, en general, escaso nivel de rentas de trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social, aconsejan muy vivamente a exonerarles siempre del abono de honorarios a la contraparte vencedora, salvo excepciones concretas⁵⁸.

Este desigual trato en el proceso a favor de la parte débil de la relación jurídica debe en todo caso mantenerse y predicarse como una seña identitaria de la jurisdicción social.

No existirían en cambio argumentos obstativos sólidos para que quienes no gozasen del beneficio de justicia gratuita pudieran ser condenados al abono de los honorarios de letrado de la parte vencedora en la jurisdicción social. La desigual posición de las partes justifica sobradamente que tal carga pueda imputarse a quien razonablemente la puede asumir y exonerarse a quien por su nivel de rentas está imposibilitado.

Tal medida, adoptada con la prudencia que exige el caso, es decir, excluyendo aquellos supuestos en los que se considere que existían dudas serias en cuestiones de hecho o de derecho que justificasen el mantenimiento del litigio, artículo 394.1 LEC, serviría además de freno a la litigiosidad gratuita.

Y ello tampoco impediría una regulación más acertada de la mala fe y temeridad procesal de modo tal que si quienes así se comportaran fuesen beneficiarios de justicia gratuita pudiesen en tales casos verse condenados en costas al abono de los honorarios de la contraparte vencedora.

(57) De este modo podrían repercutirse en la parte vencida y en los términos indicados, los gastos periciales y los causados por la obtención de documentos, ambos bastante habituales en la jurisdicción.

(58) Entre ellas incluiría al personal de alta dirección.

G) Recursos

a) Recurso de suplicación

a') El acceso a la suplicación

Partiendo del nuevo diseño que se propone: juicio ordinario, verbal y monitorio, sólo los primeros, incluyendo su subespecialidad en materia de revisión de actos administrativos y de Seguridad Social, darían pie al recurso de suplicación.

Obsérvese que al incluirse las reclamaciones de cantidades superiores a 3.000 euros en el juicio ordinario se amplía el límite de acceso al recurso en la actualidad establecido en una cantidad ínfima, 1.803 euros, y así mantenida sin alteraciones desde 1990.

Y en mi opinión debería desaparecer la vía de acceso al recurso que proporciona el artículo 189.1.b) LPL. Y no ya sólo por la dubitativa jurisprudencia elaborada sobre la materia que genera en ocasiones dificultades en la instancia para adoptar soluciones coherentes, sino sobre todo porque si su justificación se basa en que la cuestión debatida, pese a carecer de recurso por su cuantía o por el contenido de la pretensión, afecta a un gran número de trabajadores o beneficiarios, bien puede hacerse valer a través del procedimiento de conflicto colectivo por quienes representan esos intereses, las personas referidas en el artículo 152 LPL, intereses en cambio no representados por las partes actuantes en el proceso individual y cuya tutela tampoco es lógico que se encomiende al juez.

La apuesta a favor del empleo del conflicto colectivo como solución procesal eficaz y el empleo en su caso del recurso en interés de ley (*vid. supra*) hace innecesario el mantenimiento del artículo 189.1.b) LPL.

b') Consignación para recurrir

En la LEC de 1881, artículos 382 y siguientes, planteado recurso de apelación contra la sentencia de instancia, la regla general era que éste se admitía a ambos efectos, devolutivo y suspensivo, lo que significaba que la sentencia dictada no constituía título susceptible de ser cumplido hasta el término del recurso. A la parte apelante sólo le restaba la posibilidad de interesar su ejecución provisional siempre que prestara fianza para resolver de los daños que pudiera causar a la otra parte en el supuesto de que la sentencia obtenida fuera revocada.

**DEBERÍA DESAPARECER
EL RECURSO
DEL ARTÍCULO 189.1.B)
A FAVOR DEL CONFLICTO
COLECTIVO**

En este contexto la LPL optó por una solución diametralmente opuesta y condicionó, y en la actualidad sigue condicionando, el acceso al recurso a la consignación de la cantidad objeto de condena, artículo 228 LPL, requisito procesal del que sólo se exime a los que gocen del beneficio de justicia así como a las entidades públicas, artículo 227.4 LPL.

Con este mecanismo se garantizaba el cumplimiento de la sentencia impidiendo que el acceso al recurso diera la oportunidad al recurrente de colocarse en situación de insolvencia. La finalidad protectora del recurrido, normalmente en estos casos trabajador y/o beneficiario de Seguridad Social, frente al recurrente, es evidente y constituye una señal de diferente trato procesal a la parte más débil de la relación en disputa.

La nueva LEC altera radicalmente la situación anterior. Ahora, artículos 526 y siguientes, quien haya obtenido a su favor sentencia en instancia podrá ejecutarla provisionalmente sin prestar garantía, siendo en cambio el ejecutado recurrente quien va a venir obligado a ofrecer caución si se opone al despacho de la ejecutoria provisional.

Pues bien, aun valorando positivamente el cambio producido en la LEC, que se traduce en el apoyo normativo a la resolución judicial de instancia frente a la renuencia del deudor, el mecanismo urdido en la LPL debe seguir considerándose más sencillo y efectivo pues combina el derecho al acceso al recurso con la garantía y protección de derechos sociales básicos y lo lleva a cabo a través de una tramitación que se ha demostrado durante todos estos años satisfactoria.

Quizá el mecanismo previsto actualmente en la LPL y que, artículo 228 LPL, se aplica a sentencias condenatorias al pago de cantidades, podría completarse reforzando la posibilidad de ejecución provisional de otro tipo de condenas.

c') La introducción de la apelación

Algunas voces autorizadas⁵⁹ proponen introducir, al menos para las materias más complejas, la apelación, indicando con ello que se debe dotar a la segunda instancia de facultades para, en estos casos, revisar los hechos a la luz de la prueba practicada en la primera instancia o incluso con nuevas pruebas.

Otras en cambio, por considerar que la introducción de la apelación colapsaría los TSJ, son más renuentes, a no ser que se reformase en profundidad el acceso al recurso⁶⁰.

En mi opinión bien está que la valoración de la prueba siga siendo competencia propia de la instancia ya que la construcción de esta premisa del razonamiento que toda sen-

(59) En este sentido DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel en "El proceso laboral del siglo XXI. Situación actual y propuestas de reforma. Posiciones cruzadas" en *Estudios de derecho Laboral*, núm. 118/2007, CGPJ. Para este autor se trataría de una apelación en la que habría vista sólo cuando se practicase prueba distinta de la documental.

(60) MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan en "Situación actual y perspectivas de futuro del sistema de recursos del orden social", *Cuadernos de Derecho Judicial* II/2006, CGP, págs. 480 y siguientes.

tencia contiene, es sin duda la parcela más relevante que el juzgador inicial asume. Que otra instancia superior, que en ningún caso iba a celebrar una segunda vista tan amplia y plena, suplantara al juez de instancia en su personal apreciación marginaría a éste, desde mi punto de vista, de forma innecesaria, de la solución del litigio.

No creo que existan razones de peso para dudar de la capacidad del juez de instancia en el orden social para llevar a cabo esta tarea y en cambio existen otras, coste y ralentización de la segunda instancia, que desaconsejan su utilización.

Cuestión distinta es que el juez de instancia al momento de fijar los hechos probados deba:

- Identificar con nitidez los elementos de prueba empleados para su obtención. De este modo debe el juez, al menos respecto de los hechos controvertidos, indicar qué medios de prueba de los practicados en juicio le han conducido a cada uno de ellos.
- No desvirtuar el valor que a cada medio probatorio dispensa la LEC. Así v. gr., los medios que hacen prueba plena no pueden ser desvirtuados por otros de menor fuerza probatoria.
- Justificar su convicción cuando se hayan practicado pruebas de resultado contrario expresando las razones que le mueven a aceptar una prueba en detrimento de otra.

Y corolario de lo que se acaba de indicar es que todos estos posibles defectos deberían corregirse en suplicación. Para ello sería preciso dotar de contenido distinto a la revisión de hechos probados que como posible objeto del recurso de suplicación se prevé en el artículo 191.b) LPL. En la actualidad los TTSSJ consideran que la revisión de hechos probados se ha de fundamentar inexcusablemente en un error del juez de instancia en la apreciación de algún documento o de una pericia⁶¹, tal como se trasluce del artículo 194.3 LPL.

Lo que se propone es una alternativa más amplia: el TSJ podría modificar los hechos probados cuando por el juez de instancia se hubiese incurrido en alguno de los defectos antes indicados, es decir, que no se hubiesen practicado pruebas de las que inferir un determinado hecho probado o que las practicadas, correctamente valoradas, no pudieran sustentarlo. En tales casos el TSJ a través del recurso podría sustituir el hecho probado por aquel que rectamente resultare de los medios de prueba practicados correctamente valorados, posibilidad hoy factible con la grabación del acto del juicio⁶².

Además en el trámite de suplicación se debería regular un cauce procesal para resolver los problemas suscitados por las, que se denominan, sentencias favorables perversas, supues-

(61) Mientras que el error de hecho puede invocarse de pruebas documentales, públicas o privadas, que tuvieren plenos efectos probatorios, artículos 319 y 326 LEC, difícil es que cualidad de prueba plena la alcance la prueba pericial que es susceptible de valoración judicial conforme la sana crítica, artículo 348 LEC, razón que se añade a la necesidad de revisar en profundidad esta causa de suplicación.

(62) En este mismo sentido quiero entender a SEGALÉS FIDALGO, Jaime en “El proceso laboral del siglo XXI. Consideraciones críticas al actual modelo de enjuiciamiento”, *Estudios de Derecho Laboral*, núm. 118/2007, CGPJ.

to conocido por la STC 4/2006⁶³. Se trata de aquellas resoluciones que se fundamentan inadecuadamente por cuanto los hechos que se declaran probados no conducen a la aplicación del derecho en ella postulada. Al estar legitimada para recurrir la parte que ha obtenido un fallo desfavorable y no la parte vencedora y no poderse por ello modificar los hechos probados puede darse la circunstancia de que el TSJ, aplicando los hechos probados no modificados, altere el contenido del fallo, sin considerar que otros hechos no apreciados por el juez de instancia, pero que conforme la prueba debieron apreciarse, conducirían al mantenimiento aunque por otras razones del sentido del fallo. La solución que en la sentencia citada propone el TC es que, alegadas estas circunstancias por el recurrido en su escrito de impugnación, lo procedente es, mediante un trámite de audiencia a ambas partes, poder preservar, si así procede, la posición del recurrido.

Un supuesto de consecuencias similares, pero raíz distinta, es el contemplado en la STC 53/2005⁶⁴. En este caso el TSJ modifica el sentido del fallo introduciendo en el debate cuestiones no suscitadas por las partes, afectando con ello la confianza legítima que la sentencia de instancia les había generado. También considera que la solución procesal pasa por otorgarles un trámite de audiencia.

Las razones invocadas por el TC en ambos supuestos son plausibles, siendo de todo punto necesaria la audiencia a ambas partes cuando sea el TSJ quien suscite la nueva controversia, supuesto de la STC 53/2005, si bien para las sentencias favorables perversas, la cuestión puede solventarse trasladando la impugnación al recurrente para alegaciones.

b) El recurso para la unificación de doctrina

La competencia atribuida al Tribunal Supremo se canaliza esencialmente a través de dos vías: el recurso ordinario de casación a interponer frente a las sentencias que en primera instancia hubieren dictado los TTSSJ o la AN y el recurso de casación para la unificación de doctrina con ocasión de sentencias contradictorias dictadas por los TTSSJ respecto de otras de ese mismo tribunal o de otro de igual rango y también del propio TS.

Ha sido sin duda la unificación de doctrina el recurso, que por su importancia cualitativa y cuantitativa, ha impregnado la vida del TS desde 1990.

Su finalidad no es tanto resolver en justicia el caso concreto desde el que plantea la unificación, no se trataría de una tercera instancia, sino crear pautas interpretativas de futuro que sirvan para una aplicación uniforme⁶⁵ del ordenamiento por los juzgados y tribunales inferiores.

(63) Al respecto puede consultarse el trabajo de CARDENAL CARRO, Miguel “El Tribunal Constitucional sugiere al legislador introducir un nuevo trámite de audiencia en el procedimiento laboral”, *Aranzadi Social* 3/2006, BIB 2006\635.

(64) De nuevo una reflexión más amplia en CARDENAL CARRO, ob. cit.

(65) SAMPEDRO CORRAL, Mariano en “Problemas específicos de la sentencia dictada en unificación de doctrina” en la obra colectiva “Problemas críticos del proceso laboral”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 63/2004, CGPJ, pág. 204.

Pero los resultados a alcanzar podían haber sido mejores. Una estricta aplicación de los requisitos exigidos para su admisibilidad: que se trate de sentencias firmes en las que en mérito a hechos, fundamentos de derecho y pretensiones, sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos⁶⁶, y de las exigencias formales precisadas en el artículo 222 para su interposición, han impedido una utilización más extensa de sus benéficos efectos unificadores.

Y aun cuando esta posición restrictiva elaborada por el mismo TS puede encontrar fundamentación en el diseño de la planta judicial adecuada al Estado de las Autonomías y a la relevancia que en éste debe darse a los TTSSJ como los tribunales que en ellas culminan la organización judicial, artículo 70 LOPJ, no puede olvidarse que la legislación laboral y la legislación básica de Seguridad Social, pilares normativos en los que se asienta nuestra jurisdicción, constituyen competencias exclusivas del Estado, artículo 149.7^a y 17^a CE y se aplican en todo el territorio nacional, lo que invita a que sobre ellas se alcance una interpretación y aplicación uniformes en toda España.

Estas ausencias armonizadoras se echan de menos en todas aquellas materias en las que resulta imposible encontrar dos sentencias coincidentes en las circunstancias fácticas del litigio, v. gr., en derecho disciplinario laboral y también en la solución de controversias de tipo procesal que aun siendo sustancialmente iguales, esa igualdad no se alcanza en los supuestos fácticos presentes en las SSTSJ sometidas a comparación.

Pues bien, para resolver estas carencias no creo desacertado que se pudiera diseñar un nuevo modelo de recurso en interés de ley⁶⁷ frente a STSJ por el que el Ministerio Fiscal, y sólo a instancias de sindicatos y/o asociaciones empresariales, considerase oportuno recabar del TS pronunciamientos interpretativos del ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social.

Para ello creo incluso positivo que se emplease una metodología similar a la que utiliza el TJCE y conforme la cual el Fiscal

**LA UNIFICACIÓN
DE DOCTRINA HA SIDO
EL RECURSO
QUE HA IMPREGNADO
LA VIDA DEL TS**

(66) Como indica MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan en ob. cit., pág. 487, el artículo 217 LPL es un compendio de conceptos jurídicos indeterminados que ha permitido un mayor margen de maniobrabilidad al TS para admitir o rechazar recursos al tiempo que ha generado una cierta inseguridad jurídica para las partes.

(67) La idea no es novedosa. El texto refundido de procedimiento laboral elaborado por D 149/1963 ya lo preveía, si bien se suprime con la LPL de 1980. Y en la actualidad la LEC, artículos 490 y siguientes mantiene su vigencia en la jurisdicción civil, si bien la Disposición Adicional Primera.2 de la actual LPL se encarga de resaltar que no es aplicable en nuestra jurisdicción.

realizaría una o varias preguntas que el TS contestaría y con ello elaboraría una doctrina unificadora superando los estrechos límites que hoy acogotan al recurso de unificación de doctrina.

H) Ejecución

a) Mantenimiento de su impulso de oficio

En la fase de ejecución de resoluciones judiciales, el maridaje entre LPL y LEC cambia de textura. Mientras que en la fase declarativa la LPL opta por protagonizar el diseño del proceso dejando a la LEC una posición residual, en la fase ejecutiva la LPL cede el protagonismo a la LEC, artículo 235.1, de modo que ésta deviene de plena aplicación sólo con las especialidades previstas en la propia LPL.

Con la nueva Ley 1/2000 se ha conseguido una importante modernización de la ejecución que también se ha trasladado a la LPL, aun cuando entre ambas puedan apreciarse algunas distorsiones.

Pero seguramente, y atendiendo a las necesidades y defectos apreciados en la justicia como servicio público, ha llegado el momento de sopesar nuevas modificaciones estructurales para las que la LPL bien puede ser su punta de lanza.

Uno de los principios basales de la ejecutoria laboral ha sido su impulso de oficio, impulso que con nitidez no se aprecia en la nueva LEC.

El artículo 237 LPL tras precisar que, salvo en los procedimientos de oficio, la ejecución de la sentencia se inicia a instancia de parte, sostiene que iniciada la ejecución ésta se tramitará de oficio, dictándose al efecto las resoluciones y diligencias necesarias.

Con esta norma la LPL interpreta adecuadamente en lo que a mi entender consiste la justicia como servicio público. Dictada resolución judicial susceptible de ser ejecutada, el juez y el secretario judicial pierden de algún modo su posición de neutralidad en el sentido de que su función desde ese momento es conseguir que la sentencia se cumpla y para ello han de poner en marcha todos los mecanismos constrictivos necesarios para que el ejecutado cumpla o incluso se cumpla por él con el embargo de sus bienes y derechos.

En esta fase el impulso del proceso debe asumirse de oficio por el juzgado sin esperar a la iniciativa del ejecutante⁶⁸, aun cuando por su propio interés, la ejecutoria se despachará con más celeridad cuanto más datos precisos sobre bienes se aporten.

(68) Lo que no significa que, por aplicación del principio dispositivo, el ejecutante pueda desistir en todo momento de la ejecución por él iniciada, pero sí la mantiene, cuenta con el impulso de oficio del órgano judicial en todas las fases de proceso de ejecución sin que sea preciso, como sigue ocurriendo en la jurisdicción civil, que cada paso que se camina en la ejecutoria sea a instancia del ejecutante.

La experiencia diaria viene demostrando que, en la actualidad y con los cauces informativos que abre el llamado Punto Neutro Judicial, los juzgados pueden acceder con eficacia y celeridad hasta los bienes susceptibles de traba.

En definitiva, el impulso procesal de oficio en la fase ejecutoria deviene imprescindible en toda jurisdicción y en especial en la laboral por razón de los bienes y derechos en juego.

b) El papel del secretario judicial

En la fase de ejecución cobra especial relevancia la figura del secretario judicial.

El artículo 117.3 CE residencia en los juzgados y tribunales la potestad jurisdiccional que se ejercerá juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. En los mismos términos se pronuncia el artículo 2.1 LOPJ.

Obsérvese que ambas normas hablan de que en la potestad jurisdiccional reside la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no de juzgar y ejecutar lo juzgado. Esa distinción, hacer ejecutar en lugar de ejecutar, está llamando a que en el despacho de ejecución el juez manda que se ejecute, pero tal actividad la deriva para que se haga por otros.

No existe, por tanto, ninguna duda de que la actividad judicial en la ejecución debe constreñirse a:

- Ordenar que una resolución judicial se ejecute.
- Resolver, a través del recurso que proceda en su caso, las controversias que en dicha ejecución se originen cuando determinados derechos procesales de las partes y otros intervinientes se puedan ver conculcados por las decisiones del secretario judicial.

Pero la tramitación de esta fase del proceso debe ser asumida por el secretario judicial que deberá adoptar con celeridad y eficacia y de oficio todas las actuaciones, diligencias y resoluciones precisas para alcanzar el fin propuesto que es el cumplimiento real de la sentencia.

Los detractores de esta posibilidad alegan que el apartamiento del juez de la ejecutoria puede perjudicar su eficacia. No existen razones para que así ocurra. Además de la lógica elaboración de protocolos para la tramitación de las ejecutorias a través de una nueva oficina judicial dotada de servicios comunes, deberán establecerse controles internos adecuados y siempre podrá la parte ejecutante interesar actuaciones que no se hayan llevado a cabo.

c) Otros ajustes en materia de ejecución provisional y medidas cautelares

Sin ánimo de ser exhaustivo ni de descender a muy concretas particularidades normativas, el giro promovido con la nueva LEC en materia de ejecución provisional de sentencias, debe hacerse compatible con el mantenimiento del deber de consignar para poder recurrir.

Quiere decirse con ello que:

- Existiendo consignación para recurrir procederá su ejecución provisional como anticipos reintegrables.
- Las demás sentencias en las que no proceda su ejecución provisional con cargo a la consignación serán inmediatamente ejecutivas, sin necesidad de que por el solicitante, si goza del beneficio de justicia gratuita, se preste caución y sin perjuicio de las cautelas que para su reconocimiento puedan conferirse al juez.
- También procederá la ejecución provisional de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer y de no hacer, remediándose situaciones injustas como la general negativa jurisprudencial a ejecutar sentencias de resolución contractual.

Con relación a las medidas cautelares, la LPL es parca en su consideración pues sólo contempla, artículo 79, el embargo preventivo. Y aun siendo esta medida la de uso más habitual en nuestra jurisdicción, el incremento de demandas donde lo que se reclaman son derechos, incluso fundamentales, hacen preciso reivindicar de forma expresa todo la gama de medidas cautelares que prevé el artículo 727 LEC y especialmente la orden judicial de cesar provisionalmente una determinada actividad, decisión o comportamiento, lo que podría ser muy útil además de los litigios sobre derechos fundamentales en aquellos referidos a movilidad geográfica, modificación de condiciones, conciliación de la vida familiar, etc.

También en estos casos los beneficiarios de justicia gratuita se verían eximidos de cualquier tipo de caución.

En definitiva, la jurisdicción social debe procurar la posibilidad de que las sentencias que se dicten en instancia se ejecuten provisionalmente, aun cuando proceda la consignación para recurrir y que el demandante cuente con cauces adecuados para interesar medidas cautelares previas a sentencia, pues ambas soluciones procesales presentan una indudable finalidad tuitiva a favor de la parte débil de la relación jurídica y la necesidad de asegurar su acceso efectivo y rápido a bienes esenciales⁶⁹.

1) Y finalmente a vueltas de nuevo sobre el papel del juez en el proceso laboral

Como antes se indicó, las iniciales leyes procesales perfilaron un magistrado de trabajo caracterizado como un juez paternalista que, representando al Estado, apaciguaba el conflicto social a través de un procedimiento en el que no se preveía contar con la presencia de defensores técnicos para las partes, laguna que colmaba el magistrado con su profesionalidad como experto en leyes.

(69) Recordar en este sentido la STC 5/2003 y las en ella citadas.

Propuestas para reformar la LPL

En este contexto se confirieron al juez unas atribuciones procesales que le han dotado de facultades e iniciativas que le separaron de la posición de excelsa neutralidad que tradicionalmente caracterizó al juez civil.

Las razones que en la dictadura justificaron este tipo de juez hoy resultan incompatibles con los principios constitucionales. En el Estado de Derecho corresponde al poder judicial dirimir los conflictos aplicando el ordenamiento jurídico, tutelando, frente a los demás poderes, los derechos y libertades de los ciudadanos y protegiendo sus intereses y derechos legítimos, artículos 53 CE y 7 LOPJ. Y en el ejercicio de ese poder los jueces son independientes de cualquier otro, no son por tanto representantes ni mandatarios del poder ejecutivo.

Las atribuciones que históricamente en el proceso laboral se confirieron al juez y en la actualidad se mantienen se concretan esencialmente en⁷⁰:

- Advertir a las partes de los defectos u omisiones que contenga la demanda, artículo 81 LPL.
- Intervenir en la práctica de las pruebas propuestas por las partes con facultades incluso para practicarlas aun si de ellas se desistiere o acordar otras no propuestas, artículos 87.3 y 88, 93.2 y 95 LPL.

Con relación a la primera facultad se aprecia un acercamiento a estas posiciones de la LEC.

Su artículo 254 prevé que el juez de oficio dé al asunto el curso procesal que corresponda conforme el valor o materia litigiosa, alterando incluso el propuesto por el demandante, y también prevé la corrección de oficio de la cuantía así como requerir al demandante para que aclare los elementos fácticos precisos para determinarla correctamente.

Por su parte, el artículo 424 LEC en la audiencia previa al juicio y si por el demandado se alega defecto legal en el modo de proponer la demanda, se admitirán en este acto las aclaraciones y precisiones oportunas que incluso podrán acordarse de oficio.

**LA DIRECCIÓN JUDICIAL
ACTIVA DEL PROCESO NO
VULNERA LOS PRINCIPIOS
DISPOSITIVO Y
DE IGUALDAD DE ARMAS**

(70) En este sentido, ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel en ob. cit., pág. 47.

Por lo tanto, no parece desatinado que en la LPL el juez conserve la facultad de reordenar el proceso, tanto en lo referido al tipo de procedimiento por el que debe seguir el curso de los autos, como en lo relativo al contenido esencial de la demanda.

En ambos casos, la justificación, como también ocurre en la LEC, debe encontrarse en la consideración de la justicia como un servicio público que debe dar cumplimiento a la finalidad que de ella se espera: la solución rápida y solvente de los conflictos sociales para lo que es preciso emplear los medios para que los procedimientos judiciales puedan dar respuestas de fondo en la solución de los litigios y no se pierdan en vanos vericuetos procesales.

Con relación a la facultad que se otorga al juez para intervenir en la práctica de la prueba, tampoco es desatinado recordar que la nueva LEC en su artículo 429 permite al juez cuando considere que las pruebas propuestas pueden resultar insuficientes para esclarecer los hechos controvertidos, ponerlo de manifiesto a las partes con el fin de que propongan otras adicionales, pudiendo incluso señalar las pruebas que considere convenientes. Y que además la LEC permite la intervención del juez en la práctica de las pruebas para obtener las aclaraciones o adiciones que considere precisas a las partes en su interrogatorio, artículo 306, a los peritos, artículo 347.2, y a los testigos, artículo 372.2.

Se aprecia, como en tantos otros casos, un acercamiento de la LEC a la LPL, de suerte que los principios dispositivo y de igualdad de armas no se pueden considerar perjudicados por una dirección judicial activa del proceso que intenta encontrar soluciones adecuadas al conflicto suscitado y para lo que resulta imprescindible que en el juicio se alcance una aproximación cognitiva lo más ajustada posible a la controversia que mantienen las partes.

En el orden social esta exigencia si cabe es aun más vívida por razón del tipo de conflictos que resuelve, vinculados al empleo y a la falta de empleo y por tanto a necesidades básicas de los ciudadanos precisadas de respuestas judiciales eficaces.

Y no se trata, a mi entender, de investir al juez de una potestad reequilibradora del estado de desigualdad originaria de las partes⁷¹, pretensión que no encaja con su necesaria posición de imparcialidad en el proceso que se vería perjudicada si las potestades que se le confieren se emplearan para favorecer en el litigio al trabajador frente al empresario o al beneficiario frente a la Seguridad Social. Tales potestades se deberán emplear con el objeto de que el litigio resuelva la controversia de fondo y lo haga con la mayor eficacia posible, sin mirar por tanto a qué parte en el litigio tales decisiones perjudican o benefician.

Pero tampoco puede llegarse a la conclusión de que una actividad probatoria del juez le hace perder su posición de tercero en la discordia y le sitúa al lado de una de las

(71) En este sentido se pronuncian APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO JOVER, Jesús en "Juez laboral, imparcial pero no neutral", *Revista de Derecho Social*, núm. 4/1998, Ed. Bomarzo.

Propuestas para reformar la LPL

partes⁷², perjuicio que sólo se solventa si el juez poco más hace en juicio que recibir audiencia.

Y ello porque la finalidad del proceso consiste básicamente en la solución pacífica y democrática de un conflicto social.

En el proceso⁷³ las partes aportan narraciones sobre hechos de la realidad empírica y sobre esas narraciones en la sentencia se construyen enunciados sobre esos hechos. Los hechos existirán o no existirán en la realidad pero de ellos no se predica que sean verdaderos o falsos, en cambio los enunciados sobre los hechos contenidos en la sentencia sí serán verdaderos o falsos en tanto se aproximen o alejen de la realidad, narrando hechos materiales sucedidos o que no hayan sucedido.

Que los enunciados volcados en el proceso se acerquen lo más posible a los hechos sobre los que se asienta el conflicto social, constituye presupuesto necesario para conseguir que la sentencia que se dicte pueda calificarse de justa, entendiendo por tal aquella que resuelve razonada, pacífica y democráticamente el conflicto. En cambio la exigencia de justicia no se alcanza nunca si no existe una mínima correspondencia entre los enunciados y los hechos materiales.

Por eso las posiciones procesalistas que propugnan un juez inmaculado, se trate del orden que se trate, no dejan de esconder un punto de cinismo. El proceso se considera desde esta perspectiva como un combate en el que sólo los litigantes eligen armas y deciden cómo usarlas y en el que debe vencer el mejor combatiente pero no necesariamente el que mejores razones tenía para luchar.

III. CONCLUSIONES

Las reflexiones precedentes son producto de mi experiencia personal, ya dilatada, como abogado y luego como magistrado en la jurisdicción social.

Soy consciente de que son polémicas. Aún más, pretendo que lo sean porque, aun admitiendo que la jurisdicción social ha sido la que más eficaz respuesta ha dado a los ciudadanos en la solución de sus conflictos elaborando para ello un cuerpo de sólida doctrina en la que han participado con asiduidad todas las instancias y tribunales, todo deviene caduco y perfectible.

Creo que ha llegado el momento de plantearse una reforma en profundidad de la jurisdicción social. Las razones las he intentado explicitar, no sé si con fortuna y suficiente fuerza de convicción, pero sí con la voluntad manifiesta de colaborar en la administración de

(72) En este sentido, MONTERO AROCA, Juan en "El proceso civil llamado 'social' como modelo de 'justicia' autoritaria" en *Actualidad Civil* núm. 6/2004, Ed. La Ley.

(73) Así reflexiones que a continuación siguen son el resultado de mi lectura, espero que afortunada, de TARUFFO, Michele en *La Prueba de los Hechos*, Ed. Trotta, 2002.

justicia concebida como servicio público para que por ella puedan los ciudadanos resolver pacífica y adecuadamente sus controversias.

Los cambios sociales y legislativos operados en España, desde que en 1958 se promulga un primer Texto Refundido de Procedimiento Laboral hasta la actualidad, han sido de enorme magnitud, en cambio, como creo haber demostrado en estas páginas, las coincidencias estructurales de ese primer texto procesal y el hoy vigente de 1995 son enormes.

Los nuevos modos de trabajar y las nuevas necesidades sociales de quienes no acceden al mercado de trabajo exigen replantear, de forma ordenada y coherente las fronteras competenciales de esta jurisdicción.

Los nuevos conflictos incorporados desde 1958 a nuestros días a la rama social del derecho exigen reflexionar acerca de las notas que lo diferencian del cercano procedimiento civil así como de la estructura del proceso.

Mi apuesta es a favor de “civilizar” la jurisdicción, pero sin perder de vista sus señas identitarias propias y por tanto teniendo presente que, por los intereses básicos que en ella se ventilan y por la desigualdad originaria en que se encuentran las partes en el conflicto social, es preciso que esta jurisdicción cumpla un papel reequilibrador que, consciente de esas diferencias, permita al más débil contar con los instrumentos precisos para poder materialmente articular la defensa de sus pretensiones.

En este contexto el juez social sigue presentando cualidades que le diferencian del juez civil al uso.

Pero no se trata de “civilizar” por motivos formales sino de hacerlo porque con ello se alcanzan mayores cotas de justicia desde el momento en que el derecho a la defensa, a contradecir y a probar, se pueden, en este contexto, ejercitar con más solvencia. Y ello sin perjudicar, al menos de forma notoria, otros principios añejos a esta jurisdicción como la celeridad.

Los datos estadísticos revelan una demanda siempre creciente de justicia y también en el orden social. Los medios materiales y humanos también han crecido, a veces de forma desordenada, otras de forma desigualmente arbitraria. Siempre los consideraremos escasos. Por ello es imprescindible introducir reformas a favor de medios de solución de los conflictos alternativos a la jurisdicción y despojar a ésta de litigios repetitivos y de litigios sin fundamento.

Todo ello exige importantes dosis de pedagogía no exenta de disciplina.

Administrar justicia es una tarea en la que se ven involucradas muchas personas, profesiones y corporaciones. Todos somos responsables.

IV. ANEXO

Servicio de mediación y conciliación. Datos estadísticos. Fuente MTAS

AÑOS	CONCILIACIONES INDIVIDUALES					CONCILIACIONES COLECTIVAS					MEDIA-CIONES Total
	Total	Con avenencia	Sin avenencia	Intentadas sin efecto	Otras (1)	Total	Con avenencia	Sin avenencia	Intentadas sin efecto	Otras (1)	
1998.....	401.775	164.203	90.355	127.361	19.856	1.596	155	1.042	245	154	91
1999.....	411.356	181.574	88.680	119.723	21.379	1.306	149	859	193	105	109
2000.....	441.061	199.436	90.903	126.644	24.078	1.070	122	669	172	107	94
2001.....	504.162	236.697	95.046	138.774	33.645	839	75	554	132	78	92
2002.....	502.461	211.028	99.260	151.295	40.878	815	61	517	165	72	81
2003.....	397.069	116.805	96.657	155.950	27.657	784	75	488	143	78	72
2004.....	355.802	87.132	98.657	144.276	25.737	796	63	502	150	81	96
2005.....	338.048	74.145	97.546	137.887	28.470	683	44	458	122	59	83
2006.....	326.436	67.500	93.257	139.837	25.842	624	47	373	133	71	108
2007.....	339.440	62.106	97.619	144.075	35.640	551	35	342	127	47	83
2007:											
(ENE-JUL).....	203.641	39.344	58.772	85.098	20.427	391	25	250	80	36	62
2008:											
(ENE-JUL).....	263.844	37.821	84.055	113.888	28.080	369	31	250	70	18	69

AÑOS	DESPIDOS						SANCIONES					
	Total	Con avenencia		Sin avenencia	Intentadas sin efecto	Otras	Total	Con avenencia		Sin avenencia	Intentadas sin efecto	Otras
		Número	Cantidades acordadas (euros)					Número	Cantidades acordadas (euros)			
1998.....	209.074	146.235	2.051.927.073	26.462	28.377	8.000	6.841	475	376.813	3.111	2.790	465
1999.....	224.330	162.079	2.136.388.473	26.653	26.958	8.640	6.503	544	756.784	3.052	2.360	547
2000.....	242.698	180.295	2.347.652.543	26.089	27.072	9.242	6.732	603	116.345	3.055	2.562	512
2001.....	285.854	215.335	2.904.302.402	29.203	30.538	10.778	8.789	648	633.878	3.657	3.762	722
2002.....	268.186	187.156	3.201.947.510	34.493	36.360	10.177	8.350	713	316.204	3.871	3.145	621
2003.....	171.024	95.408	2.228.535.870	31.921	34.728	8.967	8.913	749	371.495	4.069	3.441	654
2004.....	142.677	68.166	2.033.527.675	32.278	33.896	8.337	10.701	778	57.158	5.901	3.444	578
2005.....	130.787	57.382	1.692.552.472	31.491	32.930	8.984	9.698	682	189.926	4.537	3.759	720
2006.....	120.949	49.940	1.647.081.524	30.055	32.843	8.111	10.326	792	481.326	4.727	4.086	721
2007.....	117.226	46.331	1.676.100.109	29.266	34.022	7.607	12.882	878	284.549	4.940	6.294	770
2007:												
(ENE-JUL).....	71.264	29.482	1.077.957.480	17.518	19.679	4.585	6.738	591	203.022	3.127	2.545	475
2008:												
(ENE-JUL).....	82.871	27.110	1.021.337.049	22.345	27.953	5.463	7.336	586	12.323	3.344	2.877	529

Propuestas para reformar la LPL

AÑOS	RECLAMACIONES DE CANTIDAD						CAUSAS VARIAS (1)					
	Total	Con avenencia		Sin avenencia	Intentadas sin efecto	Otras (1)	Total	Con avenencia		Sin avenencia	Intentadas sin efecto	Otras (1)
		Número	Cantidades acordadas (euros)					Número	Cantidades acordadas (euros)			
1998.....	151.882	15.608	59.783.895	44.320	82.295	9.659	33.978	1.885	23.914.650	16.462	13.899	1.732
1999.....	146.911	16.908	46.894.110	43.098	76.973	9.932	33.612	2.043	14.434.851	15.877	13.432	2.260
2000.....	155.608	16.332	49.657.074	46.291	80.902	12.083	36.023	2.206	17.681.158	15.468	16.108	2.241
2001.....	170.287	18.729	83.443.501	45.467	88.280	17.811	39.232	1.985	12.325.900	16.719	16.194	4.334
2002.....	185.868	20.151	82.674.921	45.857	95.302	24.558	40.057	3.008	23.685.758	15.039	16.488	5.522
2003.....	176.214	17.663	58.233.975	45.324	98.187	15.040	40.918	2.985	29.513.224	15.343	19.594	2.996
2004.....	159.949	16.037	96.668.536	43.700	86.478	13.734	42.475	2.151	17.117.111	16.778	20.458	3.088
2005.....	157.858	13.808	40.653.206	45.439	83.080	15.531	39.705	2.273	28.445.253	16.079	18.118	3.235
2006.....	153.187	14.168	43.677.908	43.268	81.893	13.858	41.974	2.600	33.277.115	15.207	21.015	3.152
2007.....	160.509	12.309	39.977.067	46.285	81.151	20.764	48.823	2.588	25.983.088	17.128	22.608	6.499
2007:												
(ENE-JUL).....	93.320	7.504	26.786.511	27.829	46.581	11.406	32.319	1.767	18.312.291	10.298	16.293	3.961
2008:												
(ENE-JUL).....	139.896	8.681	27.968.142	45.448	69.660	16.107	33.741	1.444	21.597.231	12.918	13.398	5.981

El papel de la autonomía colectiva en los sistemas de absorción y compensación de salarios

PATRICIA NIETO ROJAS

Profesora Ayudante
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LOS SISTEMAS DE ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN DE SALARIOS

La facultad empresarial de compensar y absorber las mejoras producidas con ocasión de una sucesión normativa o convencional cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y en cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden de referencia, surge como un mecanismo de ajuste salarial creado para permitir a las empresas un amplio margen en la gestión de la retribución, toda vez que permite que los incrementos salariales que tengan origen en una fuente reguladora distinta no se adicionen a la retribución contractual que permanece intacta en lo que exceda a la nueva regulación.

Sin embargo, la exigencia jurisprudencial de homogeneidad entre las partidas a neutralizar

ha limitado significativamente las opciones de este instrumento legal. En el presente artículo, tomando como punto de partida la más reciente jurisprudencia y el tratamiento que la negociación colectiva dispensa a esta institución, se abordan los límites que deben observar los convenios colectivos en relación a los sistemas de absorción y compensación, planteándonos si cabe que un convenio establezca la no absorción de determinadas partidas, reconozca como garantías ad personam el devengo de derechos económicos generalmente vinculados a la desaparición del complemento de antigüedad, e incluso si puede admitirse que convencionalmente se elimine el requisito jurisprudencial de homogeneidad entre las partidas objeto de compensación.

Abstract

THE ROLE OF THE COLLECTIVE AUTONOMY IN THE SYSTEMS OF ABSORPTION AND COMPENSATION OF WAGES

The managerial ability to compensate and to absorb the improvements produced with occasion of a normative or conventional succession when the wages really paid, as a whole and in annual computation, be more favourable for the wor-

kers than those fixed in the reference order, arises as a salary adjusting mechanism created to allow to the companies a wide margin in the administration of the retribution, because it allows that the salary increments that have its origin in

a different regulator source are not added to the contractual retribution that remains intact in what exceeds to the new regulation.

However, the jurisprudential demand of homogeneity among the items to neutralize has significantly limited the options of this legal instrument. In this article, taking as starting point the most recent jurisprudence and the treatment that the collective negotiation gives to this institution, it is raised the limits that

should observe collective agreements in relation to the systems of absorption and compensation, thinking about if it is necessary that an agreement establishes the non absorptibility of certain items, recognizes as ad personam guarantees the amount due of economic rights generally tied to the disappearance of the complement of antiquity, and even if can be admitted that conventionally be eliminated the jurisprudential requirement of homogeneity among the items object of compensation.

Sumario

I. Introducción. II. Requisitos para que opere la absorción y compensación.

III. Carácter dispositivo. IV. Técnica de comparación. V. El papel de la autonomía colectiva. A) Cláusulas de no absorptibilidad. B) Cláusulas de garantía ad personam o equivalentes.

C) Cláusulas flexibilizadoras de la exigencia jurisprudencial de homogeneidad.

D) Cláusulas de compensación global de conceptos salariales y extrasalariales.

VI. El papel de la autonomía individual. VII. El supuesto de hecho de la absorción y compensación salarial. Algunos ejemplos.

I. INTRODUCCIÓN

La propia dinamicidad de las fuentes reguladoras del salario (ley, convenio colectivo, contrato de trabajo, etc.) plantea problemas en orden a delimitar cuál prevalece ante situaciones de concurrencia. En lo concerniente a la dimensión cuantitativa, la intervención normativa de la ley en el orden salarial es bastante exigua, su papel se reduce a la fijación del salario mínimo interprofesional (SMI), dando respuesta a la previsión contemplada en el artículo 27.1 ET, “El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el Salario Mínimo Interprofesional”, esta norma de derecho mínimo será de obligatoria observancia en todas las relaciones de trabajo¹. A partir de este umbral, la negociación colectiva puede fijar una cuantía superior para el conjunto de trabajadores que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, creando los salarios profesionales que, convenidos colectivamente, son de obligado cumplimiento en el sector o empresa, constituyendo un nuevo mínimo

(1) El Salario Mínimo Interprofesional para el año 2009 se ha fijado en el RD 2128/2008, de 26 de diciembre (BOE del 30).

que el empresario deberá respetar. Finalmente, por contrato de trabajo se puede determinar la cuantía del salario teniendo en cuenta que, en tal caso, el trabajador no puede disponer válidamente de los derechos que tenga reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

La existencia de una ordenación jerárquica de las diversas fuentes de fijación del salario, modalizada a través del principio de norma mínima, y que se produzca una sucesión normativa, consecuencia de la cual resulte una variación de la fuente inicial de referencia², constituyen los dos presupuestos para que opere la absorción y compensación de salarios prevista en el artículo 26.5 ET. Este instrumento de neutralización salarial operará “cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y en cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia”. Con esta técnica, facultativa para el empresario, se pretende evitar que el salario realmente percibido por el trabajador superior al fijado en el orden –legal o convencional– de referencia se convierta en base sobre la que después acumular los incrementos de origen normativo. El Tribunal Supremo ha señalado que la “figura de la compensación y la absorción ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento con origen en fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta; así, el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario”³. En otras palabras, implica que el nuevo incremento legal o convencional no se adiciona a la condición contractual que permanece intacta en lo que exceda a la nueva regulación⁴, evitando que la referencia para aplicar el posterior aumento sea determinada por los salarios más favorables que ya percibe el trabajador.

**CON ESTA TÉCNICA
LA BASE PARA CALCULAR
LOS INCREMENTOS
DE SALARIO ES LA DE
LA NORMA DE REFERENCIA**

(2) THIBAUT ARANDA, J., *La absorción y compensación de salarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 15.

(3) STS de 10 de noviembre de 1988 (recurso 4629/1997); STS de 26 de diciembre de 2005 (recurso 628/2005).

(4) LLOMPART BENNASSAR, M., “La absorción y compensación del incremento del salario profesional”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2005, pág. 2.312.

Habida cuenta de que en materia salarial no es infrecuente la existencia de “derivadas” producidas por los desajustes entre los salarios normativos de referencia y los realmente percibidos por los trabajadores, los sistemas de absorción y compensación se configuran como un elemento de control empresarial que puede allanar las diferencias retributivas entre trabajadores al aplicar a todos ellos una misma norma de fijación del salario⁵. Pero, paradójicamente, estos sistemas también sirven para profundizar en la individualización del mismo, no ya desde el nivel del convenio colectivo, sino desde el empresarial, quedando sustraída de aquél parte de la gestión salarial⁶.

Finalmente, se ha calificado como una “tarea condenada al fracaso” tratar de diferenciar con nitidez los conceptos de absorción y compensación⁷. A pesar de que algunas construcciones doctrinales⁸ observan en el artículo 26.5 ET un doble fenómeno jurídico: por una parte, tiene lugar la sustitución de las cuantías establecidas en una norma por otras para los mismos elementos (absorción), desapareciendo el elemento antiguo absorbido por uno nuevo, en un fenómeno que no produce por sí solo alteración de la estructura salarial, ya que a pesar de sustituir las cuantías establecidas en contratos individualizados por las fijadas en la norma general, la cantidad final seguirá siendo la misma. Por otra parte, los elementos retributivos en su conjunto podrán ser sustituidos por otros diferentes que compondrán el conjunto ordenador de la nueva estructura (compensación). Un conjunto se sustituye por otro, con el resultado de que serán los nuevos elementos los que regirán en adelante las obligaciones retributivas, produciéndose así, una alteración de la estructura salarial. Partiendo del “paralelismo funcional” que existe entre ambas figuras, se acoge la tesis mayoritaria de entender la absorción y compensación como una única técnica que pretende la neutralización de las mejoras establecidas por el empresario sobre los mínimos legales o convencionales.

II. REQUISITOS PARA QUE OPERE LA ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN

La neutralización de una condición salarial más beneficiosa mediante la técnica de compensación y absorción exige la concurrencia de varios requisitos:

1. Existencia de diferentes fuentes de determinación del salario (norma estatal, convenio colectivo, pacto individual, concesión unilateral del empresario).
2. Que el trabajador disfrute de una retribución superior a la fijada en el orden normativo o convencional de referencia.

(5) THIBAUT ARANDA, J., *op. cit.*, pág. 13.

(6) Sobre la finalidad de esta figura *vid.* MERCADER UGUINA, J.R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 67-70.

(7) MERCADER UGUINA, J.R., *Ibidem*, pág. 67.

(8) CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “La absorción y compensación como instrumento legal de potenciación de la autonomía legal”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1993, pág. 405.

La autonomía colectiva en la absorción y compensación de salarios

3. Que exista un nuevo mínimo de referencia (legal o convencional) aunque igual o inferior a la cantidad realmente percibida por el trabajador.
4. Que la mejora salarial que pretenda ser absorbida tenga su origen en una fuente reguladora distinta.
5. Que los conceptos salariales (absorbente y absorbido) sean homogéneos.
6. La operación de comparación ha de efectuarse “en conjunto y cómputo anual”.
7. A ello no ha de oponerse la norma legal o convencional que resulte de aplicación.

Concurrentes los presupuestos descritos, la compensación y absorción podrá operar, con carácter general, de modo automático, esto es, sin necesidad de habilitación convencional, acuerdo o autorización previa⁹. Por tanto, podrán ser compensadas o absorbidas las retribuciones de trabajo, tanto en concepto de salario base como de sus complementos, en cuanto superiores a los mínimos establecidos y sólo se admite excepción a esta regla general cuando conste de manera expresa o se deduzca del convenio la voluntad de restringir o incluso de cerrar totalmente dicha posibilidad¹⁰. De modo que la subida salarial producida, bien por un nuevo salario mínimo interprofesional bien por la negociación colectiva, podrá quedar absorbida y compensada cuando los trabajadores viniesen percibiendo salarios superiores, en su conjunto y en cómputo anual, a los del orden normativo o convencional de referencia. Examinamos más detalladamente cada presupuesto:

– Para que pueda darse la compensación o absorción es necesaria la concurrencia de dos fuentes distintas de fijación del salario. No cabe la absorción entre devengos que tengan “su expresión y regulación en el mismo cuerpo normativo”¹¹, ya sea éste pacto colectivo o individual. De admitirse esta previsión, se estarían infringiendo las previsiones contenidas en el propio pacto y haciendo ineficaz la fuerza vinculante de lo pactado; no obstante, si el convenio hubiese previsto expresamente alguna posibilidad de compensación, a ella habrá de estar¹². Cuestión distinta sería que un convenio colectivo prevea la compensación y absorción de viejos conceptos convencionales arrastrados de un convenio a otro con cargo a nuevos conceptos para evitar así la duplicidad en el cobro de conceptos de igual funcionalidad y causalidad; estaríamos entonces ante un supuesto de compensación y absorción impropia, atendiendo a la funcionalidad clásica de esta técnica, puesto que provienen de la misma fuente los conceptos absorbentes y absorbidos y, por tanto, quedan fuera del ámbito objetivo del artículo 26.5 ET.

(9) THIBAUT ARANDA, J., *op. cit.*, pág. 35.

(10) STS de 26 de abril de 1996 (recurso 567/1995).

(11) STS de 26 de diciembre de 1989 (RJ 9276): “La absorción y compensación de salarios juegan, en principio, siempre que se establece un nuevo cuadro de retribuciones, en virtud de un acto normativo o convencional, pues para poder operar necesita, en cualquier caso, la existencia de dos situaciones que permitan la comparación”. Más recientemente STS de 18 de septiembre de 2001 (recurso 4147/2000); STS de 2 de diciembre de 2002 (recurso 949/2002); STS de 26 de diciembre de 2005 (recurso 628/2005).

(12) THIBAUT ARANDA, J., *op. cit.*, pág. 33; LLOMPART BENASSAR, M., *op. cit.*, pág. 2317.

– En segundo lugar, es necesario que las partidas objeto de absorción y compensación sean homogéneas, de manera que la neutralización sólo pueda afectar a condiciones que posean, al menos, una finalidad análoga. Aunque sea éste un criterio creado por los Tribunales¹³, su exigencia responde a la propia composición del salario prevista por el legislador (artículo 26.3 ET), es decir, si cada partida se vincula a una causa retributiva específica no cabe efectuar una comparación global. El régimen de cada uno de los elementos individualizados que sumados suponen la estructura del salario total, está condicionado por la causa en función de la que se estableció y, por tanto, en su ulterior devenir no debe perderse esa correspondencia entre el concreto concepto retributivo y su causa de atribución¹⁴. Con esta técnica se pretende evitar que el empresario tenga que retribuir por un mismo concepto dos veces pero la causa específica de atribución hace que ésta sólo sea absorbible y compensable con conceptos homogéneos; admitir la sustitución en bloque supondría dejar sin efecto la valoración de las circunstancias específicas de atribución de dichas partidas¹⁵.

No obstante, esta regla general cede cuando la retribución haya sido fijada mediante un pacto de salario global, es decir, fijando una cuantía determinada sin que exista ninguna especificación respecto a las partidas que lo integran o no exista constancia de que las cantidades percibidas estuvieran remunerando algo distinto del normal trabajo¹⁶. Aunque la doctrina más autorizada¹⁷ se ha planteado si es lícita esta posibilidad, en tanto que el artículo 26.3 ET fuerza a las empresas a amoldar sus estructuras retributivas a las disposiciones que sobre el particular recojan los convenios colectivos aplicables, los Tribunales han admitido tal opción cuando las partes, al amparo de la libertad de contratación contemplada en el artículo 3 ET, “pactan un salario omnicompreensivo de todos los conceptos, debiendo reputarse lícito este pacto siempre que se respeten las condiciones mínimas fijadas legal o convencionalmente”¹⁸.

La homogeneidad o heterogeneidad de los conceptos salariales se ha de establecer en atención a su propia naturaleza, de acuerdo a lo que efectivamente retribuyan e implica que, en principio, la compensación tiene que producirse en el marco de retribuciones que presenten esta cualidad. Aunque no existe consenso (ni jurisprudencial ni doctrinal) respecto a cuándo dos partidas son homogéneas, la tesis mayoritaria es entender que sólo podrán ser compensables los conceptos que responden a una misma causa o finalidad;

(13) STS de 18 de octubre de 2007 (recurso 4167/2006); STS de 28 de febrero de 2005 (recurso 2486/2005); STS de 17 de septiembre de 2004 (recurso 4301/2003); STS de 6 de julio de 2004 (recurso 4562/2003); STS de 26 de marzo de 2004 (recurso 135/2003); STS de 20 de abril de 2002 (recurso 1235/2001); STS de 10 de junio de 1994 (recurso 2274/1993) y STS de 15 de octubre de 1992 (recurso 870/1992).

(14) CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., *op. cit.*, pág. 401.

(15) LLOMPART BENNASSAR, M., *op. cit.*, pág. 2323.

(16) STSJ del País Vasco de 30 de octubre de 2007 (recurso 2067/2007).

(17) MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., “La estructura retributiva en el sector de la construcción. Marco general estatal y su concreción en los convenios de ámbito inferior”, en MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.). *Las relaciones laborales en el sector de la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 211.

(18) STSJ de Aragón de 13 de abril de 2000 (recurso 116/1999).

modulándose, en consecuencia, este requisito, al apartarse de la exigencia de identidad entre los conceptos comparados. Partiendo de que esta cuestión va a ser esencialmente casuística, de la jurisprudencia y la doctrina se pueden inferir algunos criterios hermenéuticos para determinar cuándo estamos ante partidas homogéneas:

– Se ha admitido la absorción y compensación entre el salario base y gratificaciones extraordinarias¹⁹, mejoras voluntarias²⁰ o falsas pagas de beneficios²¹ en base a que todas estas partidas se vinculan, con carácter general, a la retribución por unidad de tiempo, tienen naturaleza salarial y periodicidad fija²², por lo que materialmente constituyen retribución básica. A sensu contrario, la absorción y compensación de retribuciones que obedezcan a una especial contraprestación del trabajador (mayor rendimiento, condiciones especiales del trabajo realizado, etc) ha de hacerse únicamente con las retribuciones singularmente destinadas a remunerar esas especiales condiciones o una mayor o mejor actividad²³.

– Respecto al complemento de antigüedad, el Tribunal Supremo admitió que podía ser compensable y absorbible con el salario base por entender que “su configuración jurídico-retributiva aparece ligada más rigurosamente, a ciertos efectos, al salario base, y no se halla condicionado a las características del trabajo realizado o al volumen y cantidad de este último”²⁴. Perspectiva a partir de la cual estableció su “homogeneidad” con este, salvo existencia de cláusula expresa en sentido contrario. Esta jurisprudencia, que ya había sido calificada de bastante flexible²⁵, debe matizarse pues con el plus de antigüedad también se retribuyen factores personales de trabajador, tales como experiencia, pericia adquirida en la prestación del trabajo o la permanencia en la empresa. Por ello, no serán compensables las mejoras en el salario base de origen extraconvencional con

**ES NECESARIO QUE
LAS PARTIDAS
SEAN HOMOGÉNEAS
Y PROCEDAN DE DOS
FUENTES DISTINTAS**

(19) STS de 26 de junio de 1995 (recurso 3847/1994).

(20) STSJ de Canarias de 31 de octubre de 2005 (recurso 386/2003).

(21) STS de 15 de enero de 1997 (recurso 1210/1996); STS de 9 de diciembre de 1999 (recurso 684/1999).

(22) STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 de abril de 1994 (recurso 3027/1992); STSJ de Madrid de 7 de marzo de 1997 (recurso 4101/1996); STSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 1997 (AS 3150); STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2004 (recurso 1396/2004).

(23) STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006 (recurso 2970/2005).

(24) En la STS de 18 de julio de 1996 (recurso 2724/1995) se admitió la absorción del concepto de antigüedad con el incremento en el salario base de los períodos de aprendizaje, en prácticas y formación para aquellos trabajadores que luego pasaron sin interrupción a la condición de fijos.

(25) FERNÁNDEZ COSTALES-MUÑIZ, J., “La supresión convencional del complemento de antigüedad, en AAVV., XVII Congreso Nacional Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Granada, 2005, Ejemplar multicopiado, pág. 16.

complementos por antigüedad previstos en éste, en tanto que no se ha optado por su supresión de la estructura salarial de referencia —el convenio—. Respecto a los complementos históricos de antigüedad (con origen remoto en la negociación colectiva) que el convenio deja a salvo con la típica cláusula de garantía *ad personam*, será el propio convenio el que debe establecer los límites a su compensación, en tanto que el título jurídico de disfrute sigue siendo convencional y, por tanto, queda fuera del ámbito del artículo 26.5 ET²⁶.

— Por otra parte, no son homogéneas las partidas que respondan a un mayor trabajo realizado, por ejemplo, un plus de especial dedicación con las que obedecen a una circunstancia personal del trabajador, tampoco una participación en beneficios prevista en convenio colectivo puede ser compensada con las comisiones de ventas fijadas en el contrato²⁷, ni una retribución específica por horas extraordinarias con un plus de nocturnidad²⁸. Del mismo modo, no ha sido admitida la absorción entre un complemento personal de integración con una bolsa de vacaciones, de devengo único en el mes de julio y en cuantía equivalente al salario mínimo interprofesional, pues no cabe establecer entre ellos relación alguna de interdependencia²⁹, ni un plus de peligrosidad previsto en convenio colectivo con otros pluses vinculados al puesto de trabajo pero no suficientemente identificados³⁰. No cabe tampoco la absorción entre complementos de cantidad y calidad del trabajo con otros que remuneran un mayor esfuerzo, dedicación, responsabilidad, etc., ni los complementos de antigüedad con los pluses de especial dedicación, disponibilidad o prolongación de la jornada de trabajo³¹, tampoco el plus de actividad por calidad y cantidad de trabajo o las comisiones³² con las mejoras del salario base contenidas en el convenio colectivo³³ o con la retribución específica de horas extraordinarias³⁴.

En definitiva, los Tribunales han declarado no absorbibles y compensables los complementos personales, de puesto de trabajo, por mayor trabajo realizado y por situación y resultados de la empresa si las partidas salariales con las que juegue la comparación no responden a la misma concausa de atribución³⁵.

(26) En el mismo sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2008, pág. 66.

(27) STS de 6 de julio de 2004 (recurso 4562/2003); STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006 (recurso 385/2005).

(28) STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2005 (recurso 6488/2004), más recientemente el TS ha señalado que “la retribución por horas extraordinarias constituye un concepto salarial independiente y autónomo (...), y no guarda homogeneidad con las restantes percepciones de los trabajadores; y por ello no es posible compensar”. STS de 24 de julio de 2006 (recurso 1570/2005) y STS de 6 de marzo de 2007 (recurso 5293/2005).

(29) STS de 18 de enero de 2006 (recurso 22/2005).

(30) STS de 9 de junio de 2006 (recurso 3271/2004); STS de 18 de julio de 2005 (recurso 1396/2004).

(31) STS de 26 de marzo de 2004 (recurso 135/2003).

(32) STS de 28 de febrero de 2005 (recurso 2486/2004).

(33) STS de 10 de junio de 1994 (recurso 2274/1993); STS de 6 de julio de 2004 (recurso 4562/2003).

(34) STS de 24 de julio de 2006 (recurso 1570/2005); STS de 6 de marzo de 2007 (recurso 5293/2005).

(35) STS de 17 de septiembre de 2004 (recurso 4301/2004).

La autonomía colectiva en la absorción y compensación de salarios

En otro orden de cosas, cabría plantearse si la absorción y compensación puede producirse entre retribuciones en especie. Aunque nada se opone a que esta neutralización se realice tomando como referencia el salario en especie, retribución que se puede definir como toda atribución patrimonial distinta al dinero que se percibe como contraprestación del trabajo, los problemas surgen en orden a apreciar la homogeneidad entre un incremento salarial monetario y las partidas en especie, con la dificultad añadida de cuantificar dicha retribución. Lo relevante es que la deuda es salarial y obedece a una misma causa retributiva, con independencia de la fórmula (en metálico o en especie) de remuneración. En consecuencia, no será posible la compensación entre especies idénticas que obedezcan a causas remuneratorias distintas, lo que será patente cuando las deudas salariales obedezcan a causas de atribución diferentes³⁶. Aun así, en algún pronunciamiento judicial aislado se ha admitido la compensación entre una prestación en especie (uso de energía eléctrica) con los incrementos producidos en el salario base³⁷, asimismo algún convenio colectivo ha previsto esta posibilidad incorporando una cláusula en el siguiente sentido: “todas las mejoras económicas y de trabajo que se implantan en virtud del presente convenio serán compensables y absorbibles, en cómputo anual y hasta donde alcancen, con todas aquellas mejoras voluntarias que tenían concedidas las empresas, tanto si son abonadas en metálico como en especie”³⁸.

Respecto a las percepciones extrasalariales, el Tribunal Supremo las ha calificado como no compensables con retribuciones salariales³⁹, sin perjuicio de que puedan compensarse y absorberse entre sí, siempre que concurra en ellas la nota de homogeneidad⁴⁰. Esta prohibición se fundamenta en el papel resarcitorio, indemnizatorio y/o asistencial de las percepciones extrasalariales, se trata de cantidades percibidas por el trabajador en el marco de la relación laboral o como consecuencia de ella, que no tienen la consideración de salario. Como el principio de absorción y compensación juega única y exclusivamente respecto de las partidas de naturaleza salarial quedan fuera del ámbito objetivo de aplicación las percepciones extrasalariales.

III. CARÁCTER DISPOSITIVO

La empresa, si existen las circunstancias necesarias para que opere la absorción y compensación, podrá hacer uso de dos posibilidades: 1. Mantener intacta la mejora que se acumularía sobre el nuevo mínimo (normativo o convencional) de referencia. 2. Si la retribución percibida por el trabajador es todavía superior a la fijada en el orden normativo

(36) MARTÍN JIMENEZ, R., *El salario en especie*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág.144.

(37) STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (recurso 748/1993).

(38) CC Peluquerías de señoras, caballeros, unisex y belleza (DOGC de 20 de agosto de 2002).

(39) Por ejemplo, un complemento de puesto de trabajo con la indemnización por quebranto de moneda, STS de 15 de octubre de 1992 (recurso 870/1992). Más recientemente existen pronunciamientos en suplicación en este sentido, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de noviembre de 2002 (recurso 1662/2002); STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2007 (recurso 2989/2007).

(40) MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Las percepciones extrasalariales. (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 22.

o convencional, la empresa podrá absorber y compensar el nuevo mínimo. De lo dicho, la segunda posibilidad es la que materializa la facultad prevista en el artículo 26.5 ET. No obstante, el empresario podrá disponer válidamente sobre esta prerrogativa, ya que se trata de una norma de derecho necesario relativo por lo que cabe la renuncia a su ejercicio, ya sea de forma expresa, ya tácita a través del abandono inequívoco y concluyente de esta facultad⁴¹. Apoya esta tesis el artículo 6.2 CC que determina que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo son válidos cuando no contraríen el interés general ni perjudiquen a terceros.

En cualquier caso, la decisión de compensar debe ejecutarse en tiempo oportuno, pues se trata de un derecho al que el empresario puede renunciar, y no hacerlo temporáneamente supone consolidar el beneficio durante la vigencia del convenio⁴². Sin embargo, ello no quiere decir que el empresario recluya definitivamente la posibilidad de llevar a cabo la absorción bajo la vigencia de convenios futuros⁴³; la absorción y compensación es una técnica facultativa para el empresario, pero si renuncia a absorber en vista de un convenio colectivo, de esta acción no puede inferirse la dejación de hacerlo en ocasiones futuras⁴⁴. La continuación en el abono o respecto de la condición más beneficiosa después de la vigencia de una norma que permite la compensación significa el mantenimiento tácito de aquélla, pero ello no quiere decir que ella se consolide definitivamente, perdiendo la empresa la facultad compensatoria, sino que la consecuencia queda reducida a la época de vigencia del incremento. Por tanto, nada impide que esta facultad se utilice aprovechando ulteriores mejoras normativas o convencionales e incluso durante la vigencia del convenio –habida cuenta de que en materia salarial no es infrecuente que se pacte un régimen de vigencia especial, como consecuencia del juego de las cláusulas de revisión y salvaguarda salarial–⁴⁵. Con todo, algún convenio empresarial ha establecido un procedimiento muy rígido para proceder a la absorción y compensación: la empresa habrá de notificar la aplicación de esta medida, así como las razones que le sirven de fundamento al propio trabajador interesado, con una antelación de treinta días, dando copia de dicha notificación al Comité Intercentros, que deberá emitir un informe sobre las medidas que fueran a adoptarse⁴⁶.

Finalmente, está técnica puede ser aplicada de oficio “sin necesidad de reconversión y ni siquiera requiere invocación expresa de excepción, ya que es una realidad fáctica,

(41) GONZÁLEZ POSADA, E., “El ejercicio de la absorción y compensación de salarios. Su carácter dispositivo”, en *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1986, pág. 2.314.

(42) STSJ de Galicia de 23 de abril de 1993 (recurso 3494/1991); STSJ de Asturias de 25 de enero de 2002 (recurso 2310/2001).

(43) STSJ de La Rioja de 5 de julio de 2005 (recurso 135/2005).

(44) STSJ de Canarias de 7 de mayo de 1994 (recurso 367/1993). Cuestión unánime en la doctrina, por todos, THIBAULT ARANDA, J., *op. cit.*, pág. 90.

(45) En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 1993 (AS 1993/5299).

(46) CC CWT VIAJES (BOE de 11 de abril de 2003). Cláusula cuya legalidad sería cuestionable si el convenio fuese de ámbito sectorial.

bastando con aportar las partes aquellos hechos de los que deduce su existencia”⁴⁷ si bien para que sea posible dicha actuación han de quedar acreditados los términos de comparación⁴⁸.

IV. TÉCNICA DE COMPARACIÓN

El artículo 26.5 ET establece una técnica de comparación semejante a la utilizada para aplicar el artículo 3.3 ET relativo al principio de norma más favorable⁴⁹, de modo que esta operación se realizará “en su conjunto y en cómputo anual”, esto es, se compararán las dos estructuras salariales, la resultante de los nuevos mínimos fijados en el orden legal o convencional de referencia y el salario realmente percibido por el trabajador para determinar si procede la absorción y compensación. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 ET, cuando entren en conflicto normas laborales, será de aplicación aquella que, en conjunto y cómputo anual, sea más favorable para los trabajadores.

La primera cuestión que se plantea es si la referencia normativa al conjunto determina la aplicación de las retribuciones percibidas como una unidad o si, por el contrario, ha de hacerse respecto de cada uno de los elementos que conforman el salario. Es decir, si aquélla debe hacerse aplicando el criterio de globalización o conglobamento que supone la comparación entre las diversas cuantías salariales computadas en su totalidad o ha de realizarse una comparación analítica entre las diferentes cuantías salariales⁵⁰. Podemos afirmar que sólo existe consenso doctrinal sobre la compensación globalizada y no analítica en relación al salario mínimo interprofesional, así en los Decretos anuales de fijación del SMI se señala que la revisión de éste “no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual sean superiores al salario mínimo interprofesional”⁵¹.

**NO CABE APLICAR
LA COMPENSACIÓN
Y ABSORCIÓN SOBRE
PARTIDAS SALARIALES
INFERIORES A UN AÑO**

(47) STS de 28 de febrero de 2000 (recurso 1265/1999).

(48) STS de 15 de febrero de 2007 (recurso 2903/2005).

(49) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Condición más beneficiosa: absorción y compensación”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1992, pág. 202.

(50) LLOMPART BENNASSAR, M., *op. cit.*, pág. 2.321; THIBAUT ARANDA, J., *op. cit.*, pág. 50.

(51) Artículo 3.1 RD 1763/2007. Los incrementos establecidos anualmente por el Gobierno sólo serán de aplicación directa a los trabajadores que no alcanzasen, en cómputo anual, esta cantidad, fijada para el año 2008 en 8.400 euros.

Respecto al resto de situaciones, la doctrina mayoritaria se inclina por entender que ésta sólo es posible, como ya ha sido referido, entre conceptos homogéneos, habida cuenta de que cada complemento responde a una causa específica de atribución⁵². Por tanto, el artículo 26.5 ET sólo juega respecto a retribuciones homogéneas y esta cualidad ha de atribuirse en atención a su propia naturaleza y en función de lo que efectivamente retribuyen al margen de lo que las partes puedan establecer en el contrato de trabajo, al ser materia esta que queda fuera del principio de autonomía de la voluntad⁵³. Más dudas ha planteado que un convenio colectivo pueda disponer válidamente de este requisito, como veremos detalladamente en el epígrafe siguiente. A pesar de lo anterior, algunas sentencias admitieron la absorción y compensación entre partidas heterogéneas al entender que el artículo 26.5 ET puede operar con “la totalidad de las retribuciones que percibe el trabajador, sin más excepciones que las relacionadas en el artículo 26.2 ET”⁵⁴, sosteniendo que las condiciones económicas de toda índole forman un todo orgánico y absorben en cómputo anual y global todas las ya existentes, cualquiera que sea su origen y naturaleza. Jurisprudencia que tuvo cierto eco doctrinal al entender que la compensación y absorción debe ser sintética y global, estimándose cumplida la obligación de pago cuando, en términos globalizados y no concepto a concepto, se ha abonado lo debido por norma legal o convencional de referencia⁵⁵. Sin embargo, esta tendencia jurisprudencial no se llegó a consolidar y los más recientes pronunciamientos del TS han efectuado una comparación analítica y no global⁵⁶.

En segundo lugar, ha de efectuarse en cómputo anual, de modo que se establezca una comparación entre todas las retribuciones que en el ciclo de un año concede la nueva norma, y de otro, las que realmente venía abonando el empresario, de manera que el incremento que debieran experimentar las retribuciones de los trabajadores, con carácter obligatorio, sea la diferencia, si la hubiera, entre ambos factores⁵⁷. No cabe, pues, aplicar la compensación y absorción sobre partidas salariales que se refieran a períodos de tiempo inferiores a un año y para poder incorporar una estimación objetiva de los complementos variables que pueda percibir el trabajador (participación en objetivos, pagas de beneficios, etc.), parece más conveniente que se tome como referencia los datos del año

(52) MERCADER UGUINA, J., *Modernas tendencias*, op. cit., p. 71; BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, págs. 252; págs. 248-257; AAVV. [GARCÍA NINET, J. I. (Dir.)]. “El salario (Artículo 26 ET)”, en *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (De 1980 a 2005)*, CEF, Madrid, 2007, pág. 110; HERRAIZ MARTÍN, M.S., *Los complementos por mayor trabajo realizado: Primas e incentivos*, CES, Madrid, 1997, pág. 250.

(53) STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006 (recurso 385/2005).

(54) STS de 9 de diciembre de 1999 (recurso 684/1999); STS de 20 de junio de 1996 (recurso 2890/1996); STS de 22 de julio de 1996 (recurso 3509/1995). También hubo algún pronunciamiento en suplicación, vid. STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 1992 (recurso 50/1992).

(55) CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., op. cit., pág. 402; THIBAUT ARANDA, J., op. cit., págs. 64-67; CRUZVILLALÓN, J. también ha señalado como “no improbable que en breve plazo en lo que se refiere al funcionamiento de la absorción y compensación se pueda matizar por nuestra jurisprudencia la exigencia de comparación de condiciones ‘homogéneas’, en lo que se refiere a partidas salariales”. CRUZVILLALÓN, J., Prólogo, en BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Principio...*, op. cit., pág. 13.

(56) Por todas, STS de 6 de marzo de 2007 (recurso 5293/2005).

(57) IGLESIAS CABERO, M., “Absorción y compensación en la retribución de trabajo”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1985, p. 1.376.

La autonomía colectiva en la absorción y compensación de salarios

anterior al de producirse los de la norma nueva con la actualización posible de los mismos para el año posterior⁵⁸. Por último, cabría plantearse qué ocurre cuando un convenio colectivo prevé que la revisión salarial se calcule con efectos retroactivos (generalmente vinculando dicha revisión a la evolución del IPC), pues en tal caso la retribución realmente percibida por el trabajador en cómputo anual se verá incrementada. Aunque el devengo de estos atrasos se hará efectivo en el año posterior, parece que la opción más garantista para efectuar la comparación es incorporar también estos conceptos, cuyo origen trae causa en la prestación laboral efectuada en el año anterior.

V. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

Podemos afirmar que existe gran dinamicidad en la negociación colectiva en esta materia⁵⁹. Las cláusulas más habituales son aquellas que establecen la no absorbilidad de determinadas partidas o reconocen como garantías *ad personam* derechos económicos, generalmente vinculados a la desaparición del complemento de antigüedad. Más novedosas son las cláusulas convencionales que eliminan el requisito de homogeneidad entre las partidas a neutralizar e incluso las que permiten compensar con este mecanismo partidas de naturaleza extrasalarial. Analizaremos detalladamente cada una de estas posibilidades:

A) Cláusulas de no absorbilidad

La negociación colectiva podrá declarar el carácter no absorbible ni compensable de determinadas cantidades⁶⁰, la no absorbilidad de los incrementos reconocidos en él con las mejoras que por cualquier concepto vinieran ya concediendo las empresas⁶¹ o limitarse a recordar lo que es obvio: que, en ningún caso, la absorción pueda suponer una disminución en el salario total del trabajador⁶². Menos habituales son las cláusulas que establecen que la cláusula de no absorción afecte exclusivamente a quienes perciban unos emolumentos que no superen una determinada cantidad⁶³.

Como se ha argumentado, el mecanismo de absorción y compensación se encuentra condicionado a que su uso no esté prohibido en la norma, en el convenio colectivo o en el

(58) Solución inicialmente propuesta por CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., *op. cit.*, pág. 404.

(59) Extensamente, MERCADER UGUINA, J.R. (Coord), *El contenido económico de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2005, págs. 175-178.

(60) Ya en la STCT de 23 de marzo de 1980 se admitió que un convenio colectivo pudiese establecer claramente la inabsorbilidad de las mejoras contenidas. Posteriormente STS de 26 de abril de 1996 (recurso 567/1995), STS de 25 de mayo de 2005 (recurso 89/2004).

(61) CC Oficinas y Despachos, Madrid (BOCM de 11 de septiembre de 2007); CC Industria Siderometalúrgica Tarragona (DOGC de 10 de septiembre de 2007); CC Decathlon SA (BOE de 6 de julio de 2006).

(62) CC Industria Azucarera (BOE de 26 de septiembre de 2003).

(63) CC CWT Viajes (BOE de 11 de abril de 2003). En este caso, se establece la prohibición de absorción y compensación a los trabajadores que perciben unos emolumentos, en cómputo anual, inferiores a 26.000 euros.

acuerdo individual⁶⁴, e incluso aunque no exista ninguna cláusula que de forma expresa y directa afirme tal cosa, también se ha admitido esta prohibición cuando se deduce de modo indiscutible que sobre tales conceptos retributivos no operan las referidas compensación y absorción⁶⁵. El carácter dispositivo del artículo 26.5 ET fuerza a entender que las cantidades que los trabajadores perciben por encima de las remuneraciones establecidas en el convenio colectivo, normalmente se podrán absorber y compensar, con toda licitud, con los incrementos dispuestos en posteriores convenios, pero esta regla cederá si se ha pactado que tales cantidades no son absorbibles ni compensables. Cuestión distinta es que un convenio posterior elimine la garantía de inabsorbibilidad prevista en un pacto anterior, en cuyo caso se admitirá la compensación y absorción; el propio artículo 86.4 ET apoya esta tesis, al establecer que “el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último”, de suerte que se admiten convenios colectivos regresivos sin que quepa sostener que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa frente al nuevo⁶⁶.

En segundo lugar, se ha planteado si la renuncia a absorber y compensar puede ser objeto de negociación colectiva en un ámbito superior al de empresa⁶⁷, e incluso si un determinado orden normativo o convencional puede excluir la compensación y absorción con la pretensión de imponer en todos los casos la subsistencia de cada uno de los conceptos retributivos. Partimos de la base que si se admite esta posibilidad, se produciría una situación de desigualdad real, pues, al imponer el mantenimiento de situaciones anteriores desiguales y adicionar a ellas en régimen de igualdad el imperio de los contenidos previstos en el convenio, es claro que la carga de la norma sería más intensa en unos casos que en otros⁶⁸, impidiendo el ejercicio de la facultad, de titularidad y ejercicio individual, contenida en el artículo 26.5 ET que, como se ha señalado, permite al empresario la absorción y compensación de viejas mejoras introducidas, vía contrato o vía concesión unilateral, por encima del orden normativo o convencional de referencia. Los términos de la redacción estatutaria (“operará la compensación y absorción”) deben entenderse en el sentido de vetar la posibilidad de “constreñir la libertad empresarial de ‘amortización’ de mejoras consolidadas aprovechando el momento de la revisión de los salarios mínimos del convenio”. Por tanto, parece dudosa, a tenor de la subordinación jerárquica que deben los convenios a las leyes (artículo 85.1 ET), la legalidad de una cláusula convencional que suspenda temporalmente la facultad que el artículo 26.5 ET reconoce al empresario. Conclusión distinta habría de obtenerse si el ámbito del convenio es empresarial, en tal caso, es el empresario el que acepta la renuncia a la inaplicación de la absorción o com-

(64) STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006 (recurso 2970/2005).

(65) STS de 26 de abril de 1996 (recurso 567/1995).

(66) En el mismo sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2008, pág. 66.

(67) BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, pág. 131, entiende que no es posible esta opción en tanto que “resulta evidente su clara infracción del precepto imperativo contenido en el artículo 26.5 ET”.

(68) CONDE MARTÍN, *op. cit.*, pág. 415.

pensación de determinadas partidas⁶⁹, habiendo valorado los efectos que aquélla pueda tener en relación a la situación de la empresa y al tiempo de vigencia pactado.

B) Cláusulas de respeto *ad personam* o equivalentes

El tratamiento más observado en los convenios es la “intangibilidad” por el mecanismo de absorción y compensación de determinados complementos, tales como: trienios de jefatura⁷⁰; plus convenio⁷¹; horas extraordinarias⁷²; plus distancia⁷³ o el complemento vinculado al desempeño de un determinado puesto de trabajo⁷⁴. Con todo, la práctica más extendida es la de declarar como no absorbible el complemento de antigüedad o los complementos *ad personam* que han sustituido a dicho plus, otorgándoles el carácter de consolidable especialmente en aquellos supuestos donde se prevé su sustitución; una cláusula tipo en este sentido sería “la antigüedad acreditada por los trabajadores a 31 de diciembre de 1995 les será compensada con la percepción de un complemento específico que tendrá la consideración de condición más beneficiosa y se respetará a título exclusivamente individual, sin que sea compensable ni absorbible en el futuro, salvo por acuerdo entre las partes”⁷⁵.

Pero este tipo de pactos puede implicar, en determinados supuestos y en función de cómo hayan sido incorporados en el convenio colectivo, problemas de doble escala salarial, básicamente si se garantizan diferencias de trato en las retribuciones de los trabajadores fijadas en función de la fecha de ingreso en la empresa. La mayoría de los pronunciamientos judiciales existentes han versado sobre dobles escalas puras a través del

**LA RENUNCIA NO PUEDE
SER OBJETO
DE NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN ÁMBITO
SUPERIOR A LA EMPRESA**

(69) Admitiendo esta posibilidad en todo caso, THIBAUT ARANDA, J., *op. cit.*, pág. 92. En contra MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *La estructura*, *op. cit.*, págs. 217 y ss. “El artículo 26.5 del ET, al consagrar esta facultad empresarial, emplea un tono incondicional ‘operará...’, sin acoger en su texto remisión a ningún efecto al convenio colectivo, lo que parece forzar a concebirla como facultad, no disponible en sede colectiva sectorial)”.

(70) CC Sociedades y Cooperativas de Crédito (BOE de 15 de enero de 2008).

(71) CC Mataderos de aves y conejos (BOE de 2 de diciembre de 2003).

(72) CC Limpieza de Edificios y Locales Asturias (BOP de Asturias de 25 de agosto de 2007).

(73) CC Enseñanza Privada Cataluña (DOGC de 19 de septiembre de 2006).

(74) CC Port Aventura (DOGC de 30 de enero de 2006).

(75) CC Industria Metalgráfica (BOE de 18 de agosto de 2005); CC Industria Pastas Alimenticias (BOE de 23 de mayo de 2006); CC Marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE de 1 de abril de 2008); CC Hostelería Málaga (BOP de Málaga de 28 de julio de 2006); CC Empresas Organizadoras de Bingos (BOE de 17 de octubre de 2006); CC Sociedades y Cooperativas de Crédito (BOE de 15 de enero de 2008); CC Mataderos de aves y conejos (BOE de 2 de diciembre de 2003); CC Estaciones de Servicio (BOE de 19 de junio de 2004). También es una práctica muy habitual en los convenios de empresa, así, CC Allianz Seguros (BOE de 31 de enero de 2007); CC BIMBO (BOE de 19 de septiembre de 2006); CC Central Nuclear de Almaraz (BOE de 27 de enero de 2004); CC DANONE (BOE de 6 de febrero de 2006); CC Digitex Informática (BOE de 10 de noviembre de 2004); CC Fujitsu España (BOE de 19 de agosto de 2005); CC ONCE (BOE de 25 de octubre de 2005); CC Port Aventura (DOGC de 30 de enero de 2006).

reconocimiento *ad personam* de determinadas condiciones para los trabajadores más antiguos sin que en general dichos sistemas hayan superado el juicio de causalidad y proporcionalidad exigido por los Tribunales para declarar la licitud de esta diferencia de trato⁷⁶.

Habiéndose admitido que se pueda reconocer a quienes ingresaron en una determinada fecha “un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que a partir de dicho día cobren igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso”, se ha declarado ilegal que, “a partir de una determinada fecha, unos trabajadores generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que generen otros trabajando el mismo número de años”⁷⁷, pues, en tal supuesto, no podrá acreditarse la justificación objetiva y razonable de la medida. Se establecerían así sistemas duales “puros”, de suerte que los trabajadores ingresados hasta una fecha devengarán el complemento de antigüedad en relación a unos criterios y los nuevos se registrarán por un sistema paralelo produciéndose, por tanto, una diferencia de trato retributiva que quiebra el principio de igualdad⁷⁸. En cambio, no se ha considerado conculcado el derecho a la igualdad en aquellos casos en los que el convenio viene a regular la aplicación universal (para todos los trabajadores) del nuevo sistema de determinación de la antigüedad, aunque en relación a los asalariados más antiguos se reconozca el mantenimiento de los derechos ya consolidados como condición *ad personam*⁷⁹.

Significativamente, la STC 27/2004 que enjuició la constitucionalidad de una doble escala retributiva fijada en el Convenio Colectivo de la empresa Mohn señaló que siendo admisible que se respeten los derechos ya causados bajo convenio anterior o en curso de adquisición, es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad que un convenio establezca un sistema distinto de valoración de la antigüedad para dos colectivos de trabajadores, exclusivamente determinado en función de la fecha de ingreso en la empresa. Esta doctrina, sistemáticamente reiterada por el TS⁸⁰, plantea dos interesantes reflexiones en la materia que aquí nos ocupa: 1) aunque un convenio colectivo puede garantizar que los derechos adquiridos en materia salarial sean no absorbibles, desde la perspectiva del principio de igualdad sería “simplemente deseable” que contemplen esta posibilidad, es decir, la posibilidad de absorber y compensar; 2) que, acreditada la diferencia de trato no justificada, debe imponerse la “equiparación en lo favorable” de forma que la desigualdad de tratamiento ha de corregirse con la eliminación de la disposición que establece el tratamiento peyorativo y la aplicación del tratamiento más beneficioso, y aun admitiendo que esta equiparación pueda afectar al “equilibrio interno del convenio”, dicha consecuencia no puede comportar que se inaplique la referida equiparación, sino que en todo caso la nueva regulación pueda justificar la denuncia anticipada del convenio.

(76) Vid. las interesantes reflexiones en el estudio jurisprudencial de FALGUERA BARO, M.A., *Las dobles escalas salariales en función de la fecha de ingreso del trabajador y el derecho a la igualdad*, Albacete, Bomarzo, 2007.

(77) STS de 6 de noviembre de 2007 (recurso 2809/2006).

(78) STS de 22 de enero de 1996 (recurso 523/1995); STS de 18 de febrero de 1997 (recurso 175/1997); STS de 3 de octubre de 2000 (recurso 4611/1999).

(79) FALGUERA BARO, M., *op. cit.*, pág. 82.

(80) Puede verse un recorrido sobre esta jurisprudencia en la STS de 21 de diciembre de 2007 (recurso 1/2007).

Por tanto, de la doctrina jurisprudencial se puede inferir una conclusión clara: lo que es insostenible es el mantenimiento a futuro de un determinado régimen jurídico de privilegio dual que establezca diferencias no justificadas en el devengo del plus de antigüedad en función de la fecha de ingreso en la empresa, no habiéndose admitido que estemos siquiera ante una condición más beneficiosa reconocida a determinados trabajadores (los ingresados antes de determinado día), porque no se trata del reconocimiento de un derecho ya consolidado, sino del reconocimiento a un trato más favorable en el futuro⁸¹. Pero incluso admitiéndose que se consolide el derecho al devengo de un plus fijado en función de una variable –la antigüedad– que ha desaparecido de la estructura retributiva convencional por no considerarse ya idónea, habremos de convenir que el respeto al principio de igualdad fuerza a una equiparación al menos paulatina entre ambos sistemas, máxime cuando la diferencia en el trato sea de tal magnitud que supondría la no superación de los filtros de razonabilidad y proporcionalidad exigidos por los Tribunales para declarar la licitud de la diferencia⁸².

C) Cláusulas flexibilizadoras de la exigencia jurisprudencial de homogeneidad

El convenio colectivo puede establecer las partidas entre las que operará la absorción, por ejemplo, entre incentivos y participación en beneficios⁸³, entre comisiones y retribución por objetivos⁸⁴, siempre que concurra en ellas el requisito de homogeneidad⁸⁵. Mayor complejidad plantea que la negociación colectiva pueda eximir del cumplimiento de la nota de homogeneidad. Con todo, esta posibilidad, admitida de forma minoritaria en suplicación⁸⁶ y también en algún pronunciamiento aislado del TS⁸⁷, se está incorporando de manera creciente en la negociación colectiva, estableciendo cláusulas del siguiente tenor: “las condiciones económicas y sociales serán consideradas o comparadas global, conjunta y anualmente y no por conceptos aislados, por lo que absorberán o compensarán cualquier condición económica particular que pueda estar establecida, o en el futuro se establezca, por disposición legal, reglamentaria o paccionada, en términos que puedan considerarse aisladamente más beneficiosos en relación con la regulación establecida en el presente convenio”⁸⁸, o “las condiciones económicas y de toda índole establecidas en este convenio, sustituyen, absor-

(81) STS de 20 de febrero de 2008 (recurso 4560/2006).

(82) Vid. las posibles soluciones planteadas por MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios”, *op. cit.*, págs. 80 y ss.

(83) CC Personal laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004).

(84) CC Auna Telecomunicaciones (BOE de 12 de abril de 2004).

(85) CC Auna Telecomunicaciones (BOE de 12 de abril de 2004); CC Allianz Seguros (BOE de 31 de enero de 2007).

(86) STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 1992 (recurso 50/1992); STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de abril de 2003 (recurso 3451/2001); STSJ de Canarias de 31 de octubre de 2005 (recurso 386/2003); STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2005 (recurso 1469/2005); STSJ de Madrid de 12 de julio de 2005 (recurso 2211/2005); STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de noviembre de 2008 (recurso 268/2007).

(87) STS de 15 de noviembre de 2005 (recurso 182/2004).

(88) CC Aceralia (BOE de 19 de septiembre de 2004). En el mismo sentido, el CC FFC Valencia (BOP de Valencia de 31 de enero de 2007) prevé que “Las retribuciones pactadas en el convenio compensarán y absorberán todas las existentes en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea su naturaleza y origen de las mismas” o en CC Mahou (BOE de 1 de noviembre de 2005) donde se amplía esta posibilidad a cualquier condición de trabajo.

ben y compensan en su totalidad a las que vengan percibiendo por cualquier naturaleza e, incluso, por aquellas otras de origen legal, reglamentario, etc.”⁸⁹, e incluso aquellas que permiten la neutralización en términos amplísimos: “las condiciones establecidas en el presente convenio, consideradas en su conjunto, podrán ser compensadas con las ya existentes en el momento de entrada en vigor, cualquiera que sea el origen o la causa de las mismas. Asimismo, podrán ser absorbidas por otras condiciones superiores fijadas por disposición legal, contrato individual, concesiones voluntarias, etc.”⁹⁰.

Como hemos analizado, un requisito jurisprudencial para proceder a la absorción y compensación es que los conceptos a neutralizar tengan una naturaleza homogénea pero con cláusulas como las expuestas se exceptiona esta regla general permitiendo que abarque también a conceptos heterogéneos. La legalidad de esta regulación convencional ha planteado una controversia, doctrinal y judicial, que trataremos de sintetizar esbozando las líneas principales de ambas posturas. Quienes han defendido la admisión de estas cláusulas basan su tesis en los siguientes argumentos:

– La relación de trabajo se disciplina, con carácter preferente, por los pactos colectivos y en tanto que las partes establezcan las reglas para que opere la absorción y compensación, habrá que atender la fórmula pactada. Por tanto, si el convenio colectivo prevé un criterio aun más amplio que incluya conceptos de diversa naturaleza, a éste habrá que estar en tanto que: a) el primer criterio hermenéutico debe ser atender a la finalidad buscada por las partes, el verdadero sentido de lo querido, sin sujeción estricta a los términos que se utilicen; b) cláusulas como las descritas deben admitirse, no sólo por la interpretación clara de los términos usados “de cualquier índole, naturaleza”, sino por cuanto, de seguir una posición contraria, se estaría dejando sin efecto lo pactado, y su inclusión en el convenio colectivo estaría de más ante la aplicabilidad directa del artículo 26.5 ET⁹¹.

– Es posible que la mejora que se disfruta sobre la norma o convenio de aplicación se hubiera otorgado disponiendo, expresa o tácitamente, su no absorción, de forma que subsista sin reducción alguna cualquiera que sea el incremento retributivo establecido en la norma o pacto de aplicación. Pero esta regla de no absorbilidad podrá ser modificada en el propio convenio, siempre que la compensación se refiera a los conceptos retributivos que éste establece (ya que quien crea una obligación puede fijar el modo en que se entiende satisfecha)⁹². Esta posibilidad que ya ha sido acogida por los Tribunales, tanto cuando dicha

(89) Cláusula convencional que fundamentó el pronunciamiento contenido en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de abril de 2003 (recurso 3451/2001).

(90) CC Hostelería de Málaga (BOP de Málaga de 28 de julio de 2006).

(91) En este sentido se ha dicho que “repugna a la lógica que los contratantes hubieran querido incluir en la negociación una disposición sin contenido o efectividad alguna”. STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 1992 (recurso 50/1992) y más recientemente la STSJ de Madrid de 12 de julio de 2005 (recurso 2211/2005), se admitió la absorción fundamentando dicha actuación en la siguiente cláusula convencional: “todas las condiciones económicas que se establecen en el presente convenio, sean o no de naturaleza salarial son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieron anteriormente satisfaciendo las empresas”. Entre la doctrina, THIBAUT ARANDA, J., *op. cit.*, págs. 72-75.

(92) STSJ del País Vasco de 18 de julio de 2006 (recurso 617/2006); STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006 (recurso 2970/2005).

La autonomía colectiva en la absorción y compensación de salarios

disposición estaba recogida en convenios de ámbito empresarial⁹³ como en sectoriales⁹⁴, se acoge pues “del tenor literal se deduce que es voluntad de las partes negociadoras admitir la compensación entre los niveles retributivos fijados en el convenio colectivo y en el contrato de trabajo, independientemente de la causa y naturaleza de los conceptos que lo integran”.

Frente a esta argumentación, otro sector doctrinal⁹⁵ ha defendido la ilegalidad de estas cláusulas en base a que los conceptos reconocidos individualmente tienen una concausa específica de atribución por lo que no es posible su neutralización con cualquier incremento convencional, sino exclusivamente con los homogéneos a aquél. Las razones que fundamentan esta tesis son:

– Aunque los convenios colectivos puedan establecer límites (temporales, subjetivos, objetivos), lo que no cabe es que en sede colectiva se elimine la exigencia jurisprudencial de homogeneidad entre los conceptos sometidos a comparación. Por ello, la expresión incorporada en el convenio colectivo “cualquiera que sea el origen o causa de las mismas”, no se refiere a que pueda procederse a neutralizar conceptos heterogéneos⁹⁶, sino que permite la compensación de cualesquiera mejoras logradas por el personal, bien a través de otros convenios o laudos, bien por decisión unilateral de la empresa pero, en cualquier caso, siempre con unos límites: la absorción y compensación, si procede, se producirá siempre y cuando se trate de conceptos homogéneos.

– Siendo cierto que el legislador dota a la autonomía colectiva de un amplio margen de discrecionalidad para el diseño de retribuciones (artículo 26.3 ET), el convenio debe respetar el esquema de fuentes y en particular el espacio reconocido a la autonomía individual, de modo que los pactos individuales y las concesiones unilaterales individuales consolidadas como condiciones más beneficiosas, vinculan en sus términos⁹⁷. Por ello, habrá partidas extraconvencionales que por la causa retributiva singular que las preside son intocables mediante conve-

**EL INCUMPLIMIENTO
DE LA NOTA
DE HOMOGENEIDAD
HA SIDO ADMITIDO POR
EL TS DE FORMA RESIDUAL**

(93) STS de 26 de abril de 1996 (Recurso 567/1995); STS de 25 de mayo de 2005 (recurso 89/2004).

(94) STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de noviembre de 2007 (recurso 268/2007); STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2005 (recurso 1469/2005); STS de 27 de diciembre de 2007 (recurso 26/2007).

(95) LLOMPART BENNASSAR, M., *op. cit.*, pág. 2327; MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., *Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios colectivos*, *op. cit.*, págs. 78-80.

(96) STSJ de Canarias de 21 de febrero de 2005, (recurso 375/2000).

(97) MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios colectivos”, *op. cit.*, págs. 78-80.

nio colectivo salvo que éste introduzca conceptos homogéneos verdaderamente en cuanto a presupuestos de devengo y, en definitiva, en cuanto a causa de atribución, en cuyo caso sí que cabrá su compensación. Esta última tesis es plenamente coherente con el régimen salarial previsto en el ET –y con la causalidad que debe inspirar cada partida salarial (ex artículo 26 ET)–.

Sin embargo, la admisión de cláusulas convencionales que eliminan el requisito de homogeneidad por los Tribunales está produciendo, cuando menos, un efecto paradójico: un empresario puede neutralizar más fácilmente partidas salariales heterogéneas si ha llegado a un acuerdo con los representantes, incluso sectoriales, que si decide hacer uso de esta facultad de forma unilateral. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si se acepta la legalidad de cláusulas favorables a la compensación entre elementos heterogéneos se está posibilitando la modificación de una determinada estructura salarial, bien la genérica de un orden normativo o convencional de referencia por el régimen contractual más beneficioso en su conjunto, bien la de un concreto régimen contractual por la de un orden normativo posterior a él más beneficioso. Por ello, se ha afirmado que son dos las “finalidades no confesadas” de cláusulas como las descritas: de una parte, la legitimación de un cambio en la estructura salarial vigente en relación a la norma general y, de otra, el cambio de la estructura del régimen contractual sustituyéndola por la de la norma, en las que subyace una función individualizadora del régimen salarial⁹⁸.

Finalmente, compartimos que la posible relajación de la clásica exigencia jurisprudencial de homogeneidad responde, de una parte, a que el artículo 26.5 ET no contiene esta exigencia de modo explícito y, de otra, a la voluntad de facilitar la puesta en práctica de ajustes salariales cuando haya una situación crítica para la empresa, o cuando no habiéndola se pretende reestructurar o modernizar las estructuras retributivas, y, en esta óptica, sí que parece plausible esta opción⁹⁹.

D) Cláusulas de compensación global de conceptos salariales y extrasalariales

Finalmente, es una práctica muy habitual que los convenios prevean que la absorción pueda operar también con emolumentos de carácter no salarial¹⁰⁰. Una cláusula tipo es: “todas las condiciones económicas que se establezcan en el presente convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, convenio colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de

(98) Siguiendo en este punto la tesis expuesta por MERCADER UGUINA, J., *El contenido*, op. cit., pág. 179.

(99) MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios”, op. cit., pág. 82.

(100) CC Digitex Informática (BOE de 10 de noviembre de 2004); en el mismo sentido CC Pequeña y Mediana Industria del Metal de Cádiz (BOP de Cádiz de 27 de febrero de 2008); CC Empresas Siderometalúrgicas Asturias (BOP de Asturias de 30 de julio de 2003).

La autonomía colectiva en la absorción y compensación de salarios

las empresas o por cualesquiera otras causas”¹⁰¹, o pactando una cláusula especialmente amplia que permite la absorción y compensación entre todos los “conceptos retributivos o que sean susceptibles de cuantificación económica”¹⁰² e, incluso, que “todas las condiciones económicas que se establecen en el presente convenio colectivo, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que viniera anteriormente satisfaciendo la empresa, así como con los aumentos que en el futuro pudieran concertarse como mejoras que superen las condiciones del convenio colectivo”¹⁰³.

Como se ha referido, el TS ha calificado como no compensables las partidas salariales con las extrasalariales, prohibición fundamentada en el papel resarcitorio, indemnizatorio o asistencial de estas percepciones. Como el principio de absorción y compensación previsto en el artículo 26.5 ET juega única y exclusivamente respecto de las partidas de naturaleza salarial que percibe el trabajador con carácter anual y que, además, obedezcan a la misma causa atributiva, han de quedar fuera del ámbito objetivo de este principio las partidas de naturaleza extrasalarial, incluso cuando el convenio ha previsto una regla de signo contrario¹⁰⁴.

VI. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

La absorción y compensación también podrá ser objeto de disposición por la autonomía individual, de suerte que en el contrato de trabajo se podrá pactar el carácter no absorbible ni compensable de determinadas partidas salariales. Esta cláusula constituye asimismo una condición contractual más beneficiosa de necesario respeto para una norma posterior¹⁰⁵. Lo que no puede hacer un contrato de trabajo es establecer una regla (de signo opuesto) que determine que conceptos salariales no homogéneos, como lo son los que retribuyen al trabajador por unidad de tiempo (salario base, antigüedad y pagas extraordinarias), puedan ser objeto de compensación y absorción con aquellos otros que retribuyen el mayor esfuerzo o habilidad del trabajador (comisión por ventas)¹⁰⁶, pues la homogeneidad o heterogeneidad de los conceptos salariales se ha de establecer en atención a su propia naturaleza y en función de lo que efectivamente retribuyen, al margen de lo que las partes puedan establecer en el contrato de trabajo, al ser materia esta que queda fuera del principio de autonomía de la voluntad.

(101) Convenio de Empresas de Ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE de 22 de agosto de 2003).

(102) CC Limpieza de Edificios y Locales Sevilla (BOP de Sevilla de 4 de octubre de 2006).

(103) CC Digitex Informática (BOE de 10 de noviembre de 2004); en el mismo sentido CC Pequeña y Mediana Industria del Metal de Cádiz (BOP de Cádiz de 27 de febrero de 2008).

(104) STSJ de Extremadura de 12 de diciembre de 2005 (recurso 598/2005).

(105) BEJARANO HERNANDEZ, A., *Principio...*, op. cit., pág. 131; GONZÁLEZ POSADA, E., op. cit., pág. 2.321; THIBAUT ARANDA, J., op. cit., pág. 86.

(106) STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006 (recurso 385/2005).

Por otra parte, si un trabajador tuviese reconocidos, individualmente y en base a una causa específica, complementos o beneficios que en su conjunto y cómputo anual fuesen superiores a los establecidos en el convenio colectivo, serán respetados como condición más beneficiosa de carácter personal con los límites que derivan del propio acto que las creó. Esta condición será incorporada al nexo contractual y supone su intangibilidad por parte de la negociación colectiva aunque dichas condiciones no sean inmunes a la absorción y compensación siempre que se dé en ellas la nota de homogeneidad. El origen contractual de estos complementos determina que su relación con el convenio colectivo deba situarse en la posición de las garantías *ad personam* y, por tanto, juegue la regla de compensación y absorción, es decir, se mantendrá el citado complemento en la medida en que el cómputo global de conceptos homogéneos a aquél resulte superior a las condiciones retributivas establecidas en el nuevo convenio¹⁰⁷. Por tanto, si en el contrato de trabajo se estipula una retribución superior a la del convenio colectivo de aplicación, sería conveniente que en éste se incorporase una cláusula que determinase la incidencia de los futuros incrementos derivados de la aplicación del convenio sobre el régimen contractual, pudiendo pactarse la absorción y compensación de las mejoras retributivas provenientes de distinta fuente. Pacto que sería válido, aun cuando no se atuviese a los criterios propios del régimen previsto en el artículo 26.5 ET, siempre que extendiesen sus efectos a la parte retributiva percibida en virtud del propio pacto contractual y en tanto que la fuente generadora del concepto compensado no vetase dicha neutralización. Su razón de ser se advierte fácilmente: puesto que este tipo de cláusulas nace de la propia voluntad común [artículo 3.1.c) ET], ésta puede sujetarles a mecanismos que lo absorban, integrando una voluntad global que determina el exacto alcance de lo pactado (artículo 1285 CC)¹⁰⁸.

VII. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN SALARIAL. ALGUNOS EJEMPLOS

El supuesto de hecho para que opere el artículo 26.5 ET es el siguiente: ante un incremento salarial en el orden normativo o convencional de referencia, el empresario deberá efectuar la comparación entre este nuevo cuadro retributivo y el salario realmente percibido por el trabajador para decidir si tiene derecho al incremento. Si calculadas las retribuciones, tanto en concepto de salario base como de sus complementos, “en su conjunto y en cómputo anual” son superiores a las establecidas en el orden (normativo o convencional) de referencia, la empresa podrá neutralizar dichas mejoras mediante el instrumento de la absorción y compensación. Para ello, además de la referida comparación habrá que atender a tres requisitos: a) que la mejora que pretenda ser absorbida tenga su origen en una fuente reguladora distinta que la de fijación del salario; b) que los conceptos salariales (absorbente y absorbido) sean homogéneos, y c) que a ello no se oponga la norma legal

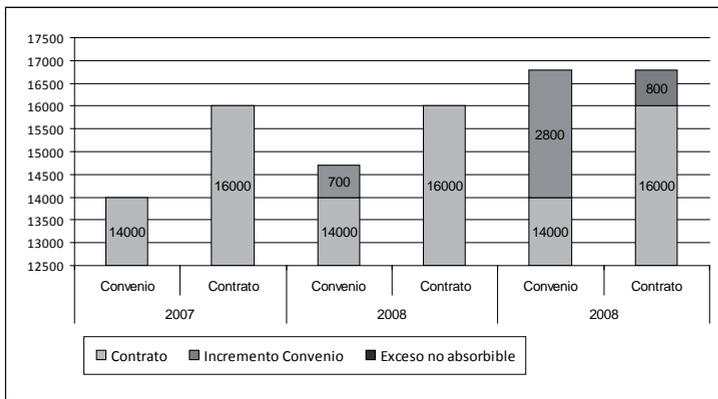
(107) STS de 12 de mayo de 2008 (recurso 111/2007).

(108) STSJ del País Vasco de 18 de julio de 2006 (recurso 617/2006).

La autonomía colectiva en la absorción y compensación de salarios

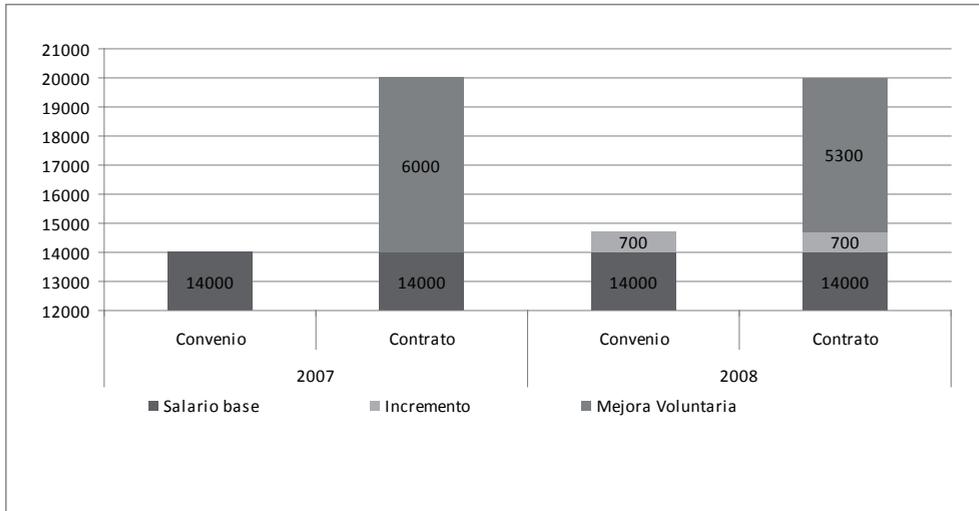
o convencional que resulte de aplicación. Intentaremos explicar el funcionamiento de este instrumento mediante varios supuestos gráficos:

Situación 1: Un trabajador ha pactado un salario base de 16.000 euros/año, ascendiendo el salario base fijado en el convenio colectivo a 14.000 euros/año. Con motivo de la revisión salarial del convenio, las partes signatarias acuerdan un incremento del 5% del salario base, es decir, 700 euros; el empresario podrá utilizar la prerrogativa prevista en el artículo 26.5 ET y absorber este incremento, permaneciendo el salario realmente percibido por el trabajador en 16.000 euros, todavía 1.300 euros más que el salario fijado en el convenio para un trabajador de esa categoría profesional. En cambio, si el incremento convencional hubiese sido del 20%, es decir, de 2.800 euros, el trabajador tendría derecho a un aumento de 800 euros en su retribución final.



**LA ABSORCIÓN Y
COMPENSACIÓN
PUEDE SER OBJETO
DE LA AUTONOMÍA
INDIVIDUAL**

Situación 2: Supongamos que este mismo trabajador ha pactado un salario contractual de 20.000 euros desglosado en dos partidas: 14.000 euros como salario base y 6.000 euros como mejora convenio, siendo 14.000 euros el salario base fijado en el convenio para un trabajador de su misma categoría. Con ocasión de la firma del nuevo convenio se pacta un incremento del 5% del salario base y la empresa se plantea entonces la posibilidad de absorber esta cantidad en base a la mayor retribución pactada contractualmente. En principio, es posible esta neutralización, toda vez que la mejora convenio no tiene ninguna causa de atribución específica por lo que cabe inferir su homogeneidad con el salario base, de modo que la empresa podrá neutralizar este incremento convencional.



Situación 3: En la práctica empresarial la fijación del salario suele presentar mayor complejidad al contemplar diferentes complementos salariales¹⁰⁹. Así, un trabajador ha pactado un salario bruto anual de 16.600 euros desglosado en estas partidas: salario base (14.000 euros); antigüedad (600 euros) y plus de disponibilidad (2.000 euros). El salario bruto fijado en convenio colectivo para un trabajador de la misma categoría e igual antigüedad asciende a 14.600 euros. Con motivo de la firma del nuevo convenio colectivo se pactan las siguientes mejoras retributivas: plus jefatura –nueva creación– (1.500 euros); antigüedad (100 euros) y plus disponibilidad –nueva creación– (1.500 euros).

Como el trabajador percibe un salario superior al fijado en el convenio colectivo de aplicación se deduce la posibilidad de absorber y compensar. Respecto a qué partidas se verán afectadas por esta neutralización, si atendemos a la nota de homogeneidad sólo será posible con los complementos de antigüedad y disponibilidad. No operará, sin embargo, sobre el complemento de jefatura al no existir una partida homogénea a este plus en el salario pactado individualmente por el trabajador. En el supuesto planteado, el trabajador tiene reconocido por contrato de trabajo un plus de disponibilidad cuya cuantía anual asciende a 2.000 euros, el convenio crea para el año 2008 este complemento, con una cuantía de 1.500 euros, para compensar al trabajador cuya actividad requiere alteraciones constantes del horario de trabajo. La empresa podrá absorber el complemento convencional pues el trabajador ya devenga un plus de mayor cuantía por el mismo concepto. En cambio, si el complemento fijado en convenio colectivo fuese de 2.500 euros anuales y el trabajador percibiese por este concepto un plus de 2.000 euros, éste tendría derecho a un incremento

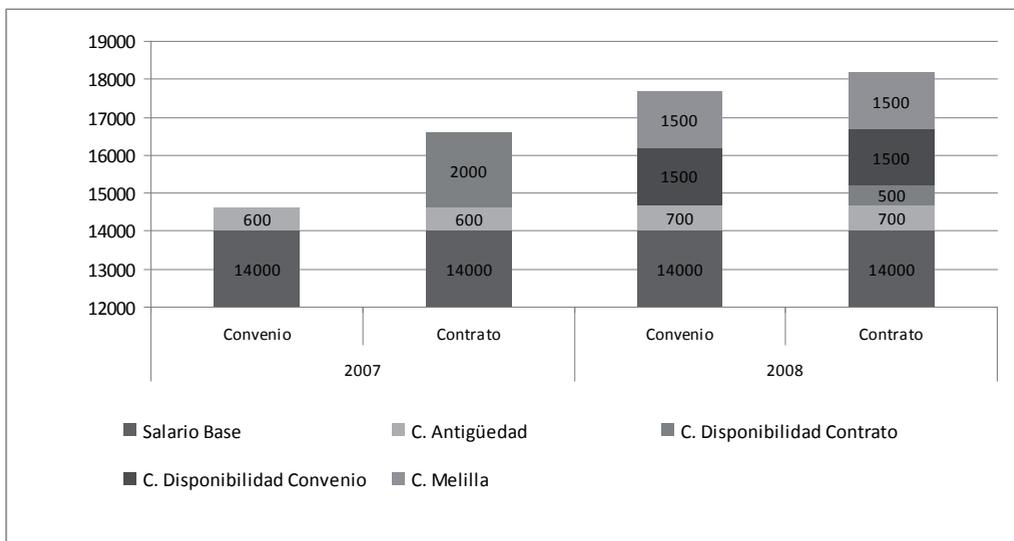
(109) Este ejemplo está inspirado en MERCADER UGUINA, J. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 481-484.

La autonomía colectiva en la absorción y compensación de salarios

de 500 euros, toda vez que se compensa en igual cuantía a la que ya venía percibiendo por este plus en función de lo pactado en el contrato, es decir, se absorben 2.000 euros pero no alcanzaría a los siguientes 500 euros que el trabajador deberá percibir en todo caso.

Respecto al complemento de puesto de trabajo dirigido a compensar la jefatura del servicio, debemos partir del hecho de que en el salario pactado por el trabajador no se estableció ningún plus en este sentido, por lo que cabría plantearse si el trabajador tiene derecho a su devengo. Habida cuenta de que el convenio colectivo no establece ninguna previsión limitadora de esta posibilidad, el trabajador tendrá derecho a este complemento.

¿Cabría la absorción de este plus con el complemento de disponibilidad previsto en contrato de trabajo? Como veíamos en la cuestión anterior, el trabajador percibe todavía 500 euros más en razón al plus de disponibilidad previsto en su contrato de trabajo respecto al complemento de disponibilidad de 1.500 euros anuales previsto en el convenio colectivo (que son absorbidos por la mejora contractual). La cuestión que se plantea es si la empresa podrá absorber este exceso con el complemento de jefatura, de modo que el trabajador sólo percibiría por este concepto 1.000 euros (al absorber la empresa los otros 500 euros con el plus de disponibilidad previsto contractualmente). No es posible esta neutralización ya que en los conceptos objetos de compensación y absorción no se da la nota de homogeneidad exigida por la jurisprudencia para poder admitir esta técnica, de suerte que el complemento de disponibilidad retribuye la posibilidad de alteración en el horario de trabajo y el complemento de jefatura se devenga por la especial dificultad del puesto de trabajo. Por tanto, el trabajador percibirá en el año 2008 un salario bruto anual de 18.200 euros, desagregado en las cuantías previstas en la columna de salario contrato 2008, tal y como se muestra en el siguiente gráfico:



I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario**

Consideración preliminar. 1. Normativa comunitaria. Principio de pro rata temporis.

2. Nulidad del decreto que regula la relación especial de los abogados en despachos de abogados. 3. Convenio Colectivo. A) Determinación del Convenio Colectivo aplicable.

B) Vigencia del Convenio Colectivo. Cláusula *rebus sic stantibus*. C) Legalidad de los convenios. Prohibición de trato discriminatorio en materia salarial. D) Primacía de la Ley sobre el Convenio Colectivo. Inexistencia de vulneración de normas legales de Derecho necesario. Supresión de derechos adquiridos. E) Sometimiento del Convenio Colectivo a normas de Derecho necesario. F) Efectos retroactivos del Convenio. Personal transferido del INSALUD. **4. Contrato de trabajo. Valor liberatorio del finiquito. 5. Prescripción.**

Prestaciones abonadas por mutua. Determinación del dies a quo. 6. Principio de condición más beneficiosa. A) Condición más beneficiosa y principio de igualdad.

B) Concepto y requisitos de la condición más beneficiosa. **7. Absorción y compensación salarial. 8. Doctrina judicial.** A) Motivación suficiente de las sentencias. B) Cambio doctrinal. Despido nulo de trabajadora embarazada.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1087 a 1632). Se inicia la crónica destacando la jurisprudencia sobre el principio de *pro rata temporis* y se recogen dos sentencias sobre la nulidad del Decreto que regula la relación especial de los abogados en despachos de abogados. Esencialmente, las resoluciones comentadas hacen referencia a determinados aspectos de la norma esencial del ordenamiento laboral y, en concreto, a la aplicación, vigencia y legalidad del convenio colectivo, la primacía de la ley sobre la norma convencional y sus efectos retroactivos. Asimismo, se abordan diversas sentencias en las que se recoge el concepto y requisitos del principio de aplicación de condición más beneficiosa y las cláusulas de absorción y compensación. El contrato de trabajo, el valor del finiquito como causa extintiva del mismo, la determinación del plazo de prescripción y determinados aspectos sobre la doctrina judicial completan el panorama de sentencias contenidas en los tomos de referencia.

1. NORMATIVA COMUNITARIA. PRINCIPIO DE PRO RATA TEMPORIS

En recurso de casación para unificación de doctrina, la STS de 22 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1218, resuelve sobre la aplicación e interpretación del principio *pro rata temporis* en relación con el Convenio Hispano-Andorrano de 1978. La sentencia de instancia desestimó la pretensión del INSS, esto es, que se procediera a totalizar y prorratear los períodos cotizados por un trabajador con una carencia en España de 3491 días y de 790 días en Andorra a efectos del reconocimiento de una pensión de Incapacidad permanente. La Sala en suplicación resolvió en el mismo sentido apoyándose en la interpretación de los artículos 3 y 18 del citado Convenio de 1978, según los cuales, entiende la Sala, es irrelevante la carencia acreditada por el beneficiario en Andorra, puesto que ya reunía la cotización suficiente en España para devengar la pensión. La sentencia de contraste señalada por el recurrente (STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003) resuelve en sentido contrapuesto señalando que la Seguridad Social española únicamente debía abonar la parte de la prestación que le correspondiera en razón del principio *pro rata temporis*, aun cuando el trabajador hubiera cotizado en España todo el período necesario para el devengo de la prestación conforme a la legislación española.

El TS resuelve el recurso de casación remitiéndose a las propias reglas contenidas en el propio convenio y no a la doctrina interpretativa de otras normas internacionales como puede ser el caso del Reglamento 1408/1971 o el Convenio hispano-alemán, en los que se parte del principio de la totalización, no como regla general, sino sólo en aquellos casos en los que resulte necesario para reunir el período de cotización requerido por la legislación española, de lo que resulta que, cuando se tiene aquí carencia suficiente, no se precisa el cómputo de las cotizaciones efectuadas en el país extranjero.

Sin embargo, continúa afirmando el Tribunal Supremo, el Convenio hispano-andorrano, norma aplicable al caso que nos ocupa, parte de la tesis contraria, es decir, parte del principio de la totalización de períodos como regla general a fin de que el Organismo competente de cada país determine si el interesado reúne las condiciones requeridas por la legislación respectiva para tener derecho a la prestación y de esta forma obtener lo que el Convenio viene a llamar “pensión teórica”. A partir de ahí, y sin hacer distinción alguna en orden a si el interesado reúne o no, conforme a su legislación nacional, la cotización precisa para lucrar la pensión, cada Organismo debe reducir el importe de la pensión en la proporción existente entre los períodos de la pensión en la proporción existente entre los períodos cubiertos en su país y la totalidad de los acreditados en ambos países para obtener de esta forma la pensión prorrateada.

De todo ello se deduce, como ya adelantamos, que, en todo caso, ha de aplicarse el principio *pro rata temporis* para fijar el importe de la pensión declarando por tanto como correcta la doctrina establecida en la sentencia de contraste.

2. NULIDAD DEL DECRETO QUE REGULA LA RELACIÓN ESPECIAL DE LOS ABOGADOS EN DESPACHOS DE ABOGADOS

Sobre la validez y legalidad del RD 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales y colectivos se pronuncian las SSTS de 16 de diciembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1444 y

I. Fuentes del Derecho

1518. La resolución judicial resuelve diversas pretensiones en orden a la declaración de inconstitucionalidad en algún caso, de ilegalidad, en otro, de diversos preceptos del Real Decreto antes citado. En concreto, se interesa, en primer lugar, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre su Disposición Adicional Segunda que rechaza la Sala. Como segunda petición, también desestimada por el Tribunal Supremo, se solicita la nulidad total del Real Decreto. En tercer lugar, se desestima asimismo la declaración de nulidad del artículo 23.2 y 3 de la citada norma reglamentaria.

Única y exclusivamente la sentencia procede a estimar la pretensión deducida en orden a interesar la declaración de nulidad del párrafo tercero, número 1, del artículo 14. Interesa a la parte actora tal declaración por estimar que la regulación contenida en la norma reglamentaria vulnera el artículo 40.2 de la Constitución Española, así como el contenido de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en cuanto define el tiempo de trabajo. Tal definición consiste en entender, primero, todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. En segundo lugar, período de descanso es todo período que no sea tiempo de trabajo. Y en base a ello además interesa que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La Sala procede a acoger tal alegación y declarar la nulidad del párrafo tercero del número 1 del artículo 14 del Real Decreto 1331/2006, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que el recurrente también interesa. Pues si bien es cierto, señala la fundamentación jurídica de la sentencia, que el artículo 14.1 en sus párrafos primero y segundo está en plena conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, que codifica la anterior Directiva 93/104/CE, en cuanto la Directiva Comunitaria define como tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones” y el párrafo segundo del artículo 14.1 dispone “Se considerará tiempo de trabajo el tiempo que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes”.

Sin embargo, la previsión de la norma en su párrafo tercero cuando dispone “que no se computará a efectos de duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de la compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de la profesión”, ya no sólo no aparece conforme con los términos de la Directiva Comunitaria citada, sino que introduce una confusión y hasta una alteración de lo dispuesto en el anterior párrafo segundo, que en parte lo deja sin efecto o cuando menos hace difícil el determinar la compatibilidad entre uno y otro párrafo, segundo y tercero. Y no obsta en nada a lo anterior el que la determinación de esos tiempos de espera o desplazamientos se difiera, como dice el Real Decreto al convenio colectivo, pues al margen de que en ningún caso el tiempo de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Española se pueda dejar de computar a los efectos de determinar la jornada máxima de trabajo, no hay que olvidar que las normas en materia de jornada de trabajo lo que han de hacer es clarificar y dar las pautas exigidas y no introducir confusiones o dudas y esperar que éstas sean resueltas por los convenios colectivos y siendo así que se advierte dificultad en compatibilizar lo dispuesto en el párrafo segundo con el párrafo tercero y dudas entre lo que se quiere expresar en el citado párrafo tercero en relación con lo

dispuesto en el párrafo segundo y estando este párrafo segundo en plena conformidad con las exigencias de la Directiva Comunitaria, es procedente por ello declarar la nulidad del párrafo tercero, que además es el único que del artículo 14 se impugna.

3. CONVENIO COLECTIVO

A) Determinación del Convenio Colectivo aplicable

En recurso de suplicación, la STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 1501, resuelve sobre si el Convenio Colectivo a aplicar al personal adscrito al centro de trabajo de Guipúzcoa de la empresa nacional de Asistencia Médico Laboral debe ser el Convenio Colectivo nacional de empresas consultoras, como venía aplicando la empresa, o por el contrario el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Guipúzcoa de ámbito provincial.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Sindicato ELA/STV, declarando el derecho de los trabajadores del centro de Guipúzcoa a que la empresa demandada les aplique el Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos en lugar del Convenio estatal, excepto en lo relativo a determinadas materias que continuarán rigiéndose por el convenio estatal. Argumenta la sentencia que ante la falta de encaje claro de la actividad realizada por la empresa demandada en el ámbito de los convenios en conflicto, debe prevalecer el de ámbito inferior puesto que el de ámbito superior es anterior en el tiempo. Contra dicho pronunciamiento recurren ambas partes en suplicación. La empresa demandada solicita la revocación de la sentencia de instancia y la parte demandante la rescisión parcial de la sentencia, de forma que se declare que el convenio provincial es aplicable en su integridad, habida cuenta que desde el 31 de diciembre de 2006, el convenio estatal se encuentra en situación de ultraactividad.

Reconoce el órgano a quo, partiendo de la premisa de que el personal integrado en la plantilla del centro de trabajo de Guipúzcoa debía regirse por uno de esos dos convenios, que la decisión acerca de la aplicación de uno u otro convenio debe venir de la mano de la regla contenida en el artículo 84 ET. De acuerdo con lo señalado en doctrina de la propia Sala, debe prevalecer el convenio de ámbito inferior, en base a lo establecido en el artículo 84.2 ET, que autoriza a los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación, a negociar en un ámbito determinado que sea superior al de la empresa, acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior.

En definitiva, el Tribunal Superior desestima el recurso de la parte demandada, pero no así las pretensiones de la parte demandante entendiéndolo que debe estimarse su recurso en lo que se refiere a la situación de ultraactividad del Convenio estatal, estableciendo que la regla general de intangibilidad del Convenio Colectivo durante su vigencia limita su eficacia al ámbito temporal pactado para éste, vencido el cual tal inmunidad desaparece, no operando en la fase de ultraactividad las cláusulas normativas a que se refiere el artículo 86.2 de la misma norma. Una solución distinta, añade el pronunciamiento, sería contraria a un sistema de libre negociación amparado por los artículos 37.1 CE y 83.1 ET y supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva.

B) Vigencia del Convenio Colectivo. Cláusula *rebus sic stantibus*

En recurso de casación ordinario, la STS de 14 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1395, resuelve sobre la pretensión formulada por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA) contra la empresa Iberia Líneas Aéreas de España, en orden a que se declare ilegal, por contraria a Derecho, la Decisión Colectiva Empresarial de diciembre de 2006, por la que se expulsa del ordenamiento aplicable al referido sindicato y en el ámbito funcional de la empresa demandada un Acuerdo Colectivo del año 1996.

El recurso casacional se plantea por la empresa demandada frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que había estimado la demanda sindical, articulando diversos motivos, todos ellos desestimados por la Sala que, tras diversos razonamientos, confirma la sentencia recurrida.

En cuanto a la cuestión de fondo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1256, 1281 y 1289 del Código Civil, insistiendo, para sostener la validez de su decisión de dar por finalizado el tantas veces repetido “Acuerdo” de 15 de abril de 1996, en la modificación de las circunstancias operadas entre la fecha en que fue suscrito y el año 2006, fundamentando especialmente la modificación en la privatización de Iberia, y aduciendo, que el mismo fue firmado en un contexto social y económico que ha cambiado sustancialmente, que ahora no hay razón lógica alguna para el mantenimiento de un Pacto tan atípico y que implica la asunción de unos costes, en beneficio del Presidente, los miembros de la Junta Rectora y Vocálías del SEPLA, que carecen totalmente de justificación.

Con respecto a estas alegaciones, señala la sentencia, resulta sin duda de aplicación la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2007, cuando razona que

“Es cierto que una de las cuestiones que ha venido preocupando a la doctrina, sobre todo en relación con contratos de larga duración, es el cambio de las circunstancias económicas. Las partes pueden haber incorporado en sus cláusulas previsiones respecto a eventos futuros, pero puede ocurrir que nada hayan previsto. Para que pueda acordarse la ineficacia del contrato por una causa de este tipo, la jurisprudencia ha exigido a partir de la Sentencia de 5 de marzo de 1913 los siguientes requisitos: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que derrumban el contrato; c) que todo ello suceda por la sobrevenida aparición de circunstancias realmente imprevisibles, y d) que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio, tal como señala reiterada jurisprudencia.”

Sigue aduciendo la sentencia del Tribunal Supremo referenciada que más estricta es todavía su propia jurisprudencia al abordar la problemática referida a la modificación sobrevenida de las circunstancias en el Derecho del Trabajo, y en la Sentencia de 26 de abril de 2007 tuvo ya ocasión de afirmar que

“Si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula *–rebus sic stantibus–* tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo (artículos 39 a 41 ET), cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho (artículo 3.1 ET), al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después

de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (STS de 10 de junio de 2003 –recurso 76/2002–). Hasta el punto de que la teoría (*rebus sic stantibus*) únicamente cabría aplicarla –restrictivamente– cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex artículo 37 CE (“cuerpo de contrato y alma de Ley” se ha dicho); e incluso –tratándose de condición individual de trabajo– la citada cláusula *rebus sic stantibus* habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el artículo 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (así, la STS de 19 de marzo de 2001 –recurso para la unificación de doctrina 1573/2000–).”

En definitiva, concluye la Sala que, en el presente caso, la recurrente no ha probado que concurran las circunstancias señaladas por la referida doctrina civilista para que pudiera estimarse la actual invalidez del Acuerdo, por lo que, como ya señalamos, procede a desestimar el recurso y confirmar la sentencia estimatoria dictada en su día por la Audiencia Nacional.

C) Legalidad de los convenios. Prohibición de trato discriminatorio en materia salarial

En recurso de casación para unificación de doctrina, la STS de 25 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1090, resuelve sobre la determinación del sistema salarial conforme al cual la demandante debe devengar el complemento de antigüedad, habida cuenta de que en los convenios colectivos aplicables para los años 2000 a 2006 se regulan dos sistemas diferentes. La sentencia recurrida, al estimar el recurso de suplicación de la empresa demandada, tras un exhaustivo análisis de la doctrina constitucional y ordinaria en relación con la posible existencia de una doble escala salarial, entiende que no se produce una diferencia de trato injustificada, por existir causa para la distinción establecida en función de que los trabajadores viniesen o no percibiendo el complemento de antigüedad en una fecha determinada. Interpuesto recurso de casación, la Sala recuerda doctrina anterior establecida en supuestos idénticos y, transcribiendo los razonamientos de la Sentencia de 6 de noviembre de 2007, señala:

“El artículo 14 de la Constitución no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización en la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores no puede considerarse como vulnerador del principio de igualdad. El convenio colectivo, aunque ciertamente ha de respetar las exigencias indeclinables del derecho de igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues el ámbito de las relaciones privadas en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamen-

I. Fuentes del Derecho

te, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad. Pero también es cierto que el convenio colectivo, como fuente reguladora de la relación laboral, según el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, tiene que someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la ley de los reglamentos, respetando en todo caso los principios y los derechos constitucionales y, en concreto, le está vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas.

Aunque el convenio colectivo está facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, cuando se trata de la retribución del trabajo no caben las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación.

La Sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2000 ya había declarado que establecer una diferencia de retribución por razón tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación, rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad, y en el mismo sentido se había pronunciado la Sentencia de 22 de enero de 1996.”

Por todo lo anterior, la Sala, al entender que es discriminatorio establecer dos regulaciones diferentes del referido complemento retributivo, estima el recurso de la actora, casando y anulando la sentencia dictada en suplicación.

D) Primacía de la Ley sobre el Convenio Colectivo. Inexistencia de vulneración de normas legales de Derecho necesario. Supresión de derechos adquiridos

En la STS de 30 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1106, dictada en recurso de casación ordinario, se resuelve sobre la demanda planteada por el Sindicato Libre de Correos y Telecomunicaciones (SL), en materia de Impugnación de Convenio Colectivo, frente a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA y los Sindicatos Comisiones Obreras (CCOO) y Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI/CSIF). Se postulaba como pretensión la declaración de nulidad del artículo 3 y Disposición Adicional Primera del II Convenio de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA.

La sentencia de instancia desestimó en su integridad la demanda y frente a la referida sentencia se formaliza recurso de casación, denunciando infracción de las normas y jurisprudencia aplicables. Alega en el recurso la parte recurrente que en los preceptos convencionales impugnados los derechos de los trabajadores se han visto perjudicados y que, en virtud de la nueva reclasificación profesional, se produce una novación extintiva contraria a lo preceptuado por los artículos 1205 y 1204 del Código Civil en tanto no se ha otorgado y consentido con expresión de la voluntad individual de cada uno de los trabajadores esta nueva reclasificación profesional, que entiende, no puede ser suplida por la voluntad otorgada por los representantes de los trabajadores al contrariar las normas básicas de la autonomía de la voluntad.

Indica la sentencia que, tal como señala el Ministerio Fiscal en su elaborado informe, la resolución de esta Sala de 3 de mayo de 2001, resolviendo supuesto de impugnación del Convenio Único para el personal de la Administración General del Estado, destaca que la forma general, propia y casi única de modificar las normas de un convenio colectivo es mediante la negociación de uno nuevo a través de los cauces que marcan los artículos 87 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores; pero la ilegalidad de un convenio, como se desprende del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, sólo se produce cuando tal convenio viola normas legales de derecho necesario. No existe ilegalidad si las disposiciones del convenio se oponen a las de otro convenio diferente, ni tampoco cuando la contradicción se da entre distintos artículos o cláusulas de un mismo convenio.

Por lo demás, añade la sentencia que el Convenio Colectivo es “la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales”, constituyendo una verdadera fuente del derecho con plena fuerza vinculante y aunque el Convenio Colectivo está sometido a las normas legales de derecho necesario, resulta evidente que la referida interpretación que defienden los actores recurrentes reduce de forma desmedida, e incluso puede llegar a hacer desaparecer, el propio sentido y alcance de los Convenios Colectivos dentro del marco de la Sociedad estatal comentada. La citada interpretación petrifica y hace inmodificables las relaciones laborales, lo cual es totalmente contrario a los principios y normas dichas.

En fin, la Sala establece que no puede olvidarse que tanto el artículo 37.1 de la Constitución como los artículos 82, 85 y 86 de ET otorgan al Convenio Colectivo un amplio espacio de regulación, pudiendo éste disponer de la forma que estime conveniente sobre “derechos reconocidos” en un convenio anterior (artículo 82.4) o en situaciones o pactos anteriores, y derogando incluso automáticamente los convenios anteriores “salvo los aspectos que expresamente se mantengan” (artículo 86.4). Por ello, no puede admitirse la interpretación del artículo 58.16 de la Ley 14/2000 que efectúan los demandantes recurrentes, pues quebranta totalmente los mandatos de estos preceptos. Lo que realmente dispone el comentado artículo 58.16 de la Ley 14/2000 es que el cambio de empleador que este artículo 58 impone no produce a los trabajadores, en el momento que tal cambio acontece y por causa del mismo, ninguna merma ni pérdida de sus derechos, pues conservan en la nueva compañía todos los que tenían en la anterior entidad pública; pero este precepto no prohíbe ni puede prohibir (pues violaría flagrantemente las disposiciones constitucionales y legales mencionadas en los apartados y puntos precedentes) que la negociación colectiva que en el futuro se lleve a cabo en esa empresa pueda tratar sobre esos derechos, regulándolos del modo y forma que tal negociación considere pertinente, pudiendo ésta reducirlos o incluso suprimirlos, pues así lo permiten las disposiciones que regulan la negociación colectiva.

En definitiva, concluye la sentencia, que no se dan las infracciones denunciadas y, en consecuencia, desestima el recurso de casación interpuesto.

E) Sometimiento del Convenio Colectivo a normas de Derecho necesario

La STSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2008, I.L. J 1334, resuelve sobre la prevalencia de una norma de derecho necesario respecto de una norma paccionada. La sentencia de instancia desestimó la pretensión de la actora, esto es, que se declarase la conversión del contrato de trabajo a tiempo parcial a jornada laboral de 37,5 horas semanales con derecho a

I. Fuentes del Derecho

percibir el 100% de retribución. En cuanto a los hechos, se recogen como probados que desde el 2 de enero de 2002 la actora presta servicios en la Universidad de Salamanca mediante contrato de duración determinada y a tiempo completo. El 2 de agosto de ese mismo año, se le reconoció a la actora la categoría de Titulada Superior, procediendo a la reducción de jornada, que pasó de ser de tiempo completo a tiempo parcial de 30 horas semanales. El 8 de agosto de 2005 empresa y trabajadora acordaron la conversión del contrato temporal en indefinido con la misma categoría y misma reducción de jornada (30 horas sobre las 37,5 semanales). El Convenio Colectivo aplicable en vigor desde el 9 de enero de 2007 define el contrato a tiempo parcial como “el que se realiza para prestar un servicio durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al 77% de la jornada a tiempo completo establecida en el propio Convenio”. La redacción es similar a la dada por el Convenio vigente en el año 2002. El artículo 36 del Convenio Colectivo vigente señala que el promedio de horas de trabajo semanales en cómputo anual de todo el personal no docente será de 37,5 horas, disfrutando dos sábados libres de cada tres.

Se interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia denunciando la infracción del artículo 4.h) ET en relación con el artículo 22 y la Disposición Final Segunda del Convenio Colectivo vigente desde el año 2002 hasta la actualidad.

Interpuesto recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado, la Sala lo desestima en base a que tanto la reducción de jornada operada en agosto de 2002, y consentida por la recurrente, como la conversión del contrato temporal en indefinido a tiempo parcial acordada por las partes en marzo de 2005, están insertos en la actual redacción del artículo 12 ET en redacción dada por la Ley 12/2001, que somete cualquier reducción de la jornada al régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial, es decir, basta con una reducción de la jornada, en cómputo diario, semanal, mensual o anual, a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

Señala la sentencia, tal como razona el Juzgador de instancia, que cuando la Ley 12/2001 deja sin efecto el tope máximo de reducción del 77% para que el contrato sea calificado a tiempo parcial, y basta para que lo sea con la realización de una jornada inferior, deja obsoleta y hace inaplicable la caracterización que del mismo, posiblemente por la falta de adaptación a los sucesivos cambios normativos habidos, ofrece el artículo 20 el Convenio.

Como recuerda el TS en Sentencia de 8 de junio de 2005 no existe en el ordenamiento español una preferencia a la autonomía colectiva por razón de la función que excluya determinadas intervenciones del legislador en la regulación de condiciones de trabajo, como la de concretar el alcance de la reducción de la jornada para que el contrato sea considerado a tiempo parcial. Y es precisamente el principio de jerarquía entre la Ley y el Convenio Colectivo (primacía de la norma de origen legal sobre la convencional cuando en aquélla se impone una regulación unitaria de carácter general y de derecho necesario) el que justifica en este caso la prevalencia de la norma estatutaria. Y no resulta de aplicación a la presente controversia el precepto del artículo 3.3 ET sobre preferencia de la norma laboral más favorable en caso de conflicto. Es claro que el alcance de esta regla de concurrencia de normas laborales no puede invalidar el principio de mayor jerarquía o primacía de la Ley, cuando ésta establece preceptos de derecho necesario. Además aplicando el canon de la interpretación gramatical, el artículo 3.3 ET limita su campo de acción a disposiciones laborales sobre mínimos de condiciones de trabajo, y la regulación convencional de referencia no establece un mínimo sino un tope máximo, y tampoco cabe considerarla más beneficiosa con carácter general.

En definitiva, la eliminación de ese tope del 77% favorece a los trabajadores afectados por el Convenio, porque el trabajador puede elegir la jornada máxima que quiere realizar sin tope, siempre que sea a tiempo parcial, y cuando se convierte un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa sigue teniendo carácter voluntario para el trabajador.

También sobre el respeto que el Convenio Colectivo debe observar respecto de las normas de Derecho necesario contenidas en artículo 34.1 y 34.3 del Estatuto de los Trabajadores, se pronuncia, en recurso de casación ordinario y procedimiento de conflicto colectivo, la **STS de 22 de diciembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1610. La cuestión que se dilucida versa sobre si se infringen o no los citados preceptos estatutarios al fijar la empresa de forma unilateral la distribución horaria de la jornada laboral continua y partida, y concretar los meses y días de jornada continuada y los de jornada partida, concreción que sólo podía hacerse de acuerdo con la representación de los trabajadores.

La Sala entiende que el recurso no puede prosperar porque la actuación de la demandada se ajusta a lo dispuesto en el Convenio Colectivo. La norma convencional aplicable del asunto litigioso establecía una jornada anual de 1.760 horas y en ella se determina que, para el colectivo afectado, la jornada de trabajo será irregular y que la jornada continuada se observará durante cuatro meses al año, siendo así que los ocho restantes será jornada partida con una interrupción de una hora y quince minutos. La distribución horaria, establece el Convenio, será acordada por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Comunidad de Aragón, cuya resolución es objeto del conflicto colectivo judicializado.

En consecuencia, la sentencia concluye que la resolución cuya nulidad se pide es acorde con lo dispuesto en la norma convencional que regula la jornada laboral del personal laboral empleado en la red viaria dependiente de la demandada, pues el Convenio ha acordado que la jornada será irregular, durante cuatro meses y los viernes continuada y el resto del año partida, razón por la que se ajusta a lo dispuesto en el Convenio y en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores la resolución impugnada, ya que, ésta se ha limitado a hacer uso de la delegación que le hace el Convenio para concretar el horario, pues, es el Convenio quien establece la jornada irregular y regula el número de meses en que la jornada será partida dejando a elección de la empresa su concreción. En definitiva, la sentencia entiende que no puede estimarse que se haya producido una violación de lo dispuesto en el citado artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores, por el hecho de delegar en la empresa la concreción de los meses de jornada continuada y el horario diario en cada supuesto, pues el Convenio podía facultarla al efecto, siempre que no se violasen los mínimos de derecho necesario, esto es, los descansos mínimos semanales y entre jornadas.

Por todo lo anterior, señala la resolución comentada, como la demandada actuó con arreglo a las bases de la delegación que le otorgó el Convenio y respetó los mínimos de derecho necesario, procede desestimar el recurso.

F) Efectos retroactivos del Convenio. Personal transferido del INSALUD

Sobre la determinación del Convenio Colectivo aplicable y sus efectos retroactivos se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 9 de mayo de 2008**, I.L. J 1382.

I. Fuentes del Derecho

La pretensión deducida y resuelta por la comentada sentencia versa sobre la reclamación salarial que formula una trabajadora vinculada al INSALUD a la fecha en que se producen las transferencias en materia de sanidad a la Comunidad Autónoma de Extremadura, suscribiendo posteriormente un contrato laboral por tiempo indefinido con el Servicio Extremeño de Salud el 1 de julio de 2002 y rigiéndose su relación por el Convenio Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado. Pocos meses antes del Decreto de transferencias se vio aprobado el IV Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Extremadura y, posteriormente, el V Convenio para dicho personal, con vigencia a partir del 1 de enero de 2007. Este último Convenio procede a integrar a la recurrente en su ámbito de aplicación, reconociendo las diferencias retributivas desde 1 de enero de 2005. Pretende la demandante que se le abonen las diferencias desde el 1 de enero de 2002, fecha de las transferencias sanitarias.

Según establece la fundamentación jurídica de la sentencia, el último convenio colectivo citado prevé la integración en el mismo del personal al que alude y con los efectos que ha de tener, efectos que no pueden retroceder al período anterior a los económicos que señala, pues lo contrario situaría precisamente la pretensión en la aplicación del convenio colectivo anterior, cuestión que carece de amparo legal.

En definitiva, la sentencia de la Sala confirma la recurrida en suplicación que desestimó íntegramente la pretensión deducida frente al Servicio Extremeño de Salud.

4. CONTRATO DE TRABAJO. VALOR LIBERATORIO DEL FINIQUITO

La cuestión planteada en la STS de 25 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1100, versa sobre si los documentos firmados, cuando ya se le había notificado al actor su cese y extinción del contrato, y finiquito firmado y posterior declaración, determina una falta de acción para demandar a la empresa por despido improcedente. En la sentencia recurrida consta que el actor había comunicado a la empresa que a partir del mes de septiembre no contarán con él para realizar horas extras; ante una nueva carta del actor fue despedido disciplinariamente. El actor, al recibir la comunicación de despido, firmó un documento de finiquito en el que después de hacer constar que causa baja en la empresa en forma no voluntaria declara formalmente recibir una cantidad cuyo percibo saldaba y finiquitaba las cuentas pendientes por toda clase de conceptos, declarando no tener nada más que decir ni reclamar. Igualmente, al día siguiente firmó un nuevo documento en el que declaró que no había procedido a efectuar reclamación alguna contra la extinción de su contrato, sin que tenga motivo alguno para reclamar frente a la patronal.

La sentencia de instancia estimó la excepción de falta de acción sin entrar en el examen de si el contenido de la carta, causa del despido disciplinario, constituyó un incumplimiento contractual grave y culpable que justificara la decisión extintiva adoptada por la empresa, tal como alegaba el trabajador.

La sentencia recurrida confirmó lo decidido en la instancia negando que el actor tuviera acción para demandar por despido disciplinario, dados los términos del finiquito y posterior documento firmado por aquél. Se razona en este pronunciamiento que la manifestación suscrita por el recurrente fue vertida sin error, violencia, intimidación o dolo proveniente del

empresario. Por lo tanto, se expresaba formalmente la conformidad con el despido, dándose un acto de aceptación libre, más tarde ratificado por la declaración que de no iba a efectuar reclamación alguna tras el percibo de la cantidad abonada por la empresa. En definitiva, se otorgaba valor liberatorio al documento cuestionado, aplicando la amplia doctrina jurisprudencial que relacionaba, negando, que existiera una renuncia prohibida por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, dado que el contrato de trabajo quedó resuelto por mutuo acuerdo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.1.a) del ET.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso casacional, invocando como sentencia contraria la de Cataluña de 26 de enero de 2006. La Sala, contrastando las sentencias comparadas y la recurrida, llega a la conclusión de que las situaciones de hecho y los fundamentos jurídicos fueron diferentes en una y otras, de forma que sus decisiones no son contradictorias y procede a acoger la causa de inadmisión de falta de contradicción.

5. PRESCRIPCIÓN. PRESTACIONES ABONADAS POR MUTUA. DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO*

En recurso de casación para unificación de doctrina, la STS de 6 de noviembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1403, tiene ocasión de asentar la doctrina por ella establecida en su día en la sentencia de 31 de enero de 2006 en la que se debatía cuál debía ser el *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo de cinco años que se contiene en el artículo 43.1 LGSS.

El asunto litigioso se inició tras la correspondiente interposición de demanda por la Mutua en la que se reclamaba la declaración de responsabilidad empresarial principal por descubiertos de la empresa y la subsidiaria del INSS para el caso de insolvencia de la anterior. La sentencia de instancia estimó la demanda desestimando, entre otras, la excepción de prescripción, condenando a la empresa al abono de la cantidad reclamada y declarando la responsabilidad subsidiaria del INSS. Desestimado el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, la Sala del Tribunal Superior de Justicia razona, sobre el *dies a quo* para el cómputo de cinco años a efectos de la prescripción, que tal día no puede ser ni el del accidente ni cada una de las fechas de devengo de la prestación, sino el día en que cesa el período prestacional.

Recorre el INSS en casación alegando la infracción del artículo 43 LGSS en relación con el artículo 1969 del Código Civil y la doctrina aplicable, citando jurisprudencia de contraste que considera correcto fijar como fecha inicial para el cómputo de prescripción de cinco años la del día del accidente. Pues bien, la sentencia comentada estima las pretensiones de la parte recurrente por cuanto se acomoda a la doctrina ya establecida anteriormente por la Sala. En dicha doctrina reitera que la prescripción extintiva como institución fundada en principios de seguridad jurídica debe ser objeto de tratamiento cautelar y de aplicación restrictiva, por lo que es de aplicación a la prescripción de la acción ejercitada por la Mutua conforme a lo dispuesto en el artículo 43.1 LGSS. Señala la sentencia la procedencia de la analogía, al no existir normativa legal aplicable a este tipo de acciones. Por ello, el plazo de prescripción de cinco años establecido legalmente, debe computarse, en cuanto a la fijación del día inicial, teniendo en cuenta la fecha del hecho causante de la prestación de que se trate.

6. PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

A) Condición más beneficiosa y principio de igualdad

En procedimiento de impugnación de convenio colectivo, la STS de 3 de noviembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1419, resuelve en recurso de casación ordinaria sobre el principio de condición más beneficiosa en relación con la doctrina constitucional del derecho a la igualdad ante la ley. En primera instancia, la sentencia de la Audiencia Nacional desestimó la demanda impugnatoria de convenio colectivo interpuesta por Comisiones Obreras frente a La Caixa Laietana y, frente a ésta, interpone el citado sindicato recurso de casación ordinario. Para la comprensión del debate, conviene señalar, tal como se establecen en los hechos probados de la sentencia recurrida, que La Caixa Laietana adicionaba a las retribuciones del convenio y por decisión de su Comisión Ejecutiva, a la vista de la marcha de la cuenta de resultados del ejercicio correspondiente, desde el año 1977a 1986, dos pagas más en los meses de octubre y diciembre de carácter voluntario, absorbible y compensable que denominó “gratificaciones especiales”. La concesión de dichas pagas era a todo el personal de la institución. En diciembre de 1986, La Caixa Laietana y su Comité de Empresa, debidamente representados, suscribieron el acuerdo impugnado en el que deciden el prorrateo en las doce mensualidades del año de las dos gratificaciones voluntarias, figurando en nómina como concepto independiente y denominado “prorrateo de las gratificaciones especiales”. Señala además el pacto que las cantidades resultantes no serán absorbibles ni compensables. Desde la fecha de suscripción del pacto hasta el año 2004, el acuerdo fue aplicado pacíficamente, pero en el año 2005 presentaron contra la empresa, al menos dos trabajadores, sendas demandas reclamando una indemnización por haber sido privados de la percepción de las pagas, debido a sus personales circunstancias contractuales. Las dos sentencias condenan a la empresa al abono correspondiente. En un ulterior recurso, la empresa obtiene sentencia favorable, dictada en proceso de conflicto colectivo, en la que se establece que los trabajadores ingresados con posterioridad al 1 de enero 1987 no tienen derecho al percibo de las pagas y que tal circunstancia no afecta al principio de igualdad ni constituye discriminación con otros trabajadores ingresados con anterioridad a dicha fecha.

Se plantean diversos motivos resueltos por los respectivos argumentos de la Sala que, rechazando los mismos, confirman la sentencia desestimatoria dictada por la Audiencia Nacional. De dicha argumentación destacamos, por un lado, el repaso efectuado por la Sala al derecho de igualdad ante la ley y a la doctrina que sobre el mismo establece el Tribunal Constitucional. A tal respecto, señala que el artículo 14 de la Constitución no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja margen para que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización en la empresa, pueda libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales a falta de un principio jurídico del que derive la necesidad de un trato igual a ese nivel. Por tanto, los acuerdos privados o las decisiones unilaterales del empresario, no pueden considerarse como vulneradores del principio de igualdad, salvo que la diferencia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores.

Cosa distinta es el Convenio Colectivo. El Convenio Colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y

en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación. De ahí que haya de someterse a las normas de mayor rango jerárquico, esté obligado a respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad, y le esté vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que éstas sean razonables de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social.

En consecuencia, todo va a depender, señala la sentencia, del valor que ha de atribuirse a la decisión patronal de abonar las retribuciones de referencia. Y la Sala entiende que la decisión del abono de las dos pagas extras constituye una evidente “condición más beneficiosa”, condición más beneficiosa que no obligaba a la empresa a respetar el principio de igualdad. Ello es así porque la concesión de las gratificaciones superaba las retribuciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación, por lo que la empresa no estaba vinculada por ningún principio jurídico ni norma legal de derecho mínimo necesario que le impusiera la necesidad de un trato igual. En definitiva, el acuerdo es plenamente válido, pues se limitó a declarar la existencia de una condición más beneficiosa preexistente que, como se ha señalado anteriormente y recuerda la sentencia, no lesiona el principio de igualdad ante la ley porque no estaba vinculada a él.

B) Concepto y requisitos de la condición más beneficiosa

Sobre la delimitación del concepto de la condición más beneficiosa tiene ocasión de pronunciarse la STSJ de Baleares de 14 de diciembre de 2008, I.L. J 1438. La cuestión debatida se refiere a si el pago de un plus de idioma abonado durante años a la trabajadora, ahora demandante, puede considerarse o no condición más beneficiosa. Según el relato fáctico de la sentencia, la trabajadora venía prestando servicios para la demandada a través de una serie de contratos temporales, pasando a ser considerada trabajadora fija de carácter discontinuo. Por ello, venía percibiendo un plus de idiomas, que venía regulado en el Convenio Colectivo de Iberia. La norma convencional, interpretada por la comisión Mixta, preservaba el derecho a cobrar el plus a aquellos trabajadores que eran fijos antes de 6 de junio de 1991.

Interpuesta demanda de reclamación del plus de idiomas, fue desestimada en la instancia y frente a ésta formuló recurso de suplicación. De entre los motivos alegados, el que aquí nos interesa denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 3.1.c) ET y de la doctrina sobre la condición más beneficiosa. Su desarrollo arguye que si la actora cobró el plus de idiomas desde que entró en la empresa en mayo de 1988 hasta el mes de febrero de 2003, parece obvio que durante estos quince años percibiendo el complemento de los cuales once después de que la Comisión Mixta interpretara el Convenio, son suficientes para entender que debe seguir percibiéndolo en la actualidad, y que el transcurso del tiempo es signo inequívoco de la voluntad empresarial de mantener el derecho, aun en contra de lo que establece el Convenio de Empresa.

La STS de 25 de junio de 2002 reitera los criterios que, según la jurisprudencia, caracterizan las condiciones más beneficiosas y las distinguen de la mera concesión. Dicha sentencia recalca que la condición más beneficiosa debe ser fruto de la voluntad deliberada de establecerla, ya sea de forma unilateral o bilateral. Ahora bien, no es la mera persistencia en el tiempo lo que crea la condición más beneficiosa; tal persistencia debe ser indicativa de la voluntad del

I. Fuentes del Derecho

empresario de reconocer un beneficio que supera lo que las normas legales o convencionales han establecido en la materia.

Pues bien, la empresa demandada niega la existencia de una condición más beneficiosa y sostiene que el pago del plus fue producto de una mera confusión. Entiende, en todo caso, que esa pretendida condición habría decaído por la propia actuación de la trabajadora, quien durante más de tres años aceptó su supresión pacíficamente.

Resuelve la Sala en el sentido de que el simple disfrute durante un período de tiempo prolongado por parte del trabajador de un derecho que no le otorgan las normas legales ni convencionales no consolida ese derecho a título de condición más beneficiosa. La adquisición de ese derecho y, por ende, su exigibilidad tiene que descansar en la voluntad empresarial de conceder el beneficio no apreciándose tal voluntariedad en el caso de autos. Debe apuntarse, en este sentido, que le pago del complemento se ajustaba en su inicio a las previsiones convencionales en vigor en el momento en que la trabajadora comenzó a prestar servicios para la demandada. Se trataba entonces de un pago jurídicamente debido, que no suponía mejora alguna ni trato más favorable en relación al régimen salarial que establecía la normativa pactada. Esta normativa se modificó en el año 1991 en términos que implicaban la supresión del complemento para los trabajadores que se hallaban en la situación de la demandante. A pesar de ello, la trabajadora lo siguió percibiendo, pero concluir que la prolongación de este abono respondió al propósito empresarial de mantenerle el derecho requería la concurrencia de algún elemento adicional que, junto al puro hecho del pago, revelara la voluntad de la empresa de constituir un beneficio a favor suyo.

Pues bien, ese elemento no existe. No consta dato ni razón alguna que pudieran explicar la hipotética decisión de proporcionar a la demandante un trato más favorable que el resto de compañeros. Parece por tanto que el complemento siguió efectuándose, bien por error en la interpretación o en aplicación del Convenio, bien por inercia en la confección de las nóminas habida cuenta la dimensión de la plantilla.

En definitiva cabe apuntar que la carga de la prueba de probar en juicio la existencia de una condición más beneficiosa recae sobre quien la invoca, no desprendiéndose en el caso de autos que el cobro del complemento de idiomas por la actora después del mes de junio de 1991 respondiera al cumplimiento de una obligación consciente y voluntariamente contraída por la empresa.

Sobre esta misma materia, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de julio de 2008**, I.L. J 1352, reitera la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en materia de delimitación del concepto de condición más beneficiosa. En el asunto litigioso se interpuso demanda de conflicto colectivo a fin de que se declarara que el tiempo de 15 minutos de bocadillo que los trabajadores venían disfrutando desde el inicio de la actividad sea considerado como de trabajo efectivo. La sentencia de instancia estimó la demanda y contra ésta se interpuso recurso de suplicación argumentando la infracción del artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que delimita el alcance de la condición más beneficiosa.

A este respecto hay que señalar que la dificultad para establecer si una determinada conducta o práctica de empresa constituye o no “condición más beneficiosa” ha sido reiteradamente puesta de relieve por la jurisprudencia. Se viene exigiendo que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama; por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo

contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad del empresario de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario. La condición más beneficiosa así configurada tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior –legal o pactada–.

Así, las situaciones meramente toleradas que no revelen la voluntad empresarial definida no cumplen los requisitos de la condición más beneficiosa, pero no sucede lo mismo en casos de un estado de cosas inalterable desde cierto tiempo, conocido y asumido por la empresa obligada al cumplimiento de la condición, aunque de ello no haya consistencia formal o normalizada. No debe cargarse excesivamente el acento en la prueba de la verdadera intención o voluntad de la empresa en la concesión del beneficio, difícilmente evidenciable en muchos casos, sino que bastará con demostrar la situación creada y su persistencia en el tiempo, para que, a partir de ahí, acredite la empresa la consecuencia de un hecho impeditivo o extintivo de la condición más beneficiosa. Por tanto, se trata de una situación conocida y consentida por la empresa y reiterada sin haberse cuestionado durante más de cuatro años lo cual supone un derecho de los trabajadores. Siendo ello así, es obvio que por la habitualidad, regularidad y persistencia en su disfrute en el tiempo, esta condición se ha incorporado al nexo contractual de forma que no puede ser suprimida, ni reducida unilateralmente por el empresario, sin que las partes hayan alcanzado un acuerdo sobre la cuestión o se haya producido su neutralización en virtud de una norma posterior, legal o pactada, que altere la situación anterior.

Asimismo, y sobre la determinación de lo que deba entenderse por condición de trabajo auténticamente asentada, bien lo sea por haber sido así pactada expresamente a título individual o colectivo, bien porque así se haya consolidado como una condición más beneficiosa adquirida, se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de septiembre de 2008**, I.L. J 1621. Señala esta resolución que la determinación de referencia ha sido asentada por un buen número de resoluciones del TS, pudiendo citar por todas ellas, la Sentencia de 25 de junio de 2002 –recurso de casación para la unificación de doctrina 3462/2001–, en la que se razona como sigue:

“Como pone de relieve la doctrina científica, el llamado principio de respeto a la condición más beneficiosa adquirida por el trabajador es una de las varias manifestaciones de la relación que existe entre autonomía privada y regulación general de las condiciones laborales. El supuesto viene a concretarse en el disfrute por un trabajador, o varios, de determinadas condiciones, las cuales, con posterioridad, son reguladas con carácter general de forma menos favorable. La aplicación del principio, plenamente consolidado nuestro ordenamiento laboral, implica el mantenimiento de aquellas condiciones anteriores, como derecho adquirido por el trabajador e incorporado a su relación de trabajo; condiciones que, se ha dicho, quedan inmunes frente al establecimiento de una normativa general sobrevenida. Numerosas decisiones jurisprudenciales han aclarado aspectos esenciales del principio. Ante todo, se ha subrayado que la condición más beneficiosa debe ser fruto de la voluntad deliberada de establecerla, ya sea de forma bilateral o unilateral. Aunque tal voluntad puede manifestarse tanto de forma expresa como de manera tácita, la misma es exigencia indispensable para el

I. Fuentes del Derecho

reconocimiento de la incorporación de la ventaja o condición más beneficiosa al nexo contractual (SSTS de 14 de mayo de 1993, 30 de junio de 1993, 25 de enero de 1995).”

En el supuesto enjuiciado y partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, la Sala del TSJ entiende que se han producido los requisitos necesarios para estar en presencia de una condición más beneficiosa. El supuesto versaba sobre una trabajadora que con conocimiento y aplicación directa de la empleadora ha venido realizando, al igual que sus compañeros, desde el año 1990 una jornada de trabajo determinada conforme al calendario escolar y que, según la demandada, en este caso un Ayuntamiento, era algo graciable y una mera tolerancia. La sentencia desestima la alegación de la Administración recurrente, pues era el Ayuntamiento quien fijaba cada año la distribución y forma de la jornada de trabajo y así se venían prestando los servicios en el referido Centro, durante 17 años, lo que supone una consolidación de ese derecho.

La sentencia referenciada entiende que las condiciones más beneficiosas, en cuanto tienen su origen en un pacto entre empresario y trabajador o en una ocasión unilateral y voluntaria de éste, se incorporan, por la regulación de su disfrute y la persistencia de éste en el tiempo, al nexo contractual de forma que aquéllas han de ser respetadas por el empresario, que no puede modificarlas o suprimirlas unilateralmente (STS de 27 de mayo de 1998). Asimismo se señala que tales condiciones se suprimirán cuando se produzca una alteración grave de la base del negocio y entre en juego el principio *rebus sic stantibus*, en tanto que, de no concurrir esas circunstancias, la condición más beneficiosa se mantendrá intangible, si bien la jurisprudencia admite su neutralización por la vía de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que prevé el artículo 41 de ET.

Entre la fundamentación jurídica de la sentencia, la Sala aborda la cuestión de si el calendario ocupacional supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la actora. Recuerda la Sala que, con carácter ejemplificativo, el artículo 41 del ET establece que serán modificaciones sustanciales las que afecten “entre otras”: a) jornada de trabajo, b) horario, c) régimen de trabajo a turnos, d) sistemas de remuneración, e) sistema de trabajo y rendimiento y f) funciones, cuando excedan de los límites previstos para la movilidad funcional. En tal sentido, una modificación sustancial de condiciones de trabajo supone básicamente que ha de producirse una transformación de aspectos básicos de la relación laboral que haga que la prestación resulte trascendente para el trabajador atendiendo a la intensidad de la misma la condición de trabajo a la que se refiera la modificación y su duración en el tiempo (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991).

En definitiva, la sentencia entiende que sí se ha producido una modificación sustancial puesto que la actora venía prestando sus servicios para la demanda con sujeción al calendario escolar, salvo en el mes de julio, y ello no sólo en cuanto a la distribución del horario y jornada sino también en cuanto a las vacaciones y descansos. Y llegado a este punto, establece la Sala, que debemos recordar que el artículo 41 no admite la libertad total del empresario para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, sino que para ello han de existir probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Tal modificación debería haberse realizado siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET. De no admitirse así, la empresa siempre podría, basándose en el ejercicio de su poder de dirección ordinario, imponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a sus trabajadores sin tener que justificar causa alguna, sin tener que seguir ningún procedimiento. Y en el presente supuesto la empleadora ha adoptado la referida modificación sustancial sin seguir ninguna de las for-

malidades exigidas en el artículo 41 del ET, pues ni se le ha comunicado a la trabajadora las razones de tal modificación, lo que le deja en clara indefensión, ni se le ha preavisado con la antelación prevista en el apartado tercero de dicho artículo, tampoco se han justificado las causas.

En fin, por los argumentos antes referidos, la Sala procede, en consecuencia, a declarar injustificada la modificación adoptada.

En esta línea de argumentación, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2008**, I.L. J 1627, resuelve sobre si la decisión del Director de una Residencia Universitaria de no reconocer a los trabajadores demandantes el disfrute de ese régimen especial de vacaciones constituye o no una modificación sustancial de condiciones de trabajo o, en su caso, es la consecuencia de la sucesión de convenios colectivos prevista en los artículos 86.4 del Estatuto de los Trabajadores (“El Convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”) y 82.4 del mismo texto legal (“El Convenio Colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo Convenio”).

De nuevo, la Sala recuerda que la condición más beneficiosa no es un principio general del derecho sino de un derecho de construcción jurisprudencial –de respeto a las condiciones contractuales pactadas–, con un fundamento jurídico positivo claro y evidente: el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que admite que la relación laboral se regule también por la voluntad de las partes, y el artículo 8.1 de la misma norma que establece la libertad de forma contractual, admitiendo la validez tanto de los pactos expresos como de los tácitos; pero en cualquiera de ambas hipótesis –pacto expreso o tácito– su existencia debe quedar, desde luego, convenientemente acreditada. Cuando no hubiera constancia documental del pacto del tal condición, la prueba de su efectiva existencia dependerá de que se acredite que hubo realmente voluntad de las partes, y especialmente del empresario, de asumir el correspondiente compromiso contractual, esto es, que concurra la voluntad expresa o tácita de las partes para establecer tal condición o crear tal derecho, así lo viene declarando reiteradamente el Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de diciembre de 1993, 30 de marzo de 1999 –dictadas en unificación de doctrina–; 30 de junio y 20 de diciembre de 1993, o 13 de febrero de 1995).

En el supuesto de autos, no existe pacto expreso ni tácito que muestre la voluntad empresarial de querer mejorar a los trabajadores permitiéndoles el disfrute de un régimen especial de vacaciones, cuando dicho régimen ha sido eliminado del Convenio Colectivo en vigor, previendo la citada norma convencional el mantenimiento de dicho disfrute en determinadas condiciones que no cumplen ninguno de los actores. Sólo ha existido, señala la sentencia en su fundamentación jurídica, un acto de mera tolerancia por parte de Directores de la Residencia anteriores al actual que es el que decide desconocer el pretendido derecho de los actores, pues aquél o aquéllos carecen de capacidad para asumir compromisos contractuales aptos para generar obligaciones, máxime en casos como el presente en el que la parte empleadora es la Administración, pues ha de tenerse en cuenta que el carácter público del empleador introduce limitaciones importantes a la autonomía de la voluntad de las partes. La Administración Pública no se rige por el principio de autonomía de la voluntad sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y el derecho con interdicción expresa de la arbitrariedad (artículos 103.1 y 9.3, respectivamente, de la Constitución Española, según tiene declarado el Tribunal Constitucional

I. Fuentes del Derecho

en Sentencia 161/1991, y también el Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de julio de 1996 y 11 de marzo de 1998), sin que la mera tolerancia o el error provenientes de quienes no ostentan jurídicamente la potestad para vincular a la Administración con sus decisiones, puedan generar el nacimiento de tal beneficio; y sin que la continuidad en el disfrute del derecho pese a la eliminación del mismo del Convenio Colectivo pueda jugar en este caso como indicio de la existencia de condición más beneficiosa, porque además de que no es un dato necesariamente concluyente para acreditar la existencia de un pacto tácito (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1997), no hay condición más beneficiosa cuando una determinada conducta no responde realmente a un compromiso de las partes de someter su relación a tales pautas de comportamiento, de ahí que determinadas circunstancias, como la mera tolerancia, puedan privar de carácter contractual a las condiciones efectivamente aplicadas.

En base a tales consideraciones, la Sala procede a confirmar la sentencia de instancia que había desestimado la demanda de los trabajadores.

7. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN SALARIAL

Sobre la posibilidad de la aplicación de las técnicas de la absorción y compensación se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2008**, I.L. J 1311. La cuestión debatida se centra en si la absorción practicada por el Ministerio de Defensa por acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones, en adelante CECIR, se ajusta a lo establecido en el artículo 75 del convenio aplicable o si aún ajustándose a ello infringe el contenido de los artículos 3.3 y 26.5 del ET, normas de rango superior. De los hechos probados se desprende que la actora venía percibiendo, al amparo del Convenio Colectivo I para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, el complemento personal de unificación, que según dicho convenio era no absorbible. La trabajadora a partir de la entrada en vigor del nuevo convenio ha experimentado incrementos salariales en nómina bajo el concepto de atrasos, dejando de percibir el complemento de unificación. El artículo 73.3 del nuevo convenio establece que el complemento debatido será absorbible con los incrementos salariales que pudieran producirse por encima de los previstos con carácter general para todos los empleados públicos en los Presupuestos Generales del Estado.

En consecuencia, por disposición colectiva negociada, el complemento personal de unificación deja de ser inabsorbible para pasar a serlo, siempre y cuando se produzcan los referidos incrementos salariales, por lo que, siguiendo el criterio literal establecido por parte de los negociadores colectivos, este incremento deberá compensar y absorber el complemento personal de unificación.

En el caso de autos, las condiciones pactadas en el II Convenio Colectivo para el Personal Laboral constituyen un todo orgánico e indivisible, debiendo ser consideradas a efectos de aplicación global y anualmente. Las percepciones salariales retribuyen el trabajo mientras que las de naturaleza extrasalarial indemnizan gastos habidos por el trabajador u obedecen a prestaciones o situaciones legales diferentes a la propia prestación laboral de un servicio o cometido determinado. Añadiéndose que no constituyen salario, ni tienen naturaleza salarial: A) Concepto de indemnizaciones o suplidos; B) Prestaciones de la Seguridad Social, en concepto de pago delegado o mejoras voluntarias de la Seguridad Social; C) Indemnizaciones por traslados o despidos.

Continúa argumentando la sentencia que los conceptos salariales y extrasalariales tienen una naturaleza diferente y, por lo tanto, todos los conceptos considerados como salario y no como percepciones extrasalariales pueden ser objeto de compensación o absorción contemplada en el artículo 26.5 del ET. Así, lo percibido por el trabajador en concepto de retribución salarial (salario base y complementos salariales), puede ser compensado y absorbido si su cuantía en cómputo anual –como es el caso– supera lo dispuesto en las normas legales o convencionales, o cuando resulte así establecido de forma literal por el Convenio Colectivo de aplicación que fue negociado previamente por los representantes de la empresa o administración y sindicatos, quedando lógicamente a salvo, fundamenta la resolución, los casos en que los complementos salariales tuvieran el carácter de inabsorbibles.

En consecuencia, la Sala del Tribunal Superior, aplicando la doctrina establecida, entiende que el complemento salarial reclamado ha de ser absorbido como consecuencia del incremento salarial superior al 2% por encima de lo previsto con carácter general para todos los empleados públicos en los Presupuestos Generales del Estado, que ha experimentado la trabajadora. En conclusión, y en base a lo anterior, la Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto.

8. DOCTRINA JUDICIAL

A) Motivación suficiente de las sentencias

Sobre los razonamientos y motivación que permiten conocer los criterios jurídicos esenciales de una sentencia se pronuncia la **STSJ de Navarra de 14 de marzo de 2008**, I.L. J 1369. Con ocasión de un despido disciplinario, el Juzgado de Instancia estimó la demanda de despido interpuesta por el trabajador contra la empresa, declarando improcedente el despido producido en base a la agresión del trabajador a un compañero con ocasión de una comida de empresa.

Entre los motivos de suplicación, la empresa alega la infracción de normas o garantías del procedimiento que le han producido indefensión, en base a que la sentencia de instancia no recogió el intento de agresión del actor a otro trabajador, al que también había intentado causar daño. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia señala que al haberse recogido en la sentencia del Juzgado que dada la inexistencia de testimonios que lo avalen, se tienen por no acreditados los hechos referidos a la segunda agresión del trabajador sancionado. Se pone de este modo de manifiesto, señala la sentencia, que el Magistrado de instancia entra a valorar y se pronuncia sobre esta cuestión incluida en la comunicación del despido como una de las causas del mismo. El propio Tribunal Constitucional puntualiza que el derecho a la motivación de las sentencias no autoriza a exigir su razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión planteada, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión, sin que exista, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial.

De este modo, teniendo en cuenta que la sentencia de instancia recoge el segundo incidente del intento de agresión y establece su valoración a efectos probatorios enunciando los razona-

I. Fuentes del Derecho

mientos por los que ha llegado a una determinada solución, la Sala decide rechazar el motivo y también el recurso de suplicación.

B) Cambio doctrinal. Despido nulo de trabajadora embarazada

En el recurso de casación para unificación de doctrina, la **STS de 17 de octubre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1396, asienta un cambio de doctrina en materia de despido nulo de trabajadora embarazada en base a la fijada por el TC en Sentencia 92/2008, de 31 de julio.

La actora había celebrado un contrato para obra o servicio determinado con la Jefatura Provincial de Tráfico de Valencia, y llegado el momento de la comunicación previa en la que la empresa comunica a la trabajadora la próxima extinción del contrato por finalización del período de la duración pactada, la trabajadora se encontraba embarazada.

El juez de instancia declaró nula la extinción por considerar nula la causa de temporalidad del contrato puesto que la obra o servicio contratado carecían de sustantividad propia. La sentencia recurrida confirma íntegramente el fallo y en particular, por lo que ahora interesa, no considera exigible el conocimiento por parte del empleador del embarazo de la trabajadora para que el despido se declare nulo, interpretando literalmente el artículo 55.5.b) ET.

Recorre en casación el Abogado del Estado señalando como sentencia de contraste la de esta Sala de 19 de julio de 2006 (recurso 1452/2005), en la que se discute la interpretación del artículo 55.5.b) ET en el supuesto de despido de mujeres embarazadas y, en concreto, si la declaración de nulidad precisa el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario, en un caso como éste en el que el empresario no conocía el estado de la mujer despedida y por tanto se procedía a revocar la sentencia recurrida que había condenado a la empresa calificando el despido nulo por el mero hecho de que la trabajadora despedida estaba embarazada, sin que el empresario conociera tal circunstancia. Esta Sala entiende que el presupuesto de que un despido sea “motivado” por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despidió de dicho estado de gestación. De ahí que para la Sala la tesis de la “nulidad objetiva” del despido por embarazo y, por tanto, prescindiendo del móvil de la decisión extintiva, no se ajusta a la finalidad de la norma formulada en la parte expositiva de la Ley.

Esta cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento (Sentencia de 19 de julio de 2006, recurso 1452/2005, reiterada por la de 24 de julio de 2007, recurso 2520/2006). Sin embargo esta doctrina debe ser ahora modificada en aplicación de la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de julio de 2008 (STC 92/2008). Hasta dicha sentencia, el Tribunal Constitucional ha tenido multitud de ocasiones de pronunciarse en relación a la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo. La importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada. Así, al hecho mismo del embarazo será necesario añadir otros elementos por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad de lesión del artículo 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En

definitiva, la doctrina constitucional ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la mujer trabajadora para apreciar la existencia de indicios de discriminación. En efecto, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de tal circunstancia. Tiene ocasión de analizar también el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia de 31 de julio de 2008 y en relación con esta cuestión, la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora por la interpretación efectuada del artículo 55.5.b) ET en redacción dada por la Ley 39/1999 según la cual debe acreditarse el conocimiento por parte del empresario de la situación de embarazo, requisito que no figura en el precepto legal. La modificación que introdujo la Ley 39/1999 consistió en añadir, a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala la Exposición de Motivos de la Ley, con objeto de completar la transposición a la legislación interna de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias, entre otras la Directiva del Consejo 92/85/CEE que tiene por objeto el establecimiento de disposiciones mínimas para proteger la salud y la seguridad de las trabajadoras embarazadas; y que, en fin, la Ley 39/1999 afirma expresamente que con ella se procede a la transposición de la Directiva superando los niveles mínimos de protección previstos en ésta. En consecuencia, que la Directiva comunitaria contemple la existencia de la comunicación por la trabajadora de su embarazo al empresario como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en ella no constituye motivación suficiente, por sí misma y con exclusión de cualquier otro criterio interpretativo, para afirmar la exigencia de idéntica condición en la aplicación del artículo 55.5.b) ET.

En base a la argumentación señalada, la sentencia de la Sala, desestimando el recurso y acomodando su doctrina a los parámetros constitucionales señalados, procede a corregir su doctrina anterior y establecer, en base a la fijada por la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de julio de 2008, otra doctrina en el sentido de no considerar necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la lesión del Derecho Fundamental y, por lo tanto, la calificación de nulidad del despido.

OLGA ESTRADA ALONSO

II. TRABAJADOR**Sumario***

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, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. 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 eclesíásticas. 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 CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo 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.**

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

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de octubre de 2008 (recurso de suplicación 488/2008), I.L. J 1308.

1. La sentencia de instancia declara la competencia del orden social para conocer de lo que entiende es una relación laboral entre el reclamante y la confederación sindical para la que prestaba sus servicios. La Sala de suplicación confirma la sentencia, desestimando el recurso interpuesto por la confederación empresarial. De los hechos probados conviene destacar que el actor fue elegido Secretario de Acción Sindical de la Confederación XXX y, por tanto, miembro de la Comisión Ejecutiva Provincial de ésta, habiendo sido anteriormente nombrado por el Consejo Provincial de acuerdo con los Estatutos confederales, Secretario Provincial de Relaciones Institucionales en el año 1992, cargos ejercidos hasta que, el 14 de febrero de 2008, fue destituido junto con toda la Comisión Ejecutiva Provincial, por el Consejo Regional de Castilla y León, cuya decisión está recurrida.

Al margen de lo anterior, el actor y la Confederación suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, haciendo constar que el actor prestaría servicios como Auxiliar Administrativo, con una jornada de trabajo de 40 horas semanales, habiendo sido dado de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el 1 de octubre de 1995. El 24 de noviembre de 1995, el actor y el sindicato suscribieron contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido, estableciendo que el actor prestaría sus servicios como Administrativo con la categoría profesional de Oficial de 3ª, en el centro de trabajo ubicado en Burgos, con una jornada de trabajo de 40 horas semanales, fijándose un período de prueba de quince días, y una fecha de inicio de la relación laboral de 20 de noviembre de 1995. Por esta relación, el actor percibía un salario mensual de 1.852,37 euros conforme al Convenio Colectivo Provincial de la Industria del Metal, siendo así que el resto de los trabajadores percibe sus salarios de acuerdo con el Convenio Colectivo de Despachos y Oficinas.

Con independencia de la anterior relación laboral, el actor prestó servicios para la empresa ZZZ, como Oficial Primera Chapista, desde el 1 de enero de 1984 hasta el 24 de abril de 1991, desde el 27 de abril de 1991 hasta el 1 de octubre de 1992 y desde el 2 de octubre de 1995 hasta el 20 de noviembre de 1995, habiendo permanecido en situación de excedencia en dicha empresa desde el 1 de octubre de 1992 hasta el 1 de octubre de 1995 y a partir del 20 de noviembre de 1995 por motivos sindicales, habiendo acompañado el demandante junto a las solicitudes de excedencia a esta empresa ZZZ, certificaciones del Sindicato XXX, acreditativas de la ostentación por él mismo de cargo sindical dentro del citado Sindicato.

2. Entiende la Confederación Sindical, recurrente en suplicación, que la relación existente entre actor y entidad demandada es de tipo asociativo, no contractual, que no reúne los requisitos previstos en el artículo 1 del ET. Por lo que debe estimarse la excepción de inadecuación del procedimiento. Pero para ello es preciso entender que la relación existente entre el actor y la entidad demandada no sea laboral, lo que está abiertamente en contra de los hechos probados.

En principio, y siguiendo la línea doctrinal establecida por la STS de 4 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1903) y posteriores que establece que quienes ostentan la condición de Director Ge-

II. Trabajador

neral o Secretario General en una empresa, quedan excluidos del nexo laboral, de tal manera que en los supuestos de concurrencia de la condición de Secretario y de trabajador “habría de preponderar aquella primera circunstancia a la segunda, máxime cuando se hayan aportado amplias facultades que exceden de las normales y consecutivas de una actividad laboral concreta y específica”. Por tanto que la extinción del mandato conferido a favor de Secretario General no podría considerarse despido propiamente dicho, y no podría ser conocido por el orden jurisdiccional laboral. Siempre y cuando lógicamente la prestación de servicios lo haya sido como tal Secretario General, ostentando “amplias facultades que exceden de las normales y que están vedadas a cualquier trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios a la empresa”. Del mismo modo, la STS de 7 de abril de 1987 (RJ 1987, 2364), citada posteriormente por la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1999 (AS 1999, 180), viene a señalar en un caso que tiene que ver con el de autos, lo siguiente: “El nexo determinante de los servicios que el actor prestó al Sindicato es el que determina la relación interna entre el actor y la entidad demandada. De manera que si el actor se encuentra liberado, y a través de su retribución se deduce que su relación es la propia de un cargo dirigente, es lo cierto, que la relación existente entre las partes quedaría excluida del ámbito laboral. Puesto que de su condición de dirigente, derivarían todos los trabajos, de índole representativa o administrativa, que durante su mandato realizó, lo que priva a la relación litigiosa de la nota o requisito esencial de ajenidad que ha de concurrir para que le sea atribuible la condición o naturaleza laboral”.

En esa misma línea, y cuando los presupuestos fueran los indicados, se ha manifestado en reiteradas ocasiones el extinto TCT cuando señalaba que se trataría de una relación asociativa, y que frente a ello no puede prevalecer la apariencia buscada de relación laboral mediante la suscripción de un contrato de trabajo y el alta en Seguridad Social. Siempre y cuando el actor hubiera desempeñado las funciones del cargo para el que fue elegido, en virtud de su condición de afiliado al Sindicato, siendo nombrado y destituido por las reglas de elección democrática que estatutariamente se establecen a tales efectos. Y siempre y cuando las funciones desarrolladas lo hayan sido en consonancia con las atribuidas a dicho cargo con arreglo a los estatutos del Sindicato. En consecuencia, en estos casos, la incorporación y prestación de servicios, lo han sido en razón distinta de la concertación de un contrato de trabajo, dado que las funciones no se han desarrollado en el ámbito de la organización y dirección de un empleador, en régimen de dependencia, no concurriendo por tanto la nota de ajenidad.

En todos estos casos, lógicamente el cese del actor no obedece a una decisión extintiva empresarial, por lo que no puede ser calificada de despido. Añadiendo que en estos supuestos, lógicamente, la remuneración lo sería no tanto por la prestación de servicios, sino por la completa dedicación del cargo electo al sindicato. En esta misma línea se han pronunciado distintos TTSSJ, así el de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2001 (AS 2001, 4494), La Rioja de 4 de noviembre de 2003 (AS 2004, 660), Galicia de 23 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3057).

Ahora bien, y con carácter lógico, para que esta solución tenga lugar, es preciso que el actor, en su relación laboral seguida con la entidad demandada, lo sea exclusivamente o preponderantemente por su condición de dirigente sindical, es decir, de un cargo representativo. Y que la remuneración percibida lo haya sido por su condición de Secretario de Acción Sindical. Y la prestación de servicios lo sea en su condición de tal. Puesto que si la relación laboral con el Sindicato, lo es en prestación de labores técnicas, de acción sindical y aquellas otras propias de su condición de Oficial, desempeñando funciones sujetas a horario, y percibiendo su salario de acuerdo con el Convenio Colectivo correspondiente, y al igual que el resto de sus compañeros trabajadores, sería claro que no le sería aplicable la doctrina antedicha del TCT, puesto

que la relación mantenida con la entidad demandada sería propiamente laboral, siguiendo las pautas del contrato de trabajo concertado con la entidad demandada, tal como aparece efectivamente acreditado, sin que sea relevante que el convenio aplicable no sea el mismo en todos los casos. De todo lo cual se deduce que la prestación de servicios desarrollada por el actor para la entidad demandada, no era tanto en su condición de Secretario de Acción Sindical, es decir, como cargo de libre designación y directivo, sino de oficial administrativo. A partir de ahí, establecida la relación laboral, es claro que la decisión extintiva que tuvo lugar y por la cual se procedió a dar de baja al trabajador en la Confederación XXX ha de ser calificada como despido improcedente.

En la misma línea que ha sido reseñada en los párrafos anteriores de este fundamento de derecho, se ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (recurso para la unificación de doctrina 3370/2006), donde indicaba que

“la dedicación del actor al Sindicato recurrente, en su cargo de Secretario de Acción Sindical no era exclusivo, pues no tenía la condición de liberado, ni realizaba a tenor de lo dicho exclusivamente funciones sindicales o tareas dirigentes. Dado que por el contrario, el actor inició una relación laboral común con el Sindicato, a través de contrato de administrativo, primero temporal, luego indefinido, especificándose en hechos probados sus funciones, horario y remuneración, y aun cuando simultaneara dicha labor con la de Secretario de Acción Sindical, ello no implica que la relación mantenida con la entidad demanda fuera meramente asociativa, sino que por el contrario era netamente laboral. Puesto que su labor era propiamente de administrativo al servicio de la entidad demandada, con independencia de las actividades sindicales que además realizaba, que no eran incompatibles con las anteriores, percibiendo mensualmente su nómina como trabajador por cuenta ajena, y según las tablas salariales del Convenio Colectivo correspondiente, estando de alta en la Seguridad Social y cotizando por ello”.

3. El caso expuesto se sitúa en la siempre difícil frontera entre las actuaciones asociativo-políticas y laborales del personal al servicio de los Sindicatos. Por un lado, la tendencia es la de “disfrazar” de extralaborales las relaciones que naturalmente son laborales –lo que no es pequeña paradoja, por cierto–, pero, al mismo tiempo, evitando desatender las necesidades económicas y sociales de los afectados. A partir de ahí, y de la doctrina judicial y jurisprudencial que la sentencia expone minuciosamente, no hay otro remedio que estar al caso concreto, para advertir si por debajo de la aparente actividad sindical representativa, se esconde o no una verdadera relación laboral retribuida, dependiente y por cuenta ajena. En el supuesto de autos queda esta relación sobradamente demostrada y, por ello, la doctrina judicial establecida es irreprochable.

STJCE de 17 de julio de 2008 (asunto C-94/2007), I.L. J 1188.

1. La presente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hace frente a una cuestión prejudicial presentada por un Tribunal alemán que debía resolver si a demandante y demandado les unía o no una relación laboral.

El demandado, un instituto de investigación alemán, mantiene en sus alegaciones que no nos encontramos ante un supuesto de laboralidad pues el demandante es becario del Institut Max-Planck de radioastronomía (en adelante, MPI) entidad dependiente del Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (en adelante, MPG). Existiendo en la institución

II. Trabajador

una clara diferencia entre el régimen y las funciones de becarios y de trabajadores BAT/II (tipo de contrato de la legislación alemana usado por el MPI para apoyar a determinados investigadores en formación) los primeros deben centrar su actividad en el desarrollo de su tesis en las instalaciones del MPI, debiendo solicitar autorización a la dirección del Instituto en caso de querer compatibilizar la beca con otra actividad. Mientras los trabajadores BAT/II se encuentran obligados a prestar sus servicios para el MPI, y sólo pueden usar las instalaciones del MPI para el desarrollo de su tesis doctoral fuera de su jornada laboral. Por su parte el demandante, un investigador de origen italiano, alega que durante el tiempo que estuvo trabajando, en régimen de beca, en su tesis doctoral en las instalaciones del MPI fue en realidad un trabajador del MPI de tipo BAT/II, pues recibía un trato equivalente al de los trabajadores BAT/II alemanes que trabajan en el MPI, y por lo tanto entiende que debe reconocérsele el carácter laboral de su relación con el MPI, así como los derechos que lleva aparejado dicho reconocimiento.

Ante estos hechos el Tribunal alemán decide plantear cuestión prejudicial ante el TJCE para que éste aclare la interpretación del derecho comunitario aplicable al caso. La cuestión está compuesta por tres preguntas: A) ¿Debe considerarse al demandante trabajador con arreglo al concepto europeo de trabajador, cuando, al igual que a los doctorandos con contrato de trabajo conforme al BAT/II, se le destina a funciones que no son prestaciones laborales?; B) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 7 del Reglamento (...) núm. 1612/68 (...) en el sentido de que sólo puede negarse que exista una discriminación si al demandante se le concedió al menos el derecho a elegir entre un contrato de trabajo y una beca antes del inicio de su doctorando en la demandada?, y por último C) En caso de que se responda a la segunda cuestión en el sentido de que hubiera debido concederse al demandante la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo, ¿qué consecuencias se derivan de una discriminación por razón de nacionalidad?

2. El Tribunal debe pronunciarse primero, a instancias de MPG, sobre la admisibilidad o no de la cuestión prejudicial planteada por la escasa concreción de la misma. El Tribunal estima que a pesar de ser ciertas las lagunas existentes en la cuestión prejudicial tanto a nivel de presentación de los hechos como de los fundamentos de derecho, el Tribunal dispone de suficientes elementos para poder dilucidar el alcance de las cuestiones planteadas.

Una vez aclarado que la cuestión es admisible el Tribunal pasa a abordar el estudio del fondo del caso planteado. Primero señala el Tribunal que el órgano competente para aclarar si hay o no relación de laboralidad es el órgano nacional, será éste el que deberá analizar si el demandante puede ser considerado trabajador si ha desarrollado su labor bajo la dirección del Instituto, percibiendo a cambio una retribución como contrapartida. Asimismo entiende el Tribunal que tampoco es competente para determinar si el demandante tenía derecho a desarrollar su labor bajo la cobertura de un contrato BAT/II pues es una cuestión de derecho interno cuya interpretación no está atribuida al Tribunal, sin embargo al respecto deja patente que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad que irriga todo el derecho comunitario es de aplicación a cualquier sujeto de derecho público o privado, pues el artículo 93 CE Roma no está redactado pensando en Estados u organismos de derecho público. Para finalizar el Tribunal añade que tampoco es competente para determinar las consecuencias de una posible discriminación por razón de nacionalidad, y que deberá ser otra vez el juez nacional el encargado de analizar, conforme al derecho nacional correspondiente, qué sanciones corresponden en caso de haberse producido una discriminación.

3. La presente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se compone de dos grandes núcleos de estudio: el estudio del derecho europeo y el estudio de conceptos

laborales en el derecho europeo. Aunque el objeto de esta revista es el análisis de la jurisprudencia laboralista conviene resaltar la importancia que tiene que el Tribunal vuelva a declarar que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad vincula a todos los sujetos de la Unión, sean o no sujetos de derecho público. Este criterio supone el aseguramiento en materia laboral de unas condiciones mínimas que de otra forma serían imposibles de alcanzar, pues no hay que olvidar que en la mayoría de la movilidad de trabajadores/ciudadanos dentro de las fronteras de la Unión intervienen sujetos de derecho privado, empresas, como elementos esenciales y dinamizadores de esa movilidad. Haber dudado de la vinculación de este principio a los sujetos de derecho privado habría supuesto *de facto* someter a un potencial riesgo de discriminación por razón de nacionalidad a la mayoría de trabajadores desplazados dentro de las fronteras de la Unión.

Por lo tanto, debemos remarcar que la discriminación por razón de nacionalidad es proscrita del ordenamiento comunitario, provenga ésta de instituciones públicas o privadas y sea ésta fijada claramente por una norma o se venga imponiendo por la práctica cotidiana de cualquier institución o empresa, como parece poder deducirse de los fundamentos de hecho de la presente sentencia, que utiliza una determinada tipología contractual para los nacionales del Estado de la institución, y prescribe otro tipo de relación, en este caso ni siquiera laboral, para los sujetos de terceros Estados.

En cuanto a la materia laboral abordada por el Tribunal cabe señalar la gran similitud del concepto de trabajador manejado por la jurisprudencia comunitaria con el concepto de trabajador impuesto por el artículo 1.1 del ET. Sin duda esta coincidencia es debida a que el derecho europeo se nutre de los derechos nacionales de los Estados Miembros para evolucionar. Las coincidencias que pueden ser identificadas en el razonamiento de la sentencia con el derecho español se circunscriben a la importancia primordial que se da en la sentencia, y por supuesto en el derecho comunitario, a los elementos de dependencia y ajenidad, completando dichos requisitos nucleares de laboralidad con los de personalidad, retribución y voluntariedad. En concreto fija la sentencia que nos encontraremos ante una relación laboral cuando "(...) una persona realice, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución". (párrafo 33 de la sentencia).

Son pues fácilmente identificables en la jurisprudencia comunitaria los requisitos de laboralidad exigidos por nuestro ordenamiento nacional, no planteando incompatibilidades éstos con los exigidos tradicionalmente por el ordenamiento nacional, y ni tan siquiera con los indicios articulados por la jurisprudencia para determinar cuándo pueden reconocerse estos derechos en la práctica.

b) Actividad retribuida

STS de Castilla y León (Valladolid) de 24 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 946/2008), I.L. J 1362.

1. La demandante y la empleadora suscribieron contrato mercantil de subagente de seguros, con arreglo a la Ley 9/1992 de Mediación de Seguros Privados y la Ley 12/1992, que regula la relación de los agentes de seguros con los subagentes. Firmó otro contrato en el año 2002, otro en el año 2004 por distintas actividades. El 2 de enero de 2005 la actora y la CTAS

II. Trabajador

firman un contrato en el que finiquitan la relación mercantil. Ambas partes se comprometen a no realizar acción alguna contra la otra y declaran que a partir del día 3 de enero comenzará entre ambos firmantes una relación laboral de carácter indefinido. En esta fecha firman contrato de trabajo a tiempo parcial con una jornada de 1.041 horas, un 60% de la jornada habitual a tiempo completo, de lunes a sábado en horario de trabajo de 16,30 a 21,00 horas. En la misma fecha firman también un contrato de nombramiento de subagente. El subagente no estará sujeto a ningún tipo de jornada u horario y sólo recibirá de la Agencia información e instrucciones generales. No obstante lo anterior, la agencia pone a su libre disposición los locales dedicados a comercial, así como los teléfonos, mesas y otro material en ellos instalados, para facilitar su labor comercial durante el tiempo que permanezcan abiertos aquéllos. La actora se dedicaba a suscribir nuevas pólizas y a cobrar los recibos de las que tenía suscritas. Seleccionaba agentes. Realizaba sus gestiones desde la oficina de CTAS, en la que estaba por la mañana y por la tarde. Cuando no estaba el encargado, desarrollaba un trabajo más amplio, atendía llamadas, recibía a los clientes, gestionaba recibos y cobros y algunos siniestros. La demandante tenía horario de trabajo por la tarde. Por la mañana acudía a la oficina. Desde allí llamaba por teléfono, atendía a los clientes, cobraba recibos y ocasionalmente cobraba siniestros. También seleccionaba agentes.

2. El TSJ cita la STS de 20 de noviembre de 2007, en la que se dice que el tema de la naturaleza jurídica de la relación de agentes y subagentes de seguros, en términos generales, viene siendo calificada como civil y no laboral la relación jurídica de agencias de seguros. Se afirma que la relación jurídica de agentes de seguros es mercantil. Sin embargo, cuando se trata de relaciones jurídicas de subagentes de seguros, la última jurisprudencia pone de relieve la distinta condición del agente y del subagente de seguros enfatizando en las distintas condiciones en las que puede ser contratado este último frente a la característica autonomía y estabilidad del primero, lo que puede dar lugar a la existencia de una propia relación laboral.

La relación de la empresa recurrente con la demandante es de naturaleza jurídica laboral. Así, la recurrida se dedicaba a suscribir nuevas pólizas y a cobrar los recibos de las que tenía suscritas (no consta el porcentaje de tiempo dedicado a una y otra actividad); si no estaba el encargado de la oficina, desarrollaba un trabajo más amplio, atendía llamadas, recibía a los clientes, gestionaba recibos y cobros y algunos siniestros; tenía un horario de tarde, aunque por la mañana también acudía a la oficina desde la que llamaba por teléfono y realizaba el resto de las gestiones propias de su actividad laboral; finalmente, recibía órdenes expresas de sus compañeros de oficina, a la vez superiores jerárquicos. De estas circunstancias se desprenden las notas de ajenidad, dependencia y subordinación que configuran la relación jurídico-laboral del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. A esta conclusión, no obsta el que la recurrida viniese cobrando sus emolumentos, al menos parte de ellos, en concepto de comisiones, ni tampoco el denominado extorno, porque según la STS de 6 de febrero de 2007 tales circunstancias no son obstáculo para la calificación como relación laboral de la mantenida por los subagentes y la empresa ahora recurrente. Además, dice el Tribunal Supremo, la existencia de una cláusula de “extorno”, de “supuesta” responsabilidad del buen fin de las operaciones, tampoco lleva al efecto contrario, porque no es tal, sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tiene éxito, no estando acreditada la existencia real de responsabilidad de los riesgos o gastos efectivamente ocasionados por la operación fallida.

3. Es cierto que la jurisprudencia moderna, más elástica con el contrato de los subagentes, viene considerando la posibilidad de que se trate de contratos de trabajo –lo que no se da en

el supuesto de los agentes de seguros–, si concurren las notas habituales de laboralidad. En el presente caso, si bien son unas las circunstancias concertadas, las condiciones de la prestación laboral resultan ser más rigurosas que las pactadas, en lo relativo a funciones, tiempo de trabajo, falta de autonomía, utilización constante de los medios de la empleadora, puestos a disposición de la demandante para que cumpliera con sus deberes contractuales. No existe duda de la existencia de esas notas de laboralidad.

Es plenamente admisible que la cláusula de extorno que no haga responder a la demandante por el defecto en el desarrollo de la operación mercantil, sino que tan sólo le impida hacer efectiva su comisión, no puede tener más significado que el que corresponde a su contenido real, no al semántico.

c) Actividad dependiente

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 704/2008), I.L. J 1506.

1. La demandante prestaba su actividad en empresa dedicada a la actividad de Seguros. Mediante contrato de trabajo por tiempo indefinido, categoría profesional de Inspector y Organizadora Comercial incluida en el Grupo Profesional II y Nivel retributivo 6 del Convenio General para entidades de seguros, con un salario mensual fijo de 1.486,93 euros incluida prorrateo de pagas extraordinarias. La jornada pactada era de 40 horas semanales, con horario de 9 a 14 horas y de 16 a 19 horas de lunes a viernes. Eran funciones de la actora: captar nuevos agentes, llevar control de la producción de los agentes de Seguros de su equipo, el estado de sus cuentas y liquidaciones, instruir a los agentes en los sistemas y normas de producción de la compañía con asesoramiento continuo y cualesquiera otros servicios análogos referidos a la producción, así como nuevas formas de venta, estudios de mercado. Y la actora podría producir Seguros a favor de la compañía, con base en el artículo 3.5º Ley 9/1992, de 30 de abril de Mediación de Seguros privados. Tenía también diversos contratos de Agencia en exclusiva siendo el primero de 8 de mayo de 2000 a 1 de enero de 2007. Por éste recibía unas comisiones que eran calculadas a través de la producción realizada por los agentes integrantes de su equipo. Ambas actividades eran desarrolladas por la actora en el mismo horario indicado en el contrato de trabajo, señalándose en ambos contratos el mismo Centro de trabajo para el desarrollo de su actividad, salvo cuando debía acompañar a los agentes para iniciarles en su actividad, y realizando la actora las mismas funciones dentro del mismo horario estipulado en la relación laboral, ajustándose en la realización de dichas funciones a unas instrucciones precisas, con una Guía de uso del sistema de trabajo y seguimiento de objetivos y actividad, siendo supervisada su actuación por el Director de la oficina. La actora actuaba como coordinadora de un equipo de agentes que ella captaba y a los que formaba. No consta que la actora tuviera su propia Cartera de Clientes.

2. Se acoge por la Sala el criterio del TS, en su Sentencia de 9 de octubre de 2006, en la que se trata de un trabajador que no realizaba en la empresa la producción de seguros, ni tiene cartera de clientes y, llevaba a cabo su actividad con sujeción a los criterios establecidos por la Compañía, quien debía dar su conformidad a la captación de nuevos agentes, realizando su jornada laboral en las instalaciones de la empresa, salvo cuando debía acompañar a los agentes para iniciarles y orientarles en su actividad, no realizaba ventas directas ni percibió comisio-

II. Trabajador

nes por sus propias operaciones, sino por las comisiones de los agentes a su cargo, a los que captaba, formaba, asistía y orientaba en su labor de intermediación y concluye expresando que la única actividad llevada a cabo por el trabajador era la inherente a su vínculo laboral y no al mercantil, aun cuando formalmente había una doble contratación laboral y mercantil y, que todas las retribuciones percibidas –incluidas las comisiones–, correspondían a tal actividad laboral, aunque la empresa abonara separadamente la nómina fija y las comisiones correspondientes a las devengadas por los agentes a su cargo, pues el simple hecho de este abono de comisiones no basta para desvirtuar la íntegra laboralidad de la actividad prestada, cuando además, el artículo 29.2 LET recoge “el derecho a salario a comisión”.

Añade la sentencia del TSJ, con apoyo en la STS de 23 de marzo de 2004 que si bien en el artículo 7 Ley 9/1992 se expresa que “el contrato de agencia de seguros tendrá siempre carácter mercantil”, esta norma supone una exclusión constitutiva del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral, pues si no operara esa calificación, el contrato del agente de seguros sería un contrato de trabajo en la medida en que en éste, a diferencia de lo que sucede con los corredores de seguros, cabe apreciar normalmente la nota de la dependencia. Pero la exclusión opera exclusivamente respecto a la actividad del actor que entra en el marco del contrato de agencia (artículo 6.1 Ley 9/1992) que la que define como la actividad de “mediación entre los tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora privada, de otra” y “la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro y la posterior asistencia al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario del seguro”. Éste es el ámbito propio del contrato de agencia y a estas funciones tiene que referirse la exclusión. Se añade que, según el artículo 3.5 Ley 9/1992, de 30 de abril: Sin necesidad de contrato de agencia y sin perjuicio de la posibilidad de celebrarlo, los empleados que formen parte de las plantillas de las entidades aseguradoras o de los mediadores podrán allegar seguros a favor de la empresa de que dependan, los cuales se entenderán realizados o intermediados, respectivamente, por dicha empresa a todos los efectos. Esta actividad no alterará la relación existente entre empresa y empleado por razón del contrato de trabajo. Pues bien, de ahí se deduce que la relación de agencia de seguros no concurre en el supuesto de autos dado que el actor no realizaba en la empresa la actividad de producción de seguros, ni tiene cartera de clientes.

3. En realidad la sentencia del TSJ se limita a recibir el contenido de dos sentencia del TS, sin que venga a argumentar su propia posición doctrinal, no obstante lo cual se debe estimar que es indiscutible la dependencia de la demandante, siendo manifiestamente irrelevante que se cobre o no a comisión todo o parte, pues siendo cierto que es una modalidad salarial, no se puede afirmar que toda comisión dentro de la empresa sea salario.

Es importante la restricción con la que se interpreta el concepto de contrato de agencia, pues se trata una exclusión constitutiva y por ello se tiene que limitar a lo que es la esencia de dicho contrato, esto es, la actividad de mediación entre los tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora privada, de otra, y la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro y la posterior asistencia al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario del seguro. Las actividades adicionales que pueden existir no entran en la exclusión de la laboralidad, con lo que habrá que valorar, en muchos casos, si es marginal, si es instrumental, o si existen dos relaciones jurídicas de naturaleza distinta. Esa interpretación restrictiva es totalmente coherente con el sentido y sistema de la Ley 9/1992, respecto del artículo 1 LET.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 897/2008), I.L. J 1327.

1. Son hechos probados que el trabajador inició su prestación de servicios para un concesionario de coches el 28 de abril de 1999 como Gerente y Director. El 9 de junio del mismo año se le otorgaron poderes en escritura para todas y cada una de las facultades que al Consejo de Administración atribuyen los Estatutos sociales excepto las indelegables por la Ley, aunque no se modificaron las condiciones económicas del contrato ni se formalizó un nuevo contrato. Consta que ha suscrito en representación de la empresa todo tipo de contratos (arrendamiento del local de negocio, seguros, concesión de taller autorizado, contratos de trabajo, contratos de puesta a disposición, de agencia con comisionistas, despidos y extinciones de contratos de trabajadores, contratos de suministros, entre otros. Pero también consta que inicialmente fue contratado verbalmente para una relación laboral ordinaria y que en la carta de despido la empresa reconoce dicha inicial relación ordinaria. Asimismo, ha quedado probado que uno de los Consejeros Delegados de la empresa en ese mismo período fue quien suscribió en nombre de la empresa un contrato de crédito y que acudía a la empresa con frecuencia semanal y en una ocasión dio instrucciones sobre la limpieza y el mantenimiento. En diciembre de 2007 la empresa notificó al trabajador la extinción del contrato y al no estar éste conforme con la decisión la impugnó.

2. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda del trabajador por despido. Recurrida en suplicación, el TSJ de Castilla y León (Valladolid) confirma la sentencia de instancia y la existencia de relación laboral de carácter especial de alta dirección.

El recurrente alega en suplicación que si el otorgamiento de poderes fuera una novación contractual habría necesitado de su consentimiento al ser de aplicación supletoria la legislación civil (artículo 1203 CC) y necesariamente debió hacerse por escrito (artículo 4.1 RD 1382/1985). Del mismo modo entiende que estando probado que había un Consejero Delegado que realizaba funciones de dirección su relación debe considerarse común pues entonces sus poderes ya no tendrían la amplitud requerida para ser considerado personal de alta dirección.

El TSJ por el contrario considera que la amplitud de los poderes se define por aquello por lo que se apodera al poderdado y que en este caso abarcaba a todas las facultades del Consejo de Administración excepto las indelegables por la ley. Que el recurrente no sólo tenía, sino que también ejecutaba amplísimos poderes inherentes a la titularidad de la empresa y con un contenido general relativo al tráfico jurídico de la empresa, por lo que pese a estar seguido de cerca por consejo de administración a través del consejero delegado, era el encargado de la empresa como personal de alta dirección. Y que a todo ello no obsta que no conste un contrato escrito ni un consentimiento expreso, pues la legislación civil que se pretende supletoria, lo es para determinar el contenido de la relación laboral pero una vez decretada la existencia

II. Trabajador

de relación especial de alta dirección y aunque ciertamente el artículo 4.1RD 1382/1985 exige que esta relación se formalice por escrito, es doctrina constante que la forma no es constitutiva, sino *ad probationem*, en virtud del principio de libertad de forma del derecho español, siendo lo relevante para determinar su naturaleza el contenido real de la relación y no lo que las partes digan, pudiendo además el consentimiento ser tanto expreso como tácito o presunto, lo que ocurre cuando se aceptan unos poderes y su ejercicio durante siete años. De ahí que concluya que efectivamente la relación laboral devino especial posteriormente.

Finaliza la Sentencia señalando que tampoco puede acogerse la incongruencia omisiva denunciada ni la vulneración subsiguiente del artículo 24 CE por no hacerse alusión en la sentencia de instancia a la relación laboral ordinaria, a la calificación de su extinción y al incremento de la indemnización por el tiempo transcurrido entre la extinción hasta la notificación de la sentencia de instancia. Fundamenta su rechazo en el hecho de que la demanda no contuviera ninguna pretensión subsidiaria en caso de que se estimara la pretensión empresarial de concurrencia de una breve relación laboral ordinaria con otra de personal de alta dirección y se partiera de la existencia de una única relación laboral en todo el período trabajado, por lo que si nada se solicitó difícilmente puede incurrirse en incongruencia. Pese a ello, precisa que en todo caso la indemnización se calcula en la fecha del despido y no en la de su calificación judicial, calculándose la indemnización de la relación laboral ordinaria sobre el tiempo que duró tal y como hizo la empresa; y, del mismo modo, aclara que los salarios de tramitación sustituyen el salario de una relación laboral activa o viva, por lo que no se tiene derecho a ellos cuando la empresa extingue al mismo tiempo la relación de alta dirección y la ordinaria inicial impidiendo que esta última se reanude: no estando activa la ordinaria en el momento de la extinción no genera salarios de tramitación.

3. La Sentencia reitera ideas conocidas. La de que la relación jurídica no depende del *nomen iuris*, sino del contenido real de la misma al ser indisponible para las partes determinar su naturaleza cuando viene establecida *ex lege*. La de que la forma, pese a tratarse de un contrato que debe formalizarse por escrito *ex artículo 4.1 RD*, rige el principio de libertad de forma y tal exigencia legal presenta sólo efectos probatorios, siendo por lo tanto especialmente necesario examinar qué tipo de relación une a las partes precisamente cuando no ha existido contrato por escrito. O la de que para ser alto directivo lo relevante es que se cumplan los criterios definitorios del artículo 1 del RD que lo regula, siendo necesario que los poderes conferidos sean inherentes a la titularidad de la empresa y de contenido general referidos al conjunto de su actividad.

Junto a ello, lo interesante de aquélla es que aclara dos datos más. En primer lugar, que la intervención de un Consejero delegado en alguna actividad de control de la empresa y su intervención en funciones importantes del desarrollo empresarial no conduce a concluir que una persona que realiza amplísimos negocios por tener plenos poderes pasa necesariamente a ser considerado —mando secundario—, siendo posible su convivencia sin perder cada uno de ellos su concreto vínculo jurídico con la sociedad. Y, en segundo lugar, que al igual que para constituir una relación laboral ordinaria, tampoco para novarla es preciso un consentimiento expreso bastando que sea tácito, lo que se produce con la aceptación de los plenos poderes de la sociedad y su ejercicio durante años. Finalmente, aunque no relacionado directamente con los presupuestos constitutivos de la relación, la sentencia resulta también interesante desde la perspectiva extintiva a la hora de determinar la cuantificación de la indemnización y los salarios de tramitación en supuestos como el presente en que concurren sucesivamente en el tiempo dos relaciones, la ordinaria y posteriormente la especial, pero se extinguen las dos al mismo tiempo.

b) Servicio del hogar familiar

STS de 21 de octubre de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4143/2007), I.L. J 1236.

1. El TS resuelve un recurso de casación en unificación de doctrina presentado contra la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 18 de septiembre de 2007, que declaraba la naturaleza jurídica laboral común de la relación entre la demandante y la Embajada de la República Federativa de Brasil y procedía a calificar como despido improcedente la extinción de la misma. Conforme al relato de hechos probados, la demandante había prestado sus servicios como cocinera en la casa residencial del Embajador, por cuenta y bajo la dependencia de la Embajada de Brasil en España. Prestó sus servicios para los sucesivos embajadores; servicios que se extendían tanto a sus necesidades familiares, como a la atención de comidas y actos oficiales realizados en dicho domicilio. La retribución era abonada por el Estado brasileño. Asimismo, la demandante residía en las dependencias de la Embajada, junto a otros compañeros, sin abonar renta ni suministros. Ante la resolución del TSJ se presenta el presente recurso para que se declare la relación como especial de empleados de hogar, con las consecuencias que tal declaración trae sobre la calificación de la extinción y la indemnización correspondiente.

2. Con carácter previo a su pronunciamiento, la Sala de lo Social del TS entra a valorar la existencia de contradicción entre la sentencia objeto de recurso y la presentada como de contraste por la empresa recurrente. En esta última, se declara, efectivamente, el carácter especial de la relación laboral que unía a la misma Embajada de Brasil con una limpiadora que prestaba sus servicios exclusivamente en la residencia privada del Embajador. A pesar de esta diferencia, el Tribunal concede valor determinante al hecho de que en ambos casos era el Estado brasileño y no el Embajador el que retribuía sus servicios. Una vez superado este trámite procesal previo, la Sala entra a valorar los hechos y confirma la solución alcanzada en suplicación, descartando que la situación de la trabajadora pueda ser calificada como de empleada al servicio del hogar familiar. En primer lugar, porque no se limitaba a prestar sus servicios en el hogar familiar del Embajador, sino que compatibilizaba esa actividad con la atención de comidas y actos oficiales. No obstante, el argumento determinante es que la relación laboral no se establece entre personas físicas, sino entre una trabajadora y el Estado brasileño, y queda descartado que una persona jurídica pueda ser titular de un hogar familiar. Por tanto, se está ante una relación laboral ordinaria, respecto de la cual no cabe extinción por vía del desistimiento unilateral del empresario, con lo que se confirma que la decisión extintiva debe ser calificada como despido improcedente.

3. De los dos argumentos esgrimidos por la Sala, es el segundo el que, a mi juicio, permite resolver de manera definitiva el carácter común de la relación laboral que vinculaba a la trabajadora con la Embajada. A pesar de ello, constituye un indicio importante el hecho de que la trabajadora prestara sus servicios de cocinera no sólo en el hogar familiar, dentro del ámbito de intimidad y confianza de los sucesivos embajadores, sino que también participara en la preparación de eventos oficiales, propios de las actividades públicas que habitualmente se llevan a cabo en las Embajadas. Con ello se confirma que su relación se establece con la Embajada, en fin, con el Estado brasileño y, en consecuencia, y dado que las personas jurídicas no pueden ser titulares de un hogar familiar, de ese espacio de intimidad y confianza que inspira la especialidad de la relación laboral de empleados del hogar, que se está ante una relación laboral común.

D) Otros: Abogados en despachos profesionales

STS de 16 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 7/2007), I.L. J 1444.

1. La Asociación de Abogados Laboralistas de la Comunidad de Madrid impugnó la legalidad del Real Decreto 1331/2006, de 17 de diciembre, por la que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos o, en su defecto, la nulidad de sus artículos 4.3; 14.1, párrafo tercero, y 23.2 y 3. Tras los trámites permanentes, con presencia en las actuaciones de la Abogacía del Estado y del Consejo General de la Abogacía española (oposición a la demanda), de la Unión General de Trabajadores y de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (allanamiento a la demanda) y de la Confederación Intersindical Gallega (caducidad del trámite), la Sala declara únicamente contrario a Derecho el artículo 14.1, párrafo tercero, de la norma reglamentaria impugnada.

2. Las normas sobre las que la parte actora formula las peticiones que estima oportunas son numerosas, a partir de la pretendida inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2005 (RCL 2005, 2253), respecto a la cual se pide únicamente que se plantee la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional, único competente para acordarla. Lo que se cuestiona es la propia conveniencia y adecuación jurídica de establecer una relación laboral especial para los abogados o, mejor dicho, para los abogados que presten servicios por cuenta ajena en bufetes de distinta titularidad. La cuestión, no obstante, es rechazada por la Sala, podríamos decir que suficientemente argumentada.

Es en esta argumentación donde se encuentra algún fundamento jurídico de interés para esta sección, allí donde se dice que

“la ley no ha hecho otra cosa que recoger la realidad existente en la práctica y definida por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (RCL 2001, 1679), que aprobó el Estatuto General de la Abogacía Española en sus artículos 26 a 29, dando la oportuna seguridad jurídica, pues hasta entonces, según la jurisprudencia existente, se dudaba entre el carácter civil, mercantil o laboral de la citada relación. Debiéndose recordar que el Consejo de Estado cuando se ocupa de la citada relación refiere que no son tanto ni sólo las características de la actividad profesional del profesional abogado, sino sobre todo, las características de la organización que lo emplea –un bufete de abogados– y los servicios que presta a sus clientes que explicaría una diferenciación de tratamiento respecto a los demás abogados trabajadores de otros empleadores y a los trabajadores no abogados de despachos de abogados. Todo lo que justifica ese diferente tratamiento y la diferenciación del trabajo de otros abogados, dada entre otros la relación triangular entre el despacho, el cliente y el abogado, la aplicación al grupo de normas profesionales y éticas emanadas de las entidades corporativas y el carácter imperativo de ese grupo normativo profesional que condiciona la relación del abogado con el despacho y la especializan respecto a la relación normal entre empleador tipo y un trabajador (...)”

3. Fuera de esta cuestión de interés, recuérdese también que la Sala accede a declarar la nulidad del artículo 14, número 1, párrafo tercero, del Real Decreto 1331/2006 (RCL 2006, 2075) –solicitada por el recurrente como contrario al artículo 40.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y al contenido de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 (LCEur 2003, 3868)– pues si bien es cierto que el artículo 14.1 en sus párrafos primero y segundo está en plena conformidad con

lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, que codifica la anterior Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042), no lo está, sin embargo, la previsión de la norma en su párrafo tercero. Y no lo está cuando dispone que “no se computará a efectos de duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de la compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de la profesión”, ya no sólo no aparece conforme con los términos de la Directiva Comunitaria citada, sino que introduce una confusión y hasta una alteración de lo dispuesto en el anterior párrafo segundo, que en parte lo deja sin efecto o cuando menos hace difícil el determinar la compatibilidad entre uno y otro párrafo, segundo y tercero. Y no obsta en nada a lo anterior el que la determinación de esos tiempos de espera o desplazamientos se difiera, como dice el Real Decreto, al convenio colectivo, pues al margen de que en ningún caso el tiempo de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Española, se pueda dejar de computar a los efectos de determinar la jornada máxima de trabajo, no hay que olvidar que las normas en materia de jornada de trabajo lo que han de hacer es clarificar y dar las pautas exigidas y no introducir confusiones o dudas y esperar que las mismas sean resueltas por los convenios colectivos y siendo así que se advierte dificultad en compatibilizar lo dispuesto en el párrafo segundo con el párrafo tercero y dudas entre lo que se quiere expresar en el citado párrafo tercero en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo y estando este párrafo segundo en plena conformidad con las exigencias de la Directiva Comunitaria, es procedente por ello declarar la nulidad del párrafo tercero del artículo 14 que se impugna.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STS de 14 de octubre de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 614/2007), I.L. J 1235.

1. Los demandantes en la instancia han prestado servicios para la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía como ingenieros en virtud de contratos denominados: “contratos de trabajo de consultoría y asistencia técnica” amparados en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas. Sus funciones han sido las de realización de los servicios de asistencia y consultoría en materia de vías pecuarias, emitiendo informes técnicos y resolviendo todas aquellas consultas surgidas en la gestión de estas materias. Los demandantes percibían sus retribuciones a razón de un precio unitario por contrato, el pago se efectuaba por meses vencidos previa presentación de factura soportando el correspondiente IVA. El trabajo se realizaba en los lugares designados por la Secretaría General Técnica de la Consejería siendo ésta la que proveía a los demandantes de los medios necesarios para su realización, material de oficina, teléfono, ordenador, etc. El horario que no era controlado a través de fichajes era el turno de mañana a excepción de los desplazamientos que hubieran de hacerse para desarrollar el trabajo fuera de la oficina por deslindes, señalización y clasificación de vías pecuarias. Los demandantes, asimismo, disfrutaban de permisos y vacaciones comunicando a la dirección facultativa los períodos y no estaban sujetos a autorización previa. La sentencia recurrida,

II. Trabajador

al igual que la de instancia, entendió que se trataba de una lícita contratación administrativa celebrada al amparo de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya citada. Y entendió que no concurrían los requisitos para calificar de relación laboral su contratación. Frente a esta sentencia se recurre en Casación para Unificación de Doctrina ante el Tribunal Supremo cuya sentencia es la que ahora comentamos.

2. En su fundamentación jurídica, la sentencia recuerda que la problemática relativa a la prestación de servicios para las Administraciones Públicas ha sido ya resuelta por la Sala Cuarta, y a su doctrina se remite. La misma hace un repaso del itinerario legislativo recorrido en materia de contratación administrativa desde la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, hasta la normativa en vigor en el momento de resolver. Y es que, efectivamente, la DA Cuarta de la LMRFP dispuso la prohibición de celebrar contratos administrativos de colaboración temporal con personas físicas, si bien, excepcionalmente, permitió su celebración para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Con ello se perpetuaba la polémica distinción entre contratados administrativos y contrato de trabajo. Posteriormente, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en el artículo 197, preveía como posible la celebración de contratos de consultoría y asistencia, los de servicios y los trabajos específicos y concretos no habituales, de manera que permanecía el problema de delimitar qué se entendía por “trabajos específicos y concretos no habituales”. La doctrina jurisprudencial al respecto quedó establecida en una sentencia dictada en Sala General (STS de 2 de febrero de 1998) en la que después de reconocer la dificultad de deslindar ambas figuras, se estableció que lo que prevé la norma administrativa es que se lleve a cabo un trabajo de tipo excepcional cuyo objeto no está constituido por una actividad en sí misma independiente del resultado final, sino un trabajo específico, un “producto delimitado de la actividad humana”. Con todo, el Tribunal siempre ha insistido en sus pronunciamientos en que si la naturaleza de la prestación presentara las notas de la ajenidad y la dependencia, la mera calificación formal del contrato como administrativo no desvirtuaría su consideración como laboral. La naturaleza administrativa del contrato queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, esto es, a que se refiera a un trabajo específico, etc. La Sala, una vez recordada su propia doctrina sobre el particular, continúa examinando el desarrollo normativo de la figura de la contratación administrativa hasta llegar al Texto refundido 2/2000 y, en atención a los cambios introducidos por esta nueva norma, entiende que la contratación administrativa ya no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí mismas consideradas sino sólo en atención al resultado perseguido. En el supuesto planteado en la sentencia recurrida aparece acreditado que los demandantes fueron contratados bajo la formalidad administrativa cuando la realidad es que lo que de ellos se pedía no era un resultado sino el desarrollo de su actividad como profesores de su especialidad por un tiempo determinado siendo ello materia propia de una contratación laboral y no de una contratación administrativa. En consecuencia, la Sala entiende que al tratarse de una relación laboral, es competente el orden jurisdiccional social para conocer de la demanda que dio origen a las actuaciones y procede estimar el recurso de casación para casar y anular la sentencia recurrida.

3. Es ya clásica la existencia de pronunciamientos judiciales de la Sala Cuarta en materia de contratación administrativa con particulares vs. Contrato de trabajo. La sentencia que ahora se comenta se inscribe sin alteraciones en la misma línea jurisprudencial podríamos decir que consolidada y mantenida en paralelo a una regulación normativa de la materia sujeta a múltiples cambios y novedades. En efecto, la recientemente aprobada Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público introduce novedades en este aspecto al contener un contrato de servicios en sustitución de los anteriores contratos administrativos de Consultoría, Asistencia y de Ser-

vicios. La contratación administrativa con sujetos individuales es una práctica frecuente para hacer frente a ciertas carencias internas de la Administración en cuanto a medios personales y para la realización de determinadas actividades, especialmente las que posean un marcado carácter intelectual o que presupongan una gran cualificación del sujeto. En todo caso, puede aventurarse el pronóstico de que la nueva regulación legal no va a resolver los problemas de delimitación entre uno y otro tipo de contratación. El nuevo contrato de servicios (artículo 10 LCSP) está contemplado con una considerable amplitud, su objeto consiste en prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro. El dato añadido de que con la actual regulación haya desaparecido el principio de subsidiariedad de la contratación administrativa permite avanzar una expansión de estos contratos celebrados por las administraciones con particulares que plantearán sin duda los mismos problemas de delimitación con el contrato de trabajo que se han venido planteando. Ciertamente, el artículo 277.4 Ley 30/2007 (LCSP) incorpora una cláusula que expresamente contempla la imposibilidad de que se produzca la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto de contratación como personal de ente. Pero, dicha cláusula de salvaguarda, que ya de por sí está evidenciando la existencia de una problemática diferenciación entre contratos de una y otra naturaleza, nunca podría amparar la contratación administrativa fraudulenta. Así pues, por mucho que se haya transformado el texto legal, en lo tocante a esta cuestión, el Tribunal seguirá declarando la laboralidad si ésta se encuentra fundadamente acreditada en los hechos relativos a la contratación y al trabajo desempeñado.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (COORDINADORA)

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

LUIS GORDO GONZÁLEZ

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

III. EMPRESARIO**Sumario**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Verdadero empresario. **3. Grupo de empresas.** A) Circulación de trabajadores entre las empresas de un grupo de empresas.

B) Extinción del contrato por causas objetivas en el ámbito de un grupo de empresas.

4. Contratas. A) Concepto de propia actividad. B) Extinción del contrato de trabajo por finalización de contrata. C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la prestación de incapacidad permanente. D) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Empresas de Trabajo Temporal y cesión ilegal de trabajadores.

6. Cesión ilegal. A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios.

7. Sucesión de empresas. A) Concepto de transmisión de empresa. B) El cesionario no se subroga en el contrato de arrendamiento del local de negocio. C) Sucesión de contratas administrativas. D) Sucesión empresarial: convenio colectivo que establece un derecho de opción a favor del trabajador. E) Asunción directa de tareas externalizadas y convenio colectivo aplicable. F) Convenio colectivo aplicable tras la subrogación contractual.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2009 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1087 a 1632) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, 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. EMPRESARIO

A) Verdadero empresario

La STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 2008, I.L. J 1342, aborda un supuesto de reclamación en el que se insta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, con el objetivo de establecer la responsabilidad por despido del administrador único de una sociedad limitada que tiene por objeto la explotación de una autoescuela, habiéndose considerado probado que esta persona era a su vez propietario del local donde se ubicaba el domicilio de la sociedad y que, con carácter previo a la constitución de la sociedad demandada, el ahora administrador realizaba similar actividad como empresario individual. El Tribunal realiza una amplia exposición sobre la fundamentación jurídica y los efectos de la doctrina del levantamiento del velo y de su aplicabilidad en el ámbito laboral. Para el Tribunal esta doctrina tiene origen en la obligación de eludir formalismos que tuvieren por objeto encubrir a sujetos responsables, desvelando la verdadera identidad de éstos como paso previo a la imputación de las responsabilidades que correspondan. Corresponde a los órganos jurisdiccionales la obligación de realizar las operaciones necesarias para desvelar al responsable verdadero, mandato que tiene su último fundamento en el principio constitucional de tutela judicial efectiva y, más remotamente, en el valor superior de la justicia reconocido por el artículo 1 de dicha norma. En el apartado de fundamentación normativa, el Tribunal trae también a colación la previsión contenida en el artículo 6.4 del Código Civil, que desde un punto de vista sustantivo consagra la proscripción del fraude de ley, mientras que en el aspecto adjetivo, se cita el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Recuerda también el Tribunal la especial significación que dicha doctrina posee en el ámbito del Derecho Laboral: “tuitivo por naturaleza, vocación histórica y mandato constitucional (artículos 7, 28, 35, 37 y 40 de la Carta Magna) de tal forma que los Tribunales de Justicia del Orden Laboral tienen la función de sacar a la luz la realidad material que subyace en las prestaciones de servicios, no pudiendo admitir la mera existencia formal de una situación de cobertura que perjudica al operario” (STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 2008, I.L. J 1342).

En la mayoría de los supuestos en el ámbito laboral, la doctrina del levantamiento del velo tiene como objeto asegurar la determinación del empresario real, indagando en el sustrato personal de las partes, prescindiendo de la forma externa que presentan, para poder examinar los intereses reales que latan en el interior de la relación de trabajo. La operación de prescindir de los aspectos formales, en lo que tiene de modalización del principio de separación de patrimonios, requiere una justificación suficiente, pues supone la inaplicación de los principios que configuran una institución de tan honda tradición como la persona jurídica. Doctrina y jurisprudencia han enumerado las situaciones que, de producirse, procedería levantar el velo de la personalidad jurídica, en palabras de la sentencia comentada, entre estas situaciones cabría citar:

“confusión de patrimonios, infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona física y su sociedad. Éste sería el planteamiento ante el caso de una sociedad única, cuya personificación moral, con la consiguiente limitación de responsabilidad, se quiere sobrepasar, para alcanzar la de los socios”.

III. Empresario

La Sentencia considera insuficientes, a los efectos de la condena solidaria demandada, las pruebas e indicios aportados y, en concreto, no suficientemente relevantes para considerar la existencia de confusión patrimonial el hecho de que la autoescuela, en su actividad habitual, haga uso de dos bienes propiedad del administrador, pues la normativa laboral no requiere que el empleador sea propietario de los bienes dedicados a la producción.

“En tal sentido, no ha trascendido a la superficie cuál es la relación interna entre la mercantil demandada y dicho socio en virtud de la cuál la primera tiene a su disposición dichos medios materiales, pero también es preciso señalar que dicha empresa tiene por objeto social la actividad de autoescuela, y que, como es notorio, su potencial y fuerza reside también en la mano de obra (personas que imparten las clases teóricas y prácticas) y en los vehículos donde las prácticas se realizan (automóviles, motos o camiones), y sobre ello, nada se ha acreditado, concretamente, sobre que la propiedad de los vehículos sea también del condenado Sr. Gustavo.

En cualquier caso, de esa anomalía no puede deducirse sin más que la constitución de la sociedad en el año 1994 fue con la intención de defraudar a los trabajadores pues es lo cierto que la misma respetó la antigüedad del trabajador y que el mismo vino desempeñando su actividad laboral de la misma forma antes y después de la clara sucesión empresarial que se produjo entre el empresario físico y la persona jurídica. Y no se detecta tampoco fraude alguno cuando a la vista de la escritura de constitución de la mencionada sociedad limitada se constata que la misma fue constituida con un capital social de ocho millones de pesetas, al 50% entre el actor y su esposa que fue desembolsado en metálico (...), y así, tan sólo se admite levantar el velo de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) y trascendiendo de las formalidades jurídicas, cuando concurren específicas circunstancias y éstas no concurren. En fin procede la desestimación del referido motivo de suplicación.”
STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 2008, I.L. J 1342.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Circulación de trabajadores entre las empresas de un grupo de empresas

Son ya numerosos los pronunciamientos judiciales en torno a la posibilidad de extender, de forma solidaria, la responsabilidad al conjunto de las empresas que forman parte de un grupo de empresas por las deudas que una de ellas mantiene con sus trabajadores. En la mayoría de los supuestos, ausente la discusión sobre la propia existencia del grupo de empresas, el debate se centra en determinar si existe alguno de los elementos adicionales tradicionalmente exigidos por nuestros Tribunales para admitir dicha posibilidad. En concreto, la STSJ de Catilla y León (Burgos) de 10 de septiembre de 2008, I.L. J 1622 resuelve el recurso de suplicación presentado por un trabajador contra la sentencia denegatoria emitida por el Juzgado de lo Social en demanda por extinción de la relación laboral por causas objetivas. A juicio del trabajador, la prestación de servicios indistinta para las dos empresas codemandadas debe considerarse cesión ilegal, a los efectos previstos en el artículo 43 ET; en caso contrario, el recurso entiende que se darían los requisitos exigidos para considerar la existencia de un grupo empresarial y que, no habiéndose demostrado la concurrencia de la causa legal para proceder a un despido

objetivo por amortización de puesto de trabajo [52.c) ET] en todas las empresas que forman el grupo, la extinción del contrato ha sido realizada de manera improcedente.

Ante la primera de las peticiones, el Tribunal hace uso de una serie de argumentos, citando la doctrina incluida en la STS de 14 de septiembre de 2001, que no pueden compartirse. En palabras de la Sentencia:

“la finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponde, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Siendo así que, en el presente supuesto fáctico, a tenor de los inalterados ordinales que constituyen el relato histórico de la resolución combatida, cabe dar por sentado que, no discutida la válida constitución de cada una de las mercantiles demandadas, y tal y como se razona por el Magistrado de instancia y partiendo de los hechos declarados probados estaríamos ante una circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo sin que exista propiamente un empresario cedente ficticio que se limite a suministrar mano de obra ocultando al empresario real. Sino que por el contrario el trabajador ha estado prestando sus servicios para ambas empresas indistintamente dentro de la organización de cada una de ellas que ponían en juego los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, sin que tal prestación de servicios fuera permanente sino que el trabajador contratado por la empresa De Miguel TGC Burgos SL en ocasiones prestaba servicios para la empresa De Miguel Consulting SL. En consecuencia entendemos que no concurren los requisitos que legal y jurisprudencialmente se vienen exigiendo para que podamos considerar que se ha producido una cesión ilegal de trabajadores” (STSJ de Catilla y León (Burgos) de 10 de septiembre de 2008, I.L. J 1622).

Pues bien, debe recordarse que el supuesto de cesión ilegal prohibida por el artículo 43 ET no establece como requisitos aplicativos que la empresa cedente tenga carácter ficticio y que su actividad se limite al suministro de mano de obra. Empresas con capacidad para realizar las actividades previstas en su objeto social pueden incurrir igualmente en cesiones ilegales, pues esta actividad queda únicamente autorizada para empresas de trabajo temporal constituidas conforme a la legislación aplicable. Así lo dice también el Tribunal Supremo en la misma resolución que cita la sentencia comentada. En el supuesto enjuiciado, se trata de dos empresas reales, y el hecho no combatido es que la primera puso a disposición de la segunda a un trabajador; tanto es así que la propia sentencia afirma que éste prestó servicios de manera indistinta para ambas, dentro de sus respectivas organizaciones y que éstas, en cada momento, hicieron uso de los respectivos medios materiales y personales que configuraban su estructura empresarial para facilitar ocupación efectiva al trabajador. Tales afirmaciones debieron conducir al Tribunal a declarar la existencia de cesión ilegal, sin que el hecho de que la empresa cesionaria y la cedente formen parte del mismo grupo empresarial debiera alterar el fallo, pues nada dice al respecto el más arriba mencionado artículo 43 ET, ni existe excepción, más allá de la dedicada exclusivamente a las Empresas de Trabajo Temporal, en la normativa legal

III. Empresario

aplicable. Es cierto que en determinadas circunstancias el Tribunal Supremo admite la circulación de trabajadores dentro de un mismo grupo de empresas (STS de 26 de noviembre de 1990), pero no es menos cierto que se trata de una doctrina controvertida por permitir a las empresas que forman parte de un grupo lo que al resto les está vedado, pero sobre todo dicha posibilidad sólo es viable cuando no se deriven perjuicios para el trabajador, circunstancia que la sentencia objeto de comentario no parece haber tenido en cuenta, y en ningún caso impide la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 43 ET.

B) Extinción del contrato por causas objetivas en el ámbito de un grupo de empresas

La posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario alegando causas económicas, supuesto previsto en el artículo 52.c) ET, exige a éste acreditar que dicha decisión contribuye a la superación de situaciones económicas negativas. Cuando la decisión extintiva afecta a un trabajador que presta servicios para una empresa que forma parte de un grupo de empresas cabe plantearse si la situación económica habilitante debe afectar al conjunto de las empresas que lo forman o, por el contrario, únicamente a la empresa del grupo para la que éste presta servicios. En primer lugar, interesa recordar que la mera existencia de un grupo de empresas no permite establecer consecuencias jurídicas en el plano laboral. En supuestos de despido objetivo, resultan aplicables los requisitos adicionales exigidos por la jurisprudencia en materia de comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo. En el supuesto comentado, dichos elementos adicionales parecen estar presentes, pues, a juicio del Tribunal, las empresas demandadas forman un grupo empresarial a efectos laborales, conclusión que se alcanza una vez se han acreditado los siguientes extremos:

“En efecto, del relato fáctico de la sentencia recurrida se desprende la relación existente entre ambas empresas para considerar que forman un grupo empresarial. En efecto, téngase en cuenta que aunque ambas empresas tienen formalmente distinto domicilio, la empresa con quien suscribió el contrato el actor tiene el domicilio en C/Burgense 12, bajo en la ciudad de Burgos y la otra empresa codemandada SRM De Miguel Consulting, SL en Plaza de la Libertad núm. 12.2 también de la ciudad de Burgos, las nóminas del actor constan como domicilio de la empresa este último domicilio no el domicilio de la empresa con la que tiene suscrito el contrato de trabajo. El trabajador presta sus servicios para ambas empresas bajo las órdenes de la misma persona, D. Gerardo, que es quien en su día suscribió el contrato de trabajo y firmó la carta acordando la extinción de la relación laboral, todo ello en nombre y representación de la empresa De Miguel TGC Burgos SL, pero también figura en el organigrama nominativo de la empresa De Miguel Consulting, SL, donde también está el trabajador demandante en los Departamentos de Calidad, Control de Producción y Recursos Humanos prestando sus servicios para ambas. Esta prestación de servicios indiferenciada para una u otra empresas, bajo la misma Dirección, le es de aplicación la doctrina jurisprudencial que se recoge en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007, recurso 641/2005, recaída igualmente en función unificadora (...) La responsabilidad solidaria a efectos laborales, característica no de todos pero sí de determinados grupos de empresas, deriva en estos supuestos particulares de prestaciones de trabajo indistintas e indiferenciadas del hecho de que las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador” [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de septiembre de 2008, I.L.J 1622].

En segundo lugar, tras acreditar la existencia de estos elementos adicionales, la consecuencia obligada es que la situación económica negativa debe extenderse al conjunto de las empresas que forman parte del grupo de empresas, como la propia sentencia comentada se detiene a precisar:

“Sentado lo anterior debemos recordar que para apreciar la concurrencia de situación económica negativa es necesario que se valore la situación económica de la totalidad de las empresas que forman el grupo (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002 y 13 de febrero de 2002, y de esta Sala de 20 de febrero de 2002). Y en el supuesto enjuiciado si bien se ha acreditado la situación de pérdidas de la Empresa De Miguel TGC Burgos SL y que justificaría la extinción de la relación laboral por causas económicas al amparo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores no existe ninguna prueba ni hecho probado en la sentencia recurrida que acredite la concurrencia de esta misma causa en la empresa SRM de Miguel Consulting, SL y en consecuencia al no haberse probado tal causa, debemos estimar de este particular motivo del recurso, (...)” [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de septiembre de 2008, I.L.J 1622].

4. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

La STS de 3 de octubre de 2008, u.d., I.L.J 1176, resuelve la cuestión litigiosa en torno a si el transporte urgente sanitario puede ser incluido en el concepto de propia actividad, al objeto de extender la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET al Servicio Navarro de Salud por razón de las deudas salariales contraídas con sus trabajadores, por la empresa con la que dicho Servicio tenía contratado el transporte sanitario, a título de adjudicataria. Siguiendo la jurisprudencia sobre la materia se debe determinar si la actividad de transporte sanitario constituye una actividad indispensable para prestar el servicio público sanitario. El Tribunal estudia las normas que regulan las prestaciones sanitarias cubiertas por la Diputación Foral y, más concretamente, los preceptos que atribuyen a la Administración Autonómica la gestión del servicio de transporte sanitario y los equipos móviles sanitarios. Siendo así, el Tribunal entiende que tales servicios forman parte del núcleo de los servicios que el departamento de sanidad debe prestar necesariamente y forman parte de su propia actividad y, por ello, cabe condenar solidariamente por las deudas salariales contraídas por la empresa auxiliar con sus trabajadores al Instituto Navarro de Salud. En palabras del Tribunal Supremo:

“De toda esta normativa no cabe deducir sino que el transporte sanitario de urgencia constituye un servicio sanitario complementario pero estrictamente necesario para que el Instituto Navarro de Salud como cualquier gestor público de servicios sanitarios pueda dar cobertura a las necesidades más patentes de asistencia; y, siendo ello así, no cabe duda de que el mismo deber ser calificado como integrado dentro del concepto de propia actividad previsto en el artículo 42.2 ET, que por lo tanto habrá de ser aplicado en su estricta literalidad por lo tanto con las consecuencias de responsabilidad solidaria que en él reestablece

III. Empresario

para las deudas salariales contraídas por la empresa contratada con sus trabajadores” STS de 3 de octubre de 2008, u.d., I.L. J 1176.

B) Extinción del contrato de obra o servicio determinado por finalización de la contrata

El Tribunal Supremo ha venido configurando una doctrina en torno a las consecuencias que la extinción de la contrata entre empresa principal y contratista puede producir en los contratos de trabajo de duración determinada de los trabajadores empleados en la realización de dicha contrata. Esta doctrina es detalladamente expuesta en las SSTS de 17 de julio y 23 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1109 y 1088, sobre supuestos que resuelven litigios referidos a una misma empresa, doctrina ya contenida en la STS de 10 de junio de 2008, u.d., I.L. J 711, comentada en el número anterior de esta revista, crónica III.3.5.C):

“La STS de 10 de junio de 2008 (recurso para la unificación de doctrina 1204/2007) que resumió lo unificado en las STS de 15 de enero de 1997 (recurso 3827/1995), 8 de junio de 1999 (recurso 3009/1998), 20 de noviembre de 2000 (recurso 3134/99), 26 de junio de 2001 (recurso 3888/2000) y 14 de junio de 2007 (recurso 2301/2006), afirmando que en las anteriores tras reconocer la existencia en la doctrina de dicha Sala de algunas divergencias de criterio sobre la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, se unifica la doctrina en los siguientes términos: 1º) Se recoge, en primer lugar, que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. 2º) Pero se reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que esa necesidad está objetivamente definida y que ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste. 3º) Se precisa también que no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato” (STS de 23 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1088).

La Sentencia comentada añade algunas otras consideraciones, progresivamente enunciadas por el Tribunal Supremo, como el que la actividad posea autonomía y sustantividad propia, requisito ya previsto en el artículo 15.1.a) ET pero que a estos efectos conviene reiterar (STS de 23 de junio de 1997) y, ahora atendiendo al momento de la extinción del contrato de trabajo, la exigencia de que la finalización de la contrata se produzca por causas ajenas a la voluntad del

empresario auxiliar, pues en el caso de que éste denuncie el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable, no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término (STS de 8 de junio de 1999). Por último, se insiste en que el contrato de duración determinada de obra o servicio es un contrato temporal sujeto a plazo, aunque en nuestra opinión se trata no de un plazo sino de un término; con cita del artículo 1125 Código Civil, se afirma que cuando existe certeza sobre el hecho futuro, del que se hace depender la continuidad del contrato, aunque se desconoce el momento en que se producirá, estamos ante un término resolutorio, mientras que cuando la duda sobre la certeza se cierne sobre la producción del propio hecho nos encontramos ante una condición resolutoria. En palabras de la sentencia objeto de comentario:

“Que el artículo 15.1.a) ET establece un contrato sujeto a plazo resolutorio lo evidencia el que regule un contrato sujeto a un límite temporal cierto, aunque sea incierta su duración concreta. Y lo corrobora el hecho de que tal contratación temporal sólo se autorice en atención a que la empresa contratante necesita temporalmente de trabajadores para atender una actividad concreta, determinada y con autonomía y sustantividad propias, razón por la que se vincula la duración del contrato a la subsistencia de la necesidad que se atiende con él” (STS de 23 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1088).

Por consiguiente, si la contrata que justifica la realización del contrato de duración determinada se renueva o es sustituida por otra posterior con el mismo objeto, el contrato de trabajo no se extingue por no haberse cumplido el plazo resolutorio acordado:

“Así pues, en la modalidad contractual estudiada cabe que se pacte un plazo resolutorio determinado o indeterminado, según las circunstancias de la obra o servicio a ejecutar o de la concesión obtenida, aunque la mayoría de las veces será difícil determinar la fecha exacta de la extinción. Pero lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de éste continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface. (...) la constancia en el relato histórico de que entre la empresa principal y la contratista se celebró una segunda contrata un día antes de extinguir la primera y que en la segunda se procedió a contratar a alguno de los trabajadores que habían prestado servicios en la anterior, hallándose la primera contrata en fase de prórroga y que en ningún momento se vincula la duración del contrato temporal de la actora a la vigencia de la contrata.

Semejante conjunto de circunstancias impiden considerar que el término previsto en los contratos celebrados entre la demandada y los trabajadores se haya cumplido dando así lugar a la aplicación de la cláusula de temporalidad” (STS de 23 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1088).

III. Empresario

C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la prestación de incapacidad permanente

El artículo 42.2 ET establece la responsabilidad solidaria de los empresarios principal y auxiliar respecto de las obligaciones referidas a la Seguridad Social de las empresas subcontratistas, cuando la obra o el servicio contratado tenga por objeto la realización de tareas que se encuentre en la esfera de la propia actividad del principal. Sin perjuicio de lo previsto en dicho precepto, el artículo 127.1 LGSS obliga al empresario principal a responder subsidiariamente cuando el empresario auxiliar haya sido declarado responsable del pago de una prestación de Seguridad Social. La STS de 23 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1097, se pronuncia sobre la existencia y el tipo de responsabilidad que corresponde al empresario principal, en un supuesto en el que éste, habiendo asumido la construcción de un edificio de viviendas, encarga a una empresa auxiliar la realización de determinadas obras pertenecientes a la propia actividad, teniendo en cuenta que un trabajador de la segunda, empleado en la realización de tales obras, ha sufrido un accidente no laboral en una fecha en la que el empresario auxiliar todavía no había cursado su correspondiente alta en la Seguridad Social. Con motivo de dicho accidente, el trabajador sufre una serie de lesiones permanentes que determinan el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual. A los efectos de determinación del tipo de responsabilidad que cabe imputar al contratista principal en el pago de la correspondiente prestación de incapacidad permanente, conviene recordar que el Tribunal Supremo ya se había pronunciado a favor de declarar la responsabilidad solidaria de éste con anterioridad (STS de 17 de mayo de 1996), si bien en aquel supuesto el hecho causante fue calificado como accidente de trabajo. Haciendo uso de los argumentos ya vertidos en la resolución citada, el Tribunal Supremo confirma su anterior doctrina, aplicándola extensivamente a los accidentes no laborales, tras interpretar de manera coordinada lo dispuesto en los artículos 42.2 ET y 127.1 LGSS:

“Estos preceptos legales establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista. La conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción sin perjuicio que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del artículo 42.2 ET; si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la propia actividad de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así, se aplica el artículo 127 LGSS, y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista fuese declarado insolvente” (STS de 23 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1097).

D) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo

El artículo 123 LGSS incrementa, por cuenta del empresario infractor, las prestaciones de Seguridad Social a percibir por el trabajador víctima de un accidente de trabajo, cuando dicho hecho se haya producido con inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo. Por su parte, el artículo 24.3 LPRL obliga a la empresa prin-

principal que contrate o subcontrate con empresas auxiliares a vigilar el cumplimiento que estas empresas hacen de las normas vigentes en materia de prevención de riesgos laborales en la realización de dicha contrata, siempre que se cumplan dos requisitos: que la obra o servicio contratado sea de la propia actividad de la empresa y que las tareas se realicen en el centro de trabajo de la principal. Numerosos litigios sobre la posibilidad de extender solidariamente la responsabilidad del pago de este recargo de prestaciones al empresario principal han debido resolverse por distintos Tribunales durante los últimos meses.

El Tribunal Supremo resuelve un supuesto de recargo de prestaciones por accidente de trabajo producido mientras se realizaban operaciones de mantenimiento eléctrico en un Centro Regional de Menores, dependiente de la Administración Autonómica; se da la circunstancia de que este centro es titular de una línea de alta tensión y de un centro de transformación, habiéndose contratado el mantenimiento de este último con una empresa que, a su vez, procedió a subcontratar con una tercera. Fijada la procedencia del recargo de prestaciones, se discute sobre si la responsabilidad solidaria que afecta a contratista y subcontratista ha de alcanzar también a la empresa principal, cuya actividad, obviamente, nada tiene que ver con tareas de mantenimiento eléctrico. A pesar de que la propia Sentencia reconoce este extremo, el Tribunal se inclina por extender la responsabilidad a la Administración Autonómica, sin que a nuestro juicio concurran elementos suficientes para adoptar dicha decisión, pues no se tiene en cuenta que la actividad subcontratada no pertenece a la propia actividad de la principal:

“De acuerdo con esa interpretación, lo decisivo, como ocurre también en otros supuestos como en el caso de la empresa usuaria en el trabajo temporal, es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal. O en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran y si es así –continúa diciendo la Sentencia de 8 de abril de 1992– es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño (...). Doctrina que aplicada al presente supuesto, determina la extensión de la responsabilidad interesada” (STS de 7 de octubre de 2008, u.d., I.L. J 1270).

Otros Tribunales valoran de manera bien distinta la coincidencia entre las actividades de la empresa principal y de la auxiliar. La STSJ de Extremadura de 6 de mayo de 2008, I.L. J 1123, aborda un supuesto en el que se dilucida si la empresa principal, como promotora y contratista principal de una obra, debe responder solidariamente con la empresa auxiliar, dedicada a la realización de algunas de las tareas de construcción en dicha obra, del recargo del 50% de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por un trabajador de la segunda empresa, cuando prestaba servicios en la realización de la obra objeto de contrata. En estos supuestos resulta fundamental acreditar que el empresario principal ha faltado a alguno

III. Empresario

de sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales, incluido el deber general de vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad (STS de 11 de mayo de 2005). En el caso comentado ha quedado acreditado que el empresario principal “conocía la existencia de la línea eléctrica en la que no figuraban señalizaciones de advertencia, ni barandillas que delimitasen la zona, a consecuencia de lo cual el trabajador recibió una descarga que le causó la muerte. La existencia de ese tendido eléctrico en el lugar de trabajo del trabajador de la empresa Estructuras Marfil SL era conocida por ambas empresas, y ambas sabían que constituía un grave riesgo para la vida y la integridad de los trabajadores. La recurrente no cumplió sus obligaciones de prevención con la mera realización de gestiones ante Iberdrola para que procediese al cortado del suministro eléctrico. Debió identificar el riesgo y adoptar las medidas para evitarlo. Lo decisivo, a efectos de la responsabilidad solidaria, es que ni ella ni la empresa Estructuras Marfil desviaron la línea, ni la dejaron sin tensión, ni colocaron barreras o avisos para advertir del peligro, por lo que, también –si como alega era promotora– incumplió su obligación de vigilancia respecto del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos por parte del contratista o subcontratista. Un deber de ámbito objetivo limitado pero de intensidad absoluta, porque el artículo 42.2 –como su concordante 42.2 LPRL– se dirigen a evitar que en los supuestos de descentralización productiva se menoscaben las condiciones de seguridad” (STSJ de Extremadura de 6 de mayo de 2008, I.L. J 1123).

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en un supuesto de accidente con resultado de muerte que se produce en la realización de una obra de impermeabilización de una terraza carente de barandillas protectoras. A juicio del órgano juzgador, tanto la empresa principal como la auxiliar, ambas dedicadas a actividades de construcción, conocían dicha circunstancia y debieron poner remedio, al no hacerlo incurrieron en responsabilidad:

“Pero es el caso que en el supuesto analizado tanto la principal como la subcontratista incurrían en esa responsabilidad que se les imputa en la resolución judicial pues una y otra son conocedoras de la infracción de normas de seguridad en el trabajo desde el momento que la terraza, en la que se desarrollan los trabajos, carecía de un elemento tan esencial como es de una barandilla que protegiese a los que están subidos en ella del riesgo de caída. Ni por la principal ni por la subcontratista se restableció la menor medida de control sobre el trabajo realizado a una altura de unos cuatro metros y en la omisión de dicha medida de seguridad son copartícipes ambas empresas sin que pueda apreciarse la culpa del trabajador, en concurso con las conductas omisivas de ambas Sociedades, al no quedar probado que la referida terraza tuviese los oportunos anclajes donde ajustar el cinturón o arnés de seguridad del que estaba provisto el trabajador. Es cierto que éste debe usarlo y la omisión de dicha conducta ha de tacharse de imprudente pero, en este caso particular, no es así por cuanto, como se razona por el Letrado opositor, no ha quedado acreditado la posibilidad del uso de dicho medio de seguridad por lo que no le es imputable lo acaecido y sí, por el contrario un exceso de celo en la obediencia de lo que le fue encargado (...)” [STSJ de Andalucía (Granada), de 5 de marzo de 2008, I.L. J 1136].

Solución igualmente estimatoria, en lo que respecta a la extensión de la responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones por accidente, obtiene la reclamación frente a la empresa adjudicataria de la construcción de un pabellón deportivo municipal que subcontrata con otras empresas, también dedicadas a la construcción, parte de las obras de construcción de

dicha instalación deportiva. Por el contrario, la misma reclamación frente al Ayuntamiento propietario de los terrenos es rechazada:

“En el caso examinado, y siguiendo las aseveraciones de la sentencia que no han sido desvirtuadas (...) el siniestro fue debido a un deficiente apuntalamiento de la losa o forjado inferior sobre la piscina recreativa que produjo que todo el encofrado se hundiese, quedando los siete operarios que prestaban servicios atrapados entre el amasijo de hierros, placas y tableros del encofrado, siendo responsables de tan graves deficiencias Construcciones Mediterráneas Creu Alta por su falta de verificación del correcto montaje, solidez y mantenimiento de los apuntalamientos para evitar riesgos y la hoy recurrente, Placogest Sport, SL, por el incumplimiento de su obligada coordinación de actividades a las que venía obligada (artículo 24.2 de la L 31/1995, de 8 de noviembre; artículo 42.3 RDL 5/2000, de 4 de agosto) al incumbir a Placogest Sport, SL como empresa principal, una función de verificación, control y supervisión de la obra tantas veces citada, tal como indica la sentencia de instancia. (...)

Por último, en cuanto a la responsabilidad que el recurrente pretende derivar hacia el Ayuntamiento al ser propietario de los terrenos donde se ejecutó la obra y dadas las facultades que se reservó en el pliego de condiciones y en el contrato suscrito con Placogest Sport, SL, baste indicar lo ya razonado en la sentencia de instancia de que dicha supervisión no alcanzaba a la verificación de la ejecución de los trabajos de los contratistas ni a las decisiones de los técnicos de la obra, respecto al modo de proceder al apuntalamiento de los forjados para su ejecución...” [STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2008, I.L. J 1148].

Pero el deber de vigilar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales no puede determinar la imposición de una responsabilidad solidaria objetiva, en el sentido de que producido un accidente en el centro de trabajo de la principal debe entenderse que ésta incumplió su deber de vigilar. Así lo entiende el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que exige la acreditación de alguna evidencia que permita afirmar que el empresario principal incumplió sus obligaciones de vigilancia y coordinación:

“La exigencia de diligencia debe, pues, hacerse en términos razonables. Y siendo esto así, es evidente que la empresa recurrente es ajena a la que ha sido causa de producción del siniestro por cuanto, si como se ha razonado, fue la rotura de un tubo, que soportaba a la palometa que era plataforma en la que se situaba el trabajador, la causante del siniestro no era obligación de la empresa principal el análisis del estado de la misma, ni de todas aquellas plataformas o soportes que han de ser examinados por los empleados de la empresa que realiza las funciones que tiene concertadas con aquélla. La principal contrata con una empresa solvente, que tiene planes de seguridad e higiene en el trabajo, que aporta a sus trabajadores medios y conocimientos para realizar sus funciones y analiza el comportamiento general de aquélla pero no le es imputable, si podía serlo, la más mínima actividad de la empresa que resalía las funciones, las particulares tareas de la misma y la comprobación y evaluación permanente de los riesgos en las actividades por aquélla realizadas pues, si ello fuese así, haría innecesaria la contrata y sería su propio personal el que llevase a cabo las tareas.” [STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de marzo de 2008, I.L. J 1138].

III. Empresario

Otros pronunciamientos insisten en la tesis de que no cabe exigir la imposición de responsabilidad solidaria en el pago del recargo de prestaciones por accidente de trabajo cuando empresario principal y auxiliar se dedican a actividades diversas, como es el caso de una empresa promotora en cuyo centro de trabajo se realizan obras de demolición, en el curso de las cuales se produce un accidente de trabajo:

“aun cuando el accidente se produjo en su centro de trabajo, ninguna responsabilidad directa tiene con la producción del mismo, pues aun cuando técnicos a su servicio realizaran el proyecto de demolición, no participó en la ejecución de la misma, y no siendo su actividad principal, ni la secundaria, la intervención en la realización de obras, sino en la fabricación, elaboración y venta de productos químicos y afines, no tuvo intervención alguna en la producción del evento correspondiente, (...)” [STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de abril de 2008, I.L. J 1525].

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Empresas de Trabajo Temporal y cesión ilegal de trabajadores

El artículo 43 ET prohíbe el suministro de mano de obra, actividad únicamente permitida para las Empresas de Trabajo Temporal constituidas conforme a su normativa específica. La actividad de estas empresas debe ajustarse a los requisitos establecidos en normativa específica, entre los que cabe destacar la limitación establecida en el artículo 5: los contratos de puesta a disposición únicamente pueden realizarse para cubrir puestos de trabajo de carácter temporal, en los términos establecidos por el artículo 15 ET; en otras palabras, el empresario puede cubrir las necesidades temporales de mano de obra incluidas en alguno de los supuestos de contratación temporal prevista en dicho precepto legal de manera directa, mediante la conclusión en cada caso de los contratos de duración determinada expresamente previstos por el legislador, o mediante el recurso a Empresas de Trabajo Temporal; las necesidades de contratación que no pueden incluirse en alguna de las modalidades de contratación temporal no pueden cubrirse por ninguna de estas dos vías, si el empresario hace uso de un contrato de duración determinada en fraude de ley, la cláusula que determina la duración del contrato se tendrá por no puesta y el contrato se entiende indefinido; si el empresario contrata con una Empresa de Trabajo Temporal, la puesta a disposición de la empresa usuaria será considerada cesión ilegal de trabajadores, con las consecuencias previstas en el artículo 43 ET, porque la excepción prevista en dicho precepto únicamente cubre las cesiones realizadas con respeto de las previsiones contenidas en la Ley de Empresas de Trabajo Temporal. Cierto es que, desde un punto de vista sistemático, la normativa aplicable ofrece alguna duda, en particular la aparente contradicción existente entre las previsiones contenidas en el artículo 43.2 ET y el artículo 16.3 LETT, pero creemos que la excepcionalidad de la figura y la tradición normativa española en la materia abonan una interpretación más arriba resumida, por lo que no cabe sostener que las limitadas consecuencias previstas en el precepto de la norma singular (responsabilidad solidaria por salarios y Seguridad Social únicamente en los supuestos previstos en los artículos 6 y 8 LETT), impediría la aplicación de las previsiones contenidas en la norma general. Algunos pronunciamientos recientes de nuestro Tribunal Supremo resuelven en unificación de doctrina problemas similares al descrito, reiterando la doctrina precedente; en concreto la STS de 3 de

noviembre de 2008, I.L. J 1248, ha reiterado la tesis establecida en pronunciamientos precedentes en los siguientes términos:

“la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores puede producirse también en caso de que exista cesión ilegal de trabajadores, aunque se trate de ETT y la infracción no se refiera a los artículos 6 y 8 de la LETT, (...) el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores no sólo puede alcanzar a los contratos de puesta a disposición que se lleven a cabo en supuestos no previstos en la formulación positiva del artículo 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el artículo 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del artículo 6.4 CC” (STS de 3 de noviembre de 2008, u.d., I.L. J 1248).

La misma consecuencia jurídica debe producirse cuando los trabajadores puestos a disposición son destinados a la realización de funciones diversas a las acordadas y pasan a realizar tareas ajenas a las formalmente previstas en el contrato de puesta a disposición; en tales circunstancias, debe declararse la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria cesionaria respecto de los actos de la ETT; en el supuesto resuelto en la **STS de 5 de noviembre de 2008**, u.d., I.L. J 1257, se declara la responsabilidad solidaria por el despido nulo del trabajador. En palabras del Tribunal Supremo:

“El objeto de debate de unificación de doctrina se centra exclusivamente en si la empresa usuaria (Endesa) ha de responder de forma solidaria o de forma subsidiaria con la empresa de trabajo temporal (Personal 7 ETT) de las consecuencias del despido nulo declarado en la instancia y confirmado en suplicación. (...) De acuerdo con esta línea jurisprudencial, que mantenemos en la presente resolución, la responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario que establece el artículo 43 ET ‘por infracción de las obligaciones contraídas con los trabajadores’ se aplica a los supuestos de incumplimiento de las obligaciones legales derivadas del contrato de trabajo cuando la cesión de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria derivada de un contrato de puesta a disposición no se ha ajustado a los términos que legalmente se establezcan (artículo 43.1 ET). Siguiendo esta misma doctrina jurisprudencial, la aplicación del artículo 43.2 ET a los supuestos en que se utiliza la intermediación de la ETT de una manera distinta a la legalmente establecida se contrae a las obligaciones legales y no comprende determinaciones reglamentarias o elementos accesorios que no alcancen la sustancial regulación efectuada por la Ley (...) Las razones expresadas en las sentencias precedentes a favor de la solución a la cuestión planteada se pueden resumir como sigue: 1) la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción deber ser interpretada de manera estricta; 2) los incumplimientos de las obligaciones contraídas con el trabajador en estos casos pueden derivar bien de una decisión adoptada por la ETT, bien de un ejercicio irregular del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria, bien de la combinación de actos de infracción

III. Empresario

de una y otra, y 3) la formulación literal del precepto del artículo 43.1 ET, donde se acepta en principio la licitud de la intermediación de las empresas de trabajo temporal, precisa que tal intermediación para ser lícita obliga a que ambas empresas implicadas se atengan a los términos que legalmente se establezcan” (STS de 3 de noviembre de 2008, u.d., I.L. J 1256).

Similar doctrina, ahora en un supuesto de sucesión fraudulenta de contratos temporales, se contiene en la **STS de 3 de noviembre de 2008**, u.d., I.L. J 1260. Por el contrario, y en nuestra opinión apartándose de la línea jurisprudencial más arriba comentada, la **STSJ de Navarra de 28 de julio de 2008**, I.L. J 1361, considera que las empresas no incurrieron en cesión ilegal en un supuesto en el que queda acreditado que el trabajador en misión, contratado por obra o servicio determinado, prestó servicios en obras distintas a las que figuraban en el contrato. Todo ello, a pesar de que la sentencia de instancia había reconocido la improcedencia del despido y condenado solidariamente a la ETT y a la empresa usuaria, con reconocimiento en caso de readmisión del derecho del trabajador a optar por reincorporarse a la empresa de su elección:

“Y en el presente caso de la contratación efectuada al actor a través del contrato para obra o servicio determinado no se deduce la cesión ilegal declarada en la sentencia, siendo en todo caso la consecuencia legal de la improcedencia del despido practicado la que determina el artículo 56 del ET y no la propia de la cesión ilegal (STSJ de Navarra de 28 de julio de 2008, I.L. J 1361).

6. CESIÓN ILEGAL

A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo a efectos de delimitación verificar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. Por ello, no se considera cesión ilegal la prestación de servicio de unas trabajadoras que, contratadas por una empresa de servicios, realizan las tareas propias del servicio de asistencia técnica para atención, despacho y coordinación de avisos, llamadas y comunicaciones de urgencia y emergencia en el País Vasco. El Tribunal Supremo no entra a analizar el fondo del asunto por inexistencia de contradicción entre las sentencias propuestas, entendiendo que existen diferencias relevantes para la resolución del litigio, entre la sentencia recurrida y la aportada para comparación:

“En la narración de hechos probados de la sentencia recurrida, tal como ha quedado fijada en el proceso de suplicación, consta que existe una coordinadora de la empresa Analden, SA para el trabajo desarrollado por las trabajadoras demandantes en ejecución del encargo de servicios contratado por dicha empresa con el Gobierno Vasco; y consta también que, aun-

que la coordinadora no está presente en el lugar donde se atienden las comunicaciones del público, la propia empresa adjudicataria del servicio dispone de conectividad entre todos los centros de trabajo y de monitorización de las conversaciones de voz desde sus puestos de supervisión. Estas circunstancias, relativas a medios de control del modo de ejecución del trabajo de las actrices de atención de avisos y llamadas, no concurren en la sentencia de contraste (...)” (STS de 21 de octubre de 2008, u.d., I.L. J 1242).

En sentido contrario, la **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008**, I.L. J 1528, resuelve un litigio en el que una trabajadora, vinculada a la empresa auxiliar con sucesivos contratos de duración determinada, realiza labores de catalogación y documentación en el centro de trabajo de la empresa principal, en horario coincidente con el del personal de dicha empresa, bajo la dependencia directa de un responsable de la misma, que es quien asume además la tarea de coordinar las vacaciones de la trabajadora y la del resto de los trabajadores de la empresa principal, otorga en su caso los permisos solicitados por ésta y le facilita el acceso a los cursos de formación que realiza la empresa principal. La Sentencia declara la existencia de cesión ilegal en dicho supuesto, tras argumentar:

“Estamos ante una cesión ilegal cuando, como apunta autorizada doctrina, la facultad organizativa y directiva empresarial no es ejecutada por la empresa contratista (cedente), sino por la principal (cesionaria) independientemente de que se emplearan o se dispusieran de medios materiales propios o la empresa cedente careciera de la más mínima infraestructura en la zona geográfica en la que sus trabajadores desempeñaran sus servicios, por cuanto mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma; quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial o quien tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2003) (...)

A la vista de los datos que aparecen en la sentencia recurrida como probados, a juicio de esta Sala, concurre la cesión ilegal de trabajadores apreciada en la instancia, puesto que, al margen de que Cronos Ibérica SAU sea o no una empresa real y no ficticia, lo cierto es que se limita a suministrar mano de obra sin poner en juego o riesgo los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial, organizándose y dirigiéndose en todo momento el trabajo de la actora, no por la empresa titular del vínculo contractual con ella suscrito, sino por la principal, tal como diáfano se desprende del ordinal noveno de la resultancia fáctica (...)” “STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1528”.

En la misma línea, las **SSTSJ de Galicia de 17 y 24 de octubre de 2008**, I.L. J 1469 y 1588, declaran la existencia de cesión ilegal en un supuesto de contratación de trabajadores por el Colegio Oficial de Ingenieros de Minas del Noroeste de España para prestar servicio para la Administración Autónoma Gallega. A juicio del Tribunal, los trabajadores contratados

“por el Colegio demandado en realidad prestaron servicios exclusivamente en las dependencias de la Xunta de Galicia, donde realizan funciones propias de su categoría de inge-

III. Empresario

nieros industriales; disponían de despacho propio en la Delegación, numerados y sitios en el mismo pasillo que los demás técnicos y administrativos funcionarios y trabajadores del Servicio; todo el material se lo proporcionaba la Consellería, así como el número de teléfono, cuenta de correo electrónico (...); tenían horario al igual que el personal de la Delegación; disponían de tarjetas identificativas (...); sus vacaciones las organizaban de acuerdo con los demás compañeros de Servicio Técnico...; las funciones que desarrollaban eran propias y ordinarias del Centro, las de HP 3º y 5º, y excedían de las de los convenios, y consecencialmente a todo ello y conforme explícita –fáctica y conclusivamente– la sentencia recurrida en su HP 1º y Fundamento 2º su actividad, el control de la misma y su ejecución correspondía a la Consellería demandada” (STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1469).

Por el contrario, no se ha considerado cesión ilegal, la prestación de servicios de un trabajador contratado por una empresa de servicios para la realización de labores de asistencia técnica para la grabación de ficheros históricos de la TGSS, a pesar de que en dicho trabajo, realizado íntegramente en dependencias de la Tesorería, fueron utilizados ordenadores, programas, aplicaciones, archivos y ficheros de la propia TGSS. A juicio del Tribunal, los anteriores datos no revelan

“la existencia de una cesión de trabajadores, pues el objeto contractual solamente puede ser cumplido mediante su ejecución en la sede de la entidad administrativa contratante, que es quien va a manejar con sus propios medios informáticos los datos de cotización y encuadramiento que han de grabarse en sus ordenadores” (STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2008, I.L. J 1124).

Por último, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de junio de 2008**, I.L. J 1127, rechaza también la consideración de cesión ilegal en un supuesto de contrata de mantenimiento de instalaciones deportivas, actividad intensiva en mano de obra en cuya ejecución, a juicio del Tribunal, la empresa adjudicataria puso en juego su organización empresarial, extremo que entiende acreditado a partir de los siguientes hechos probados

“(…) la entidad Eulen designaba el horario del actor y las tareas a realizar en los correspondientes partes de trabajo a través de un coordinador en el Centro Insular; y si bien en el punto 3.2 del Pliego de Condiciones Técnicas Particulares –que reproduce la Juzgadora en el fundamento jurídico séptimo– se establece que las tareas serán las encomendadas por el Superior o Encargado en la Ciudad Deportiva de Gran Canaria y en el punto 4 que la empresa adjudicataria nombrará a un coordinador para las tres instalaciones (Ciudad Deportiva Gran Canaria, Casa del Deporte y Estadio de Gran Canaria) que se encargará de coordinar el trabajo objeto de contrato con la Dirección Técnica, reiteradamente venimos diciendo (por todos recursos 419/2006, 323/2006, 621/2006) que el sometimiento a instrucciones impartidas desde la empresa principal con finalidad armonizadora o coordinadora, que derivan de exigencias organizativas y en modo alguno denotan injerencia en el poder directivo de la usuaria no es dato indicativo de cesión ilegal” (STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de junio de 2008, I.L. J 1127).

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión de empresa

La regulación laboral de la transmisión de empresa como regla general tiene como objetivo fundamental la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados, mediante la utilización de diversas técnicas previstas en el artículo 44 ET. El ámbito de aplicación de dicho precepto legal queda determinado por lo dispuesto en su apartado segundo, que exige que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”.

La delimitación del objeto de la transmisión contemplada en la norma laboral ofrece especiales dificultades cuando el traspaso se produce como salida de determinadas situaciones de crisis empresarial, particularmente en los supuestos en que la empresa entrante está formada por algunos trabajadores de la empresa originaria que tratan, con el apoyo financiero derivado de la acumulación de ciertas modalidades de prestaciones públicas, la experiencia adquirida y la adquisición de algunos elementos patrimoniales de la anterior empresa poner en marcha un nuevo proyecto empresarial. La **STS de 25 de septiembre de 2008**, I.L. J 1189, aborda un supuesto encuadrable en esta tipología. En concreto, en el caso enjuiciado se da por probado que tras la declaración de insolvencia de una empresa, se constituyen una sociedad anónima laboral, que reconoce las deudas que la primera empresa mantenía con sus trabajadores en concepto de salarios e indemnizaciones no pagados, y una sociedad limitada. Estas dos empresas han continuado la actividad de la empresa declarada insolvente, han contratado a la mayor parte de los trabajadores de ésta, ocupan el mismo local y utilizan los mismos medios de producción que han arrendado a los administradores. Para el Tribunal, la asunción de la deuda laboral no supone el reconocimiento tácito de la existencia de la sucesión empresarial y, en el caso objeto de litigio, no se produce el supuesto previsto en el artículo 44 ET porque, atendiendo a los fines garantistas de la norma, más que ante una sucesión empresarial nos encontramos ante una reconstrucción empresarial:

“la vigente doctrina de la Sala mantiene que el artículo 44 ET exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, y este supuesto no se produce cuando ya no existe una organización empresarial que reúna esas condiciones y cuando los contratos de trabajo se han extinguido. Además, la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y a través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral (artículo 238.3 LGSS; RD 1044/1985, de 19 de junio), y en estos casos –en los que se trata más de una reconstrucción que de una transmisión de la empresa– no se está en el supuesto del artículo 44 ET” (STS de 25 de septiembre de 2008, I.L. J 1189).

Pero la intervención en el proceso de transmisión de una sociedad anónima laboral no excluye de manera absoluta la aplicación del artículo 44 ET. En concreto la **STSJ de Castilla-La**

III. Empresario

Mancha de 25 de septiembre de 2008, I.L. J 1276, no parece tener en cuenta que una de las empresas litigantes opera bajo esta especial figura mercantil, y considera que existió sucesión empresarial, atendiendo a los tradicionales indicios que determinan que se ha producido dicha operación:

“no existen dudas de que la actividad empresarial en cuanto a objeto, clientes, trabajadores y medios de producción, en especial la cabina de pintar SAIMA, esencial para los productos vendidos (...), ha sido la misma desde la primera empresa (Montaje) hasta la actualidad”. Sigue diciendo el Juzgador de Instancia que tampoco existe duda sobre que el auténtico y único responsable durante ese tiempo, si bien con título jurídico diferente, ha sido don Andrés, así como tampoco sobre que la empresa Tecnologías de Señalización y Diseño, SL y Miberba tienen la misma unidad de actividad, centro de trabajo y utilizan indistintamente a los trabajadores provenientes de anteriores empresas, constando indistintamente la misma actividad desde 2003” (STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de septiembre de 2008, I.L. J 1276).

B) El cesionario no se subroga en el contrato de arrendamiento del local de negocio

La Directiva comunitaria sobre transmisión de empresas tiene por finalidad el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por una transmisión de empresa y, como presupuesto de lo anterior, que el traspaso de una empresa, de un centro de trabajo o de una parte de un centro de trabajo no determine la automática extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados. La continuidad de los contratos laborales, en ocasiones, puede hacerse depender de la continuidad de otros contratos, como el de arrendamiento del local donde se realizan las actividades empresariales, aspecto en principio no cubierto por la normativa laboral. La **STJCE de 16 de octubre de 2008**, I.L. J 1511, responde a la cuestión prejudicial presentada por un Tribunal español, que contiene una serie de preguntas sobre la interpretación de la Directiva 2001/23, que en resumen pretenden aclarar si el artículo 3.1 de la misma exige el mantenimiento de un contrato de arrendamiento de un local de negocio celebrado por el cedente de la empresa con un tercero cuando la resolución de dicho contrato pueda implicar la extinción de los contratos laborales transmitidos al cesionario:

1º “La garantía de que el cesionario que adquiere una empresa en concurso o una unidad productiva de la empresa no asume las deudas derivadas de los contratos o de las relaciones laborales cuando en el procedimiento de insolvencia se dé lugar a esa protección como mínimo equivalente a la prevista en las directivas comunitarias debe considerarse única y exclusivamente respecto de las obligaciones directamente vinculadas a los contratos o relaciones laborales, o, en el contexto de una protección integral de los derechos de los trabajadores y el mantenimiento de empleo esa misma garantía debería extenderse a otros contratos que no siendo estrictamente laborales, sin embargo afectan a los locales en los que se desarrolla la actividad del empresario o a determinados medios o instrumentos de producción imprescindibles para garantizar la continuidad de la actividad”.

2º “En ese mismo contexto de garantía a los derechos de los trabajadores el adquirente de la unidad productiva puede recibir la garantía del Juez que tramita el concurso y acuerda la adjudicación no sólo respecto de los derechos derivados de los contratos de trabajo sino de otros contratos u obligaciones del insolvente imprescindibles para garantizar la continuidad de la actividad”.

3º “Quien adquiere una empresa en concurso o una unidad productiva con el compromiso de mantener todos o una parte de los contratos laborales, subrogándose en los mismos, recibe la garantía de que no se le podrán reclamar o se le transferirán otras obligaciones del cedente vinculadas a los contratos o relaciones en las que se subroga, especialmente contingencias fiscales o de deudas de la Seguridad Social, o derechos que pudieran ejercer los titulares de derechos y obligaciones de contratos suscritos por el insolvente y transferidos al adquirente en globo o como una unidad productiva”.

4º “En definitiva, se puede dar a la Directiva 23/2001 en cuanto a la transferencia de unidades productivas o empresas declaradas judicial o administrativamente insolventes y en liquidación, una interpretación que permita no sólo la protección de los contratos laborales, sino también de otros contratos que afecten de modo directo e inmediato el mantenimiento de los contratos”.

5º “Finalmente se pregunta si la redacción dada al artículo 149.2 de la Ley Concursal Española en cuanto habla de sucesión de empresa no supone una contradicción con el artículo 5.2.a) de la Directiva 23/2001 mencionada en la medida en la que la subrogación transfiere al cesionario las obligaciones laborales y vinculadas del concursado o insolvente, fundamentalmente las deudas de la Seguridad Social que pudiera tener pendientes la concursada” (STJCE de 16 de octubre de 2008, I.L. J 1511).

A juicio del Tribunal, no puede extenderse la garantía ofrecida por la Directiva a contratos extraños al ámbito laboral, aunque de su continuidad pueda depender también la de la relación de trabajo. Una interpretación extensiva de la literalidad del artículo 3.1 podría lesionar los derechos de terceros, en este caso el propietario del local de negocio, que no participan en el negocio jurídico que tiene por objeto la transmisión de la empresa:

“(…) la necesidad de alcanzar ese objetivo de protección de los trabajadores no puede llegar hasta el extremo de desvirtuar la redacción unívoca del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23, lesionando los derechos de terceros ajenos a la operación de transmisión de la empresa al imponerles la obligación de asumir una transmisión automática del contrato de arrendamiento que la Directiva no contempla claramente (…)

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones primera, segunda y cuarta que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23 no exige, en caso de transmisión de empresa, el mantenimiento del contrato de arrendamiento de un local de negocio celebrado por el cedente de la empresa con un tercero, aun cuando la resolución de dicho contrato pueda implicar la extinción de los contratos laborales transmitidos al cesionario” (STJCE de 16 de octubre de 2008, I.L. J 1511).

C) Sucesión de contratas administrativas

La aplicación del artículo 44 ET en supuestos de sucesión entre empresas que se suceden en la adjudicación de concesiones administrativas queda limitada por la posibilidad de acreditar que entre las mismas se ha producido transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad. A este respecto, tratándose en su mayor parte de actividades intensivas en mano de obra, cabe la posibilidad de hacer uso de la tesis jurisprudencial que afirma la existencia de sucesión, en tales actividades, cuando la cesionaria se hace cargo de parte del personal de la cedente en términos cuantitativa y cualitativamente significativos. En caso contrario, la subrogación únicamente se producirá si está expresamente prevista en el convenio colectivo aplicable o en el pliego de condiciones de la propia concesión administrativa. En aplicación de dicha doctrina, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de junio de 2008**, I.L. J 1127, determina la aplicación del artículo 44 ET en un supuesto de concesión administrativa de la actividad de mantenimiento de instalaciones deportivas públicas:

“De todo ello resulta que: 1) asumiendo la entrante además de otros servicios el de mantenimiento de la Ciudad Deportiva de Gran Canaria; 2) siendo indiscutible que el servicio de mantenimiento descansa fundamentalmente en la mano de obra, y 3) contratando la entrante al encargado y los dos oficiales de 1ª y al número de peones especialistas que estimó necesario para el cumplimiento de su encargo, ha de darse la razón a la recurrente en su denuncia pues la nueva concesionaria asumió trabajadores en un número y con competencias que revelan la continuidad en la actividad propia del fenómeno sucesorio. Y corolario de lo expuesto es que el cese del actor al término de la contrata no pueda ampararse en la causa de extinción prevista en el artículo 15.1.a) ET, constituyendo despido” [STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de junio de 2008, I.L. J 1127].

D) Sucesión empresarial: convenio colectivo que establece un derecho de opción a favor del trabajador

Producidos los elementos que determinan el supuesto de hecho previsto en el artículo 44 ET, la subrogación del personal se produce habitualmente de manera automática, sin que quepa exigir el consentimiento de los empresarios y trabajadores afectados. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de abril de 2008**, I.L. J 1525, aborda un supuesto poco habitual, en el que se discute sobre la capacidad del convenio colectivo para reconocer al trabajador un derecho de opción, quien ante supuestos de sucesión empresarial, puede decidir entre permanecer en la empresa de origen, en este caso un Ayuntamiento, o pasar a formar parte de la empresa que asume la gestión del servicio municipal externalizado. A juicio del Tribunal,

“no cabe apreciar en el precepto convencional litigioso, la infracción de los límites materiales, es decir, que se esté ante una materia, para la cual rija necesariamente el principio de jerarquía normativa y no quepa invocar el de norma más favorable, pues una cosa es que de darse los supuestos recogidos en el artículo 44 ET opere *ope legis* la subrogación de empresa y surta los efectos previstos en el artículo 44 de la norma estatutaria, que es un mínimo de derecho necesario, lo que es consecuente con la finalidad que cumple el mecanismo subrogatorio establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, diseñado para proteger al trabajador. El mismo actúa como garantía de mantenimiento de su relación laboral y de que ésta no se va a extinguir por el mero hecho de que cambie la persona del

empresario con quien formalizó el contrato (...). Y otra es que por negociación colectiva, tal y como aquí acontece se pueda mejorar dicha garantía al tratarse de una materia que no afecta al orden público, permitiendo al trabajador, aun existiendo transmisión, optar entre quedarse con el cedente o pasar al cesionario” [STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de abril de 2008, I.L. J 1525].

E) Asunción directa de tareas externalizadas y convenio colectivo aplicable

Como hemos comentado más arriba, cuando no se cumplen todos los requisitos aplicativos previstos en el artículo 44 ET, cabe la posibilidad de exigir la subrogación del empresario cesionario en los contratos de los trabajadores de la empresa cedente empleados en la ejecución de la contrata por imposición del convenio colectivo aplicable. El sector de la limpieza, junto a otros, tradicionalmente suele incluir en sus convenios alguna cláusula que, tras exigir al contratista saliente el cumplimiento de algunas formalidades, impone al contratista entrante la asunción de los contratos de los trabajadores, normalmente los que pueden acreditar alguna antigüedad, que el primero empleó en la ejecución de la actividad objeto de transmisión. La **STS de 10 de diciembre de 2008**, I.L. J 1553, aborda la interpretación de la previsión subrogatoria contenida en el artículo 24.5 del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Locales y Edificios de la Comunidad de Madrid, con el objetivo de decidir sobre el alcance de su ámbito de aplicación. En concreto, se trata de dilucidar si el convenio colectivo en cuestión es aplicable a una empresa dedicada a la compraventa, importación y comercialización de todo tipo de prensa, por el hecho de haber asumido directamente y con trabajadores de nueva contratación la limpieza de sus locales, que hasta ese momento había llevado a cabo una empresa incluida dentro del ámbito de aplicación del convenio. El Tribunal rechaza la aplicación del convenio de limpieza, por entender que la empresa que asume la limpieza de sus propios locales no puede ser considerada empresario del sector de la limpieza, a efectos de aplicación de lo dispuesto en el artículo 82.3 ET:

“El empleador de limpieza es el que se dedica a efectuar dicha labor en locales y edificios propiedad de otras empresas o de particulares mediante la correspondiente contrata. Situación muy distinta de la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo, porque ello no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad. No cabe olvidar que la limpieza, si bien no suele ser una tarea inherente al propio ciclo productivo, sí es complementaria de éste, pues resulta conveniente para que se puedan desempeñar adecuadamente las funciones de dicho ciclo. Y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales ajenos, ni le obliga a asumir trabajadores de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaban esa actividad, pues no vinculan las previsiones del Convenio Colectivo de dicho sector, y es libre, por tanto de contratar a los trabajadores que estime conveniente” [STS de 10 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1553].

F) Convenio colectivo aplicable tras la subrogación contractual

Producida la subrogación del empresario cesionario en el lugar del empresario cedente, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación, hasta la expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de un convenio colectivo aplicable a la entidad transmitida. La previsión contenida en el artículo 44.4 ET tiene como finalidad el mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen durante un período de tiempo, a modo de período transitorio, que permita a estos trabajadores adaptarse a las nuevas circunstancias y, posteriormente, incorporarse al convenio colectivo de la cedente o, cuando ello sea normativamente posible, negociar un convenio colectivo propio. Este período transitorio establecido *ope legis* únicamente puede eliminarse mediante acuerdo, celebrado una vez consumada la sucesión, entre los representantes de los trabajadores y el cesionario. En ausencia de pacto, debe aplicarse la previsión legal, las relaciones de trabajo deben regirse por el convenio de origen; por ello, los trabajadores afectados por la operación de transmisión no podrán de forma simultánea mantener las condiciones de trabajo de origen y solicitar la aplicación de aquellas condiciones que, disfrutadas por los trabajadores de la empresa cesionaria, pudieran considerar más favorables. La STSJ de Extremadura de 28 de octubre de 2008, I.L. J 1598 aborda dicha problemática:

“Tal y como está planteado el objeto litigioso en la instancia, en el que parece ser que no existe debate al respecto de la aplicación al actor de las condiciones laborales existentes con la empresa cedente, tanto en lo que respecta al Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera para la provincia de Badajoz, como a las eventuales mejoras o condiciones laborales que con la indicada empresa disfrutaba, y solicitando el trabajador que se le abone, sin más, la bolsa de vacaciones, que parece se le abonaba a los trabajadores de la cesionaria, sin que quede constancia de que las condiciones laborales en su conjunto sean más beneficiosas conforme al pacto existente en la empresa demandada, procede sin más la aplicación del tenor literal del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual, en principio, y al no quedar acreditados hechos distintos, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transferida. Es pues que costando que al actor se le viene aplicando el convenio colectivo y condiciones laborales de las que disfrutaba en la empresa de origen, sin que exista dato fáctico alguno que justifique su no aplicación conforme al precepto citado, ni tan siquiera si las condiciones laborales de los trabajadores de la cesionaria en su conjunto son más beneficiosas, condiciones sobre las que no ha existido debate, ni a quién se le aplica esas Normas de Funcionamiento de Auto Res, SL, tal y como alega la recurrente, es por lo que procede estimar el motivo estudiado” (STSJ de Extremadura de 28 de octubre de 2008, I.L. J 1598).

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario**

1. Consideración preliminar. **2. Contratación: aspectos generales.** A) Período de prueba.
3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado.
 b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. B) Reglas generales. a) Condi-
 ciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinido. **4. Contra-
 tación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato
 fijo discontinuo. C) Contrato de relevo y jubilación parcial. **5. Contratos formativos.**
6. Contratación en la Administración Pública.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Puede destacarse en el período analizado la STS de 12 de diciembre de 2008, I.L. J 1546, que aborda una cuestión novedosa en relación con la posibilidad del desistimiento empresarial durante el período de prueba en el supuesto de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES**A) El período de prueba**

Tres resoluciones se centran en el período analizado en el pacto de prueba. En primer lugar, la STS de 23 de octubre de 2008, I.L. J 1269, que viene a reseñar la licitud del período de prueba pactado por segunda vez con un trabajador que no superó –por dimisión– el anteriormente pactado:

“(…) no cabe extender la sanción de nulidad que establece el párrafo tercero del artículo 14.1 del ET a supuestos diferentes del allí previsto, según su tenor literal y su finalidad, esto es, a casos en los que no hubo un contrato previo que sirviera para acreditar la idoneidad del trabajador, como ocurre en aquellos supuestos en los que el contrato no llega a término por desistirse de él durante el período de prueba.”

En segundo lugar, la STS de 12 de diciembre de 2008, I.L. J 1546, aborda una cuestión novedosa en relación con la posibilidad del desistimiento empresarial durante este período probatorio en el supuesto de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal. Con-

cretamente señala el TS –en un supuesto en el que el convenio declaraba suspendido el período probatorio en caso de IT del trabajador– que el pacto de prórroga de la duración del período de prueba en los casos previstos legalmente sólo conlleva su ampliación, sin que, en ningún caso, pueda entenderse que “de ello se desprende que la facultad empresarial de desistir del contrato quede enervada por la existencia de dicho paréntesis (...)”. Por lo que, cuando el desistimiento se produce en el período de interrupción debe estimarse que éste provoca los efectos extintivos que le son propios, no pudiéndose contemplar la improcedencia del despido.

Finalmente, la STSJ de Extremadura de 18 de septiembre de 2008, I.L. J 1581, determina la improcedencia del despido del trabajador durante el período de prueba en un supuesto en el que éste ya había prestado anteriormente las mismas funciones, habiendo quedada acreditada su aptitud profesional, esto es, en el supuesto declarado nulo expresamente por el artículo 14.1.3º ET.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Numerosas son las resoluciones que en este período abordan diferentes aspectos relacionados con el régimen jurídico de esta modalidad de contrato temporal.

Por una parte, han de ser destacadas dos sentencias del TS que vienen a confirmar la doctrina jurisprudencial analizada en números anteriores sobre los efectos sobre el contrato de trabajo por obra vinculado a una contrata en supuestos de prórroga de la misma o sustitución por otra posterior con idéntico objeto. Se trata de las SSTS de 17 de julio y 23 de septiembre de 2008, I.L. J 1109 y 1088, que vienen a concluir –en un supuesto en el que entre la primera y la segunda contrata con el mismo objeto sólo transcurre un día– que “cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, se renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración: la ejecución de la obra que lo motiva y la consiguiente desaparición de la necesidad temporal de mano de obra que requiere la ejecución de la obra o servicio que la empleadora se comprometió a realizar, objetivo que es el que, legalmente autoriza una contratación temporal que en otro caso no sería acode con la norma”.

Por otra parte, se encuentran en este período sentencias referidas a la conocida cuestión de la causa justificativa del contrato, esto es, de la necesaria acreditación de la existencia de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia. Sin que sea lícita la celebración del contrato para cubrir tareas permanentes y habituales de la empresa –en todos los casos Ayuntamientos–: subvenciones vinculadas a proyectos que constituyen la actividad habitual de la empresa (STSJ de Canarias –Las Palmas– de 30 de junio de 2008, I.L. J 1128); prevención de riesgos laborales (STSJ de Extremadura de 30 de octubre de 2008, I.L. J 1348); atención a la oficina de información juvenil (STSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2008, I.L. J 1341); trabajos de colaboración social (STSJ de Castilla y León de 10 de septiembre de 2008, I.L. J 1580).

En fin, también abundan las resoluciones que abordan las cuestiones relacionadas con la duración y extinción del contrato. Así, la STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de marzo de

IV. Modalidades de Contratación

2008, considera que se ajusta a derecho la finalización del contrato por obra vinculado a una contrata, cuando ésta está finalizando paulatinamente, habiendo quedado probado que está rematada en un 89%; en el caso contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2008**, I.L. J 1457, considera que no es posible que se dé por extinguido un contrato cuando el servicio acreditado como justificativo del mismo continúa en vigor y no ha finalizado, entendiéndose improcedente el despido del trabajador. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Baleares de 20 de octubre de 2008**, I.L. J 1439, que determina la improcedencia del despido de un trabajador contratado por obra, cuyo tiempo de prestación de servicios sobrepasa al de la obra justificativa del contrato, en un caso en el que además se había asignado al trabajador funciones distintas a las propias del mismo.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

En relación con esta modalidad contractual destaca únicamente la **STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de marzo de 2008**, I.L. J 1132, que viene a admitir como causa que justifica el recurso al contrato eventual para las Administraciones Públicas la insuficiencia de plantilla definida como “situación genérica producida por múltiples puestos de trabajo sin cubrir.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

En esta materia dos sentencias han de destacarse en relación con el cómputo de la antigüedad en supuestos de contratación temporal sucesiva. De un lado, la **STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2007**, I.L. J 1587, resuelve un supuesto en el que no hubo interrupción en el tiempo desde el primer contrato, considerando así que la antigüedad a efectos de despido improcedente se computa desde el primer día. De otro lado, la **STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008**, llega a la solución contraria en un supuesto en que se ha producido una interrupción de dos meses, lo que se entiende como “ruptura del vínculo”, esto es, asumiéndose que la antigüedad debe computarse desde el primer contrato celebrado con el trabajador una vez transcurridos los dos meses.

b) Conversión en indefinido

Varias sentencias determinan la conversión en indefinida de una relación de trabajo pactada inicialmente como temporal. Así, la **STSJ de Extremadura de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1289, viene a señalar que se convierte en indefinido el contrato pactado inicialmente por obra en el supuesto de que el trabajador, concluida ésta, siga prestando sus servicios en la empresa, sin que aquella obra quede identificada de modo preciso y claro. La **STSJ de Murcia de 20 de octubre de 2008**, I.L. J 1449, en relación con la misma modalidad contractual, viene a considerar que la sucesión de contratos por obra para la prestación del mismo servicio –auxiliar técnico educativo para atención a niños con necesidades educativas especiales– convierte la relación laboral del trabajador en indefinida discontinua:

“(…) ese tipo de asistencia es un servicio que, con carácter permanente, se presta en los distintos centros escolares y, de otro, la necesidad se presenta con carácter intermitente o

cíclico todos los años y por toda la duración del curso escolar, aunque el número de ATE necesarios varíe en función del número de niños que se encuentren en tal situación, como lo demuestra que existan plazas de trabajadores fijos que se cubren por el procedimiento reglamentariamente establecido”.

También en un supuesto de sucesión de contratos por obra realizando las mismas funciones, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de marzo de 2008**, I.L. J 1133, concluye en la conversión en indefinida de la relación de trabajo, entendiendo en todo caso que, dado que en el concreto supuesto se trata de una Administración, el contrato no será fijo sino indefinido no fijo.

Por último, en la **STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2008**, I.L. J 1281, se cuestiona un especial supuesto en el que el trabajador ve modificada su relación indefinida mediante la suscripción de un contrato temporal, considerándose que esta situación no se ajusta a derecho:

“(…) pues la condición de trabajador fijo es irrenunciable, según dispone el artículo 3.5 ET por afectar a un derecho laboral dentro de la esfera jurídico-laboral, como es la estabilidad en el empleo, de lo que se deduce que el contrato posteriormente pactado conculca patentemente ese derecho inalienable y constituye un evidente fraude de ley, al hacer uso de un derecho aparentemente legal en perjuicio del trabajador”.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En punto a esta modalidad contractual se ha declarado que la falta de preaviso de realización de las horas complementarias no convierte a un contrato a tiempo parcial en un contrato a jornada completa [**STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de marzo de 2008**, I.L. J 1473].

En el terreno del cálculo de los períodos de cotización en estos contratos, cabe reseñar la **STS de 23 de octubre de 2008**, I.L. J 1399, que aplica la consabida fórmula de los días teóricos para el cálculo del período de carencia, a la que se refiere la Disposición Adicional Séptima de la LGSS y la norma prevista en el artículo 3.1 del RD1131/2002, que se consideran que no contienen discriminación alguna sobre los trabajadores a tiempo parcial en relación con quienes presten servicios a tiempo completo.

B) Contrato fijo discontinuo

En primer lugar, la **STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2008**, I.L. J 1507, que aplica la doctrina sobre la no transformación de los contratos fijos discontinuos por el hecho de prestar servicios durante todos los días laborables del año siempre que la actividad de la empresa sea de temporada o campaña, aunque enlace varias campañas. Esta argumentación permite justificar el cese del trabajador por finalización de la campaña al disminuir la actividad de la empresa.

En segundo lugar, la **STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2008**, I.L. J 1505, establece que la imposibilidad de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo, habiendo seguido la empresa los cauces habituales, era culpa del trabajador, por lo que no podía calificarse de

IV. Modalidades de Contratación

despido improcedente. Sin embargo, se considera nulo el despido por falta de llamamiento de una trabajadora fija discontinua estando en situación de embarazo (STSJ de Cantabria de 20 de agosto de 2008, I.L. J 1490).

En tercer lugar, se aborda un supuesto específico en que una trabajadora fija discontinua solicita la rescisión del contrato por el artículo 50.1.c) por falta de ocupación efectiva traducida en su falta de llamamiento. La STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2008, I.L. J 1508, desestima la pretensión por entender que el derecho de reincorporación de los trabajadores fijos discontinuos no es incondicionado, sino dependiente de factores externos, como la producción, la climatología o las crisis en el sector.

Finalmente, la STSJ de Murcia de 20 de octubre de 2008, I.L. J 1449, declara el carácter indefinido discontinuo de la contratación sucesiva de un auxiliar técnico educativo que se había operado formalmente mediante sucesivos contratos de obra o servicio para cada curso escolar.

C) Contrato de relevo y jubilación parcial

Cabe destacar en este período, un pronunciamiento en suplicación que en Sala General declara la no aplicación de la normativa vigente en materia de jubilación parcial al personal estatutario de los servicios sanitarios [STSJ Andalucía (Sevilla) de 17 de julio de 2008, I.L. J 1599].

Por otra parte, la STS de 16 de septiembre de 2008, I.L. J 1192, reitera doctrina jurisprudencial sobre la desestimación de responsabilidad empresarial en el pago de la pensión del jubilado parcialmente en supuestos donde por despido colectivo la autoridad laboral autoriza el cese de toda la plantilla, incluido el del trabajador relevista.

En otro orden de cosas y respecto a un presunto fraude en el acceso a la prestación de jubilación parcial, no se considera fraudulento el prestar servicios poco tiempo antes de la solicitud de jubilación parcial (STSJ de Cantabria de 4 de junio de 2008, I.L. J 1482). Sin embargo, la STSJ de Cantabria de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1516, declara abusivo la situación de contratación laboral de un trabajador pocos días antes de su acceso a la jubilación parcial estando previamente afiliado en el RETA como administrador de una empresa familiar y continuando desarrollando con posterioridad las mismas funciones de administración.

También, cabe destacar la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de octubre de 2007, I.L. J 1312, que dilucida la conducta empresarial de contratar a un nuevo trabajador que sustituya al relevista cesado. Entiende la Sala que el plazo de quince días naturales es un plazo imperativo, que no puede quedar interrumpido, pero que atendiendo a las circunstancias del puesto a cubrir y a la conducta empresarial se produjo una situación de fuerza mayor, por lo que a estos efectos, limita la responsabilidad empresarial en el pago de la jubilación parcial.

Finalmente, se desestima la pretensión de un trabajador jubilado parcialmente a cobrar una indemnización por jubilación, pues en el caso de jubilación parcial la relación no se extingue (STSJ de Baleares de 25 de junio de 2008, I.L. J 1479).

5. CONTRATOS FORMATIVOS

En el período analizado cabe reseñar, en primer lugar, la STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de marzo de 2008, I.L. J 1130, que desestima la pretensión de un trabajador contratado para la formación para que se le reconozca el derecho a cobrar conforme a la retribución prevista en

el convenio colectivo de construcción y obras públicas. La sentencia la desestima sobre la base de que no es propiamente un trabajador sujeto al convenio, sino de un alumno trabajador de un Taller de Empleo.

En segundo lugar, en supuestos donde en el contrato de formación se incumple la formación teórica, se señala que el reconocimiento de la improcedencia del despido por el artículo 56.2 del ET a los efectos de limitar los salarios de trámite sólo es válido si se realiza sobre el 100% del salario (STSJ de Galicia de 3 de octubre de 2008, I.L. J 1466).

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En esta materia, cabe destacar la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de septiembre de 2008, I.L. J 1593, donde se descarta computar como tiempo de servicios a efectos de antigüedad, el prestado por un trabajador en trabajos de colaboración social, que posteriormente fue contratado en régimen laboral por la Administración. Se destaca que sólo en el caso de que la figura de los trabajos de colaboración social hubiera sido desnaturalizada, podría considerarse laboral la relación.

En cuanto a la figura del contrato indefinido, pero no fijo, se reitera en este período la jurisprudencia que considera discriminatoria la exclusión de los trabajadores indefinidos pero no fijos de determinados complementos relacionados con la antigüedad y la permanencia en la empresa previstos en un convenio para el personal fijo (SSTS de 9 de octubre, de 13 de octubre, de 19 de noviembre y 12 de diciembre de 2008, I.L. J 1179, 1213, 1533 y 1562). En la misma línea interpretativa, se reconoce el derecho a cobrar como el personal fijo de una trabajadora indefinida, interpretando que esta figura difiere únicamente del personal fijo en cuanto a la posibilidad de extinción y las causas determinantes de esta (STSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2008, I.L. J 1339).

Por otra parte, la STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de marzo de 2008, I.L. J 1133, aplica la condición de indefinida a una trabajadora de la Administración Pública que ocupó el mismo puesto de trabajo durante más de veinticuatro meses en un período de treinta mediante sendos contratos de trabajo. Y, consecuente, reputa improcedente su cese.

Finalmente, se aplica la figura del indefinido pero no fijo a un contratado por el Ente público Radio Televisión Española, que queda sujeta a los principios de contratación propios de las Administraciones Públicas (STS de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1421 y STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2008, I.L. J 1145).

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) Complemento salarial por contaminación acústica. No cabe su compensación o absorción por gratificación voluntaria y complemento personal e incentivos. b) Reclamación de plus de penosidad. c) Complemento de peligrosidad. No tiene carácter consolidable salvo pacto en contrario. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Diferencias retributivas entre el sector público y el sector privado. Enseñanza. b) Diferencias derivadas de fusión y absorción empresarial. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA: tramitación de procedimiento concursal. Efectos de la suspensión desde el inicio hasta la conclusión del expediente de suspensión de pagos. b) Responsabilidad subsidiaria. Indemnización por despido acordada en conciliación administrativa: no responde el FOGASA. Salarios de tramitación: responde el FOGASA con el límite legal aplicable. c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo económico inadecuadamente utilizado por afectar la extinción a la totalidad de la plantilla de la empresa en número superior a cinco trabajadores. **2. Jornada de trabajo.** A) Cotización del tiempo parcial a efectos de prestaciones. No uniformidad con tiempo completo ni siquiera cuando no se llegue al período de carencia mínimo exigido legalmente para causar derecho a determinadas prestaciones. Criterios correctores. B) Descanso semanal. No cabe solapar el descanso semanal mínimo de día y medio con el descanso entre jornadas. C) Horas extra. a) Indemnización en concepto de daños y perjuicios por vulneración empresarial de la voluntariedad en la realización de horas extraordinarias. b) Retribución. Incluye todos los conceptos salariales. **3. Pacto de no competencia.** A) Pacto de permanencia. Abusivo. No hay equilibrio de intereses: permanencia de dieciocho meses y formación no cualificada. **4. Movilidad funcional.** A) Realización de funciones de superior categoría: derecho a las retribuciones correspondientes y marginalidad de las mismas. B) Realización de

funciones de inferior grupo profesional: causalidad de la movilidad vertical descendente.

5. Movilidad geográfica. A) Movilidad geográfica. Cambio de centro de trabajo que no implica cambio de residencia. *Ius variandi* del empresario. B) Caja de Ahorros. Nuevo destino del trabajador. Indemnización por gastos de desplazamiento. Cambio de centro de trabajo que no exige cambio de domicilio forma parte del *ius variandi* del empresario.

C) Movilidad geográfica “débil”. Convenio Colectivo de la banca. Deber de colaboración del empresario. Participación en los costes que pueden derivarse en los gastos de desplazamiento. Discrecionalidad juez de instancia. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**

A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Alteración unilateral empresarial del horario de mañana a tarde. Nulidad de la medida. Necesidad de acudir al trámite del artículo 41.3 ET. B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Movilidad geográfica sin cambio de residencia que implica cambio del Convenio Colectivo: manifestación del poder empresarial. C) Modificación de condiciones de trabajo: Modificación de horario: Modificación horaria vía artículo 41 ET adelantando media hora el comienzo de la jornada habitual y se adelanta también media hora la salida. No es modificación de jornada sino de horario. Inexistencia de perjuicio económico.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2008 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1087 a 1632).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Complemento salarial por contaminación acústica. No cabe su compensación o absorción por gratificación voluntaria y complemento personal e incentivos

– STS de 6 de octubre de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4461/2007), I.L. J 1551.

1. Los actores prestan servicios en la empresa XXX. Tras efectuarse una evaluación del ruido ambiental en sus puestos de trabajo por el técnico del Servicio de Prevención, se constata la existencia de ruido ambiental. El plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad regulado en el artículo 23 del Convenio Colectivo que resulta de aplicación asciende a 3,96 euros día. Siendo esto así, la empresa no abona a estos trabajadores el citado plus al entender que su importe puede ser absorbido y compensado con la gratificación voluntaria y complemento

V. Dinámica de la Relación Laboral

personal e incentivos que vienen percibiendo estos trabajadores en cuantía fija periódica. Interpuesta demanda para el reconocimiento del derecho a la percepción del complemento salarial por contaminación acústica, las sentencias de instancia y de suplicación estiman la pretensión condenando a la empresa a pagar el citado complemento sin que proceda ser compensado o absorbido. Frente a dicha sentencia la empresa interpone recurso de casación para unificación de doctrina denunciando la infracción del artículo 26.5 LET.

2. Tres son los argumentos que utiliza el TS para desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina. En primer lugar, analiza cuál es la finalidad de la institución de la compensación y absorción regulada en el artículo 26.3, señalando que la misma tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta. En segundo lugar, y puesto que la finalidad de la institución no es otra que evitar superposiciones, concluye el Tribunal que en principio la compensación tendrá que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, al menos en el orden de la función retributiva. Por último, señala el Tribunal que este requisito de la homogeneidad no concurre en el caso que se enjuicia y ello puesto que el complemento de penosidad por ruido reclamado deriva de las condiciones específicas de los puestos de trabajo desempeñados, mientras que el concepto salarial al que la empresa pretende asignar el papel absorbente o de compensación es una gratificación voluntaria asignada y percibida en atención a la calidad y cantidad de trabajo, con independencia de las concretas circunstancias del puesto de trabajo.

3. La cuestión que se examina en esta sentencia, esto es, si se ha de reconocer o no a los trabajadores el derecho a la percepción del complemento salarial por contaminación acústica o si su importe puede ser absorbido y compensado con la gratificación voluntaria y complemento personal, constituye un tema litigioso que ya ha sido resuelto por esta Sala en otras ocasiones (SSTS de 6 de julio de 2004, 18 de julio de 2007 y 18 de octubre de 2007) y en consecuencia está muy consolidada la interpretación que hace el TS del artículo 23.5 LET. Y es que se trata de un principio básico en materia retributiva que ya figuraba en las antiguas Ordenanzas y en los sucesivos Decretos reguladores del salario mínimo interprofesional a partir del primero que se dictó en el año 1963, y que siempre ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo.

b) Reclamación de plus de penosidad

– STS de 23 de octubre de 2008 (recurso para unificación de la doctrina 2947/2007), I.L. J 1246.

1. La demandante presta servicios para la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía con categoría profesional de “trabajadora social” en el centro de protección de menores XXX. Los trabajadores sociales están en contacto con los menores del centro puesto que entre las actividades propias de este grupo de trabajadores se encuentran las de fomentar la integración y la participación en la vida del centro así como estudiar, diagnosticar y tratar casos sociales. La mayoría de menores ingresados en el centro presentan conductas antisociales y violentas, siendo frecuentes los daños a mobiliario, posesión de armas blancas, dirigiéndose con intimidación y agresión a otros menores y personal del centro. Siendo esto así, la trabajadora presenta demanda reclamando el derecho al plus de penosidad. Las sentencias de instancia y suplicación estimaron la pretensión de la demandante condenando a la Consejería a pagar el citado complemento. Contra la sentencia de suplicación se formula recurso de casación para la

unificación de doctrina alegando que se ha infringido el artículo 50 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Junta de Andalucía. El citado precepto señala que los pluses de penosidad, toxicidad o peligrosidad deberán responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen.

2. El TS entiende que la condición determinante para percibir el plus de peligrosidad reside en la excepcionalidad, esto es, cuando la peligrosidad no es inherente al puesto de trabajo se tendrá derecho al mismo. *A sensu contrario* cuando la peligrosidad sea inherente al puesto de trabajo no surge el derecho al plus, salvo que se acrediten dos circunstancias: a) que los riesgos del puesto de trabajo sean superiores a los que soportan otros puestos de la misma categoría y actividad; b) que la retribución del puesto en cuestión no sea superior a la de otros trabajadores de la misma categoría profesional. Siendo esto así, cuando el artículo 50 del Convenio señala que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, no significa que esté vedando su abono en los casos en los que siendo la peligrosidad inherente al puesto, la retribución no haya sido fijada atendiendo a tales circunstancias, rompiendo así el equilibrio necesario entre trabajo y salario. En consecuencia, para estos supuestos, no específicamente retribuidos, hay que entender que con la alusión a “circunstancias verdaderamente excepcionales” tan sólo se está indicando el loable objetivo de ir eliminando el plus de peligrosidad.

Aplicando sobre el caso esta interpretación el TS llega a la conclusión de que sí existe el derecho al plus y ello puesto que no consta en modo alguno probado, y no se puede compartir en términos de generalidad sin una prueba rotunda, que necesariamente se produzcan en todos esos colectivos, las situaciones de riesgo que se producen en el centro de trabajo en el que presta servicios la trabajadora, y porque no consta acreditado que las retribuciones que recibe la trabajadora sean superiores a las de otros trabajadores sociales de la Junta de Andalucía que prestan servicios en otros lugares donde no existen tales riesgos.

3. La sentencia acoge la doctrina sentada por el TS en la Sentencia de 11 de abril de 2000 en un supuesto que contemplaba el complemento de penosidad en educador que atendía físicamente a disminuidos psíquicos y físicos. Doctrina coincidente con la establecida en las Sentencias de 31 de enero de 2005 y 21 de septiembre de 2006, ambas relativas a plus de penosidad reclamado por Directora de Escuela-Hogar. En este sentido, cabe señalar que esta doctrina jurisprudencial, distingue entre trabajos peligrosos por su propia naturaleza, esto es, en los que la peligrosidad es inherente al puesto de trabajo de aquellos otros en los que la peligrosidad es excepcional, siendo ésta una distinción que ya está prevista por el legislador cuando regula la retribución del trabajo nocturno y señala que el trabajo nocturno tendrá una retribución específica salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos.

c) Complemento de peligrosidad. No tiene carácter consolidable salvo pacto en contrario

– STS de 10 de diciembre de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 639/2008), I.L. 1547.

1. La trabajadora presta servicios como limpiadora para la empresa XXX a la que resulta de aplicación por razón de actividad económica el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y

V. Dinámica de la Relación Laboral

Locales del Principado de Asturias. Desde siempre se le ha abonado el plus de peligrosidad por día natural y no por los días efectivamente trabajados durante el mes, situación que cambió a partir de 2006, en que se modifica el formato de la nómina, y el pago del plus se realiza por día de trabajo efectivo. Interpuesta demanda por la trabajadora, reclamando el pago del plus por días naturales, ésta es desestimada en la instancia y estimada en suplicación, al entender el Tribunal que no podía desprenderse del Convenio Colectivo aplicable la forma en que debía abonarse el citado plus. Contra esta sentencia interpone la empresa recurso de casación para la unificación de doctrina, centrándose la cuestión litigiosa en determinar si el plus de peligrosidad que venía percibiendo la trabajadora debe abonarse por días naturales o por días efectivos de trabajo.

2. Tomando como punto de partida la evidencia de que el Convenio Colectivo aplicable no dice nada sobre la forma en la que debe realizarse el devengo de este plus, debe analizarse previamente la naturaleza jurídica de este complemento. Desde la literalidad del artículo 26.3 LET concluye el TS que éste es uno de los complementos que se vinculan al trabajo realizado. En consecuencia, aplica el Tribunal su doctrina consolidada ya sobre el alcance y límites de los complementos de esta naturaleza, señalando al respecto que estos complementos se otorgan por las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar la actividad profesional y que por no ser inherentes a la persona, sino derivados del puesto de trabajo, no tienen carácter consolidable. Por consiguiente, no estableciéndose nada distinto ni en el Convenio Colectivo ni en el contrato de trabajo, el complemento deberá percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe la actividad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no por día natural.

Por otra parte, se plantea el TS el problema de la posible consolidación del derecho de la trabajadora al cobro del plus de peligrosidad en la forma en la que lo vino haciendo anteriormente, concluyendo la sentencia que la reiteración del cobro realizado por días naturales no ha generado una condición más beneficiosa incorporada a la relación de trabajo y ello puesto que no se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Sala para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa.

3. En esta sentencia, en la que el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la empresa, se concluye que no se genera el derecho al cobro del plus por días naturales por la continuación de esta forma de pago durante un tiempo, siendo necesario para ello que se den los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa. En este sentido, se exige para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa que ésta se haya adquirido y disfrutado por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual y se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja que supera lo establecido en las fuentes legales o convencionales de regulación, siendo la incorporación al nexo contractual de ese beneficio la que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Diferencias retributivas entre el sector público y el sector privado. Enseñanza

– STS de 24 de septiembre de 2008 (recurso 31/2007), I.L. J 1156.

1. En mayo de 2005 la Generalitat de Catalunya-Departament d'Educació y los agentes sociales suscriben un acuerdo para la implantación de un nuevo concepto retributivo aplicable a partir

de septiembre de 2005 que debe tener como punto de referencia las diferencias retributivas existentes entre el profesorado de la enseñanza pública y el profesorado de los centros docentes privados concertados. Como resultado de dicho acuerdo, en abril de 2006 firmaron un Pacto Colectivo con valor de Convenio Colectivo, en el que se definen todas las cuestiones relativas al nuevo complemento retributivo.

Siendo esto así, en el Acuerdo 3º de dicho Pacto se regulan las condiciones para la meritación, estableciéndose que para el alcance o consecución de cada uno de los estadios hará falta que el profesor haya estado en ejercicio de la docencia en el centro concertado al menos 6 cursos académicos completos en servicio activo y durante ese período haya obtenido 110 puntos, de los cuales 60 corresponden a los servicios prestados y 50 al ámbito de la formación. Pues bien, para la obtención de los 60 puntos asociados a los servicios prestados será necesario que la dedicación del profesorado en pago delegado a lo largo de los 6 años haya sido como mínimo una media del 50% en los niveles de Educación Infantil y Primaria, o de una media del 40% en Educación Secundaria. Se pretende por el sindicato impugnante la declaración de nulidad de dicho Acuerdo puesto que entiende que vulnera el derecho a la igualdad.

2. Efectivamente, en este supuesto existe una diferencia de trato entre los profesores que prestan servicios en pago delegado de aquellos cuya dedicación horaria –total o parcial– no se realiza en pago delegado y ello puesto que la única dedicación horaria que se toma en consideración a efectos de alcanzar los estadios de promoción docente fijados en el Acuerdo son las horas realizadas en pago delegado. Ahora bien, no toda desigualdad de trato supone infracción del artículo 14 CE, dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carecen de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, examina el TS si en este supuesto la introducción de elementos diferenciadores resulta arbitraria o carente de fundamento racional, llegando a la conclusión de que esta diferencia de trato deriva del propio objeto del Acuerdo que regula el sistema de reconocimiento de estadios de promoción docente al profesorado que imparte niveles concertados. Es por ello que no resulta arbitraria sino plenamente fundamentada la regulación de las condiciones para alcanzar dichos estadios, que toma en consideración únicamente las horas realizadas por el profesorado en pago delegado –sufragadas por el Departamento de Educación–, y no las que realiza en pago no delegado –sufragadas por cada centro educativo–.

3. El TS aplica una vez más la doctrina constitucional sobre el principio general de igualdad ante la ley según la cual la desigualdad que tiene relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueden considerarse iguales. De esta forma, se convierte en un mandato con menor eficacia que la prohibición de discriminación puesto que es fácil encontrar siempre una justificación del trato desigual, tal y como evidencia el supuesto que examina el TS en esta sentencia.

b) Diferencias derivadas de fusión y absorción empresarial

– STS de 11 de noviembre de 2008 (recurso 120/2007), I.L. 1264.

1. La empresa demandada XXX es una mercantil resultante de la fusión de las empresas A y B y la posterior absorción de la empresa CA los trabajadores que ingresaron en la empresa XXX no

V. Dinámica de la Relación Laboral

se les abona el premio de permanencia que sí se les paga a los trabajadores provenientes de las empresas A y B. Es por ello que la Federación de Construcción del sindicato CCOO interpone demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional solicitando que se declare el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo al percibo íntegro del Premio de Permanencia o Antigüedad, en igualdad de condiciones y de acuerdo con el régimen establecido para los trabajadores procedentes de la empresa A y ello con independencia de la fecha de ingreso en la empresa XXX, o en cualquiera de las empresas integradas en dicha mercantil. Contra la sentencia que desestimó la demanda se interpuso recurso de casación.

2. El TS desestima el citado recurso aduciendo dos motivos. En primer lugar, porque el tratamiento diferente que se establece en relación con el Premio de Permanencia no es discriminatorio, y ello puesto que no queda comprendido en el ámbito del segundo inciso del artículo 14, ni en los artículos 4.2.c) y 17 LET. Resulta obvio que la fecha de ingreso en la empresa —y lo mismo cabe decir de la fecha de fusión— no es un factor de discriminación enumerado en alguno de los artículos anteriores. A continuación señala el TS que tampoco pueden incluirse estas circunstancias en la referencia final del último inciso del artículo 14 CE —cualquier otra condición, o circunstancia personal o social—. Y esto es así puesto que pese a la aparente amplitud de esta expresión, ésta ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 —y es clave que esta analogía no concurre en este caso—, pues ni la fecha de contratación ni la fecha de fusión, tienen las implicaciones y el significado que, como factores de exclusión o marginación, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa.

En segundo lugar, porque este tratamiento diferente no queda comprendido en el primer inciso del artículo 14 CE y ello puesto que no estamos ante una norma estatal, ni ante un convenio colectivo ni ante la actuación de un sujeto público. Como es sabido, el convenio colectivo tiene valor normativo y eficacia general de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación, y es por esta condición por lo que está vinculado por el principio de igualdad, cosa que no sucede con las actuaciones unilaterales del empresario, con el contrato de trabajo o con los acuerdos colectivos no estatutarios. En consecuencia, puesto que el tratamiento desigual proviene de condiciones de origen contractual, no tiene que justificarse a efectos del principio de igualdad.

3. La doctrina constitucional y la del TS ha establecido con reiteración que el artículo 14 CE comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda, se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. Esto diferencia el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, pues mientras que el primero se vincula a la ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos, el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas. Tomando como punto de referencia esta distinción, conviene recordar que no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene en los artículos 14 CE y 4.2.c) y 17 LET. La discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación

de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA: tramitación de procedimiento concursal. Efectos de la suspensión desde el inicio hasta la conclusión del expediente de suspensión de pagos

– STS de 3 de noviembre de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4212/2007), I.L. J 1252.

1. La sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación interpuesto por los actores frente a la sentencia de instancia que había desestimado, a su vez, la demanda planteada frente al FOGASA para el cobro de cantidades devengadas por los demandantes cuando prestaron servicios a la empresa. La empresa había sido declarada en situación de quiebra voluntaria y en su expediente se celebró junta de graduación de créditos el 7 de noviembre de 2005. Como los demandantes no efectuaron su reclamación hasta el día 29 de diciembre de 2006, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación declararon prescrita la acción frente al FOGASA. Los demandantes formalizan recurso de casación para la unificación de doctrina proponiendo como sentencia de contraste la de la misma Sala de lo Social del TS de 11 de julio de 2001.

2. El TS señala que la tesis ajustada a los mandatos legales se encuentra en la sentencia de contraste, en donde se señaló que la cuestión planteada había que buscarla en la regla contenida en el artículo 33.7, párrafo segundo, ET –vigente en la fecha en que se dictaron las sentencias de instancia y de suplicación–, según el cual el plazo de prescripción del derecho a solicitar del FOGASA el pago de las prestaciones a su cargo “se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción”. Ello significa que “la tramitación del procedimiento concursal suspende el cómputo de la prescripción de las acciones, y en buena lógica hay que entender que la suspensión ha de prolongar sus efectos desde la iniciación hasta la conclusión del expediente de suspensión de pagos, pues se trata de una interrupción judicial originada por la solicitud del suspenso y que debe seguir produciendo sus efectos hasta que por decisión judicial se ponga fin al trámite”.

El TS concreta que

“ciertamente, el artículo 33.7, párrafo segundo, se refiere a la prescripción del derecho a solicitar cantidades del Fondo de Garantía Salarial y a las causas de su interrupción, sin contemplar el mismo supuesto respecto del empresario deudor, pero si se produce el efecto suspensivo respecto del deudor subsidiario, que realmente es lo que se cuestiona (...), también debe reflejarse sobre el deudor principal que (...) tiene reconocida la existencia de la obligación en el propio expediente de suspensión de pagos”.

3. Con este pronunciamiento se reitera la doctrina de casación recogida en SSTS de 11 de julio de 2001, citada como de contraste, de 3 de abril de 2003 y de 21 de julio de 2006, I.L. J 1322, en donde señaló el TS que

V. Dinámica de la Relación Laboral

“el hecho de que la suspensión de pagos sea un procedimiento preliminar no le priva de su naturaleza concursal (...) lo mismo que la quiebra es un procedimiento que surge en los supuestos de crisis económica del empresario, que tenía por finalidad un convenio con los acreedores evitando la quiebra, por tanto es uno de los supuestos contemplados (...), a efectos de interrumpir la prescripción de la acción del acreedor”.

b) Responsabilidad subsidiaria. Indemnización por despido acordada en conciliación administrativa: no responde el FOGASA. Salarios de tramitación: responde el FOGASA con el límite legal aplicable

– STS de 13 de octubre de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3465/2007), I.L. J 1209.

1. Se cuestiona en este caso si el FOGASA debe hacerse cargo de una indemnización por despido, saldo y finiquito que la empresa reconoció al trabajador en acto de conciliación ante el SMAC. Consta que la empresa se comprometió a pagar determinada cantidad respecto de la cual se despachó ejecución; posteriormente, por auto, se declara la insolvencia de la empresa. El FOGASA denegó la solicitud por haberse pactado el abono de la cantidad reclamada en acto de conciliación administrativa. El trabajador presenta demanda ante el juzgado de lo social, que es estimada por la sentencia de instancia; este pronunciamiento se confirma posteriormente por la sentencia de suplicación recurrida.

El recurrente aporta como sentencia de contraste la de la misma Sala de lo Social del TS de 23 de abril de 2004, que ante una solicitud de la prestación de garantía para el pago de una indemnización por despido pactada en conciliación administrativa no abonada por la empresa que fue declarada posteriormente insolvente, estimó el recurso del FOGASA y declaró que dicha prestación no era exigible, al estar reconocida por conciliación administrativa. En esta misma sentencia se descartó por el TS la aplicación al caso de la doctrina de la Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero), indicando que ésta se refiere a los créditos reconocidos por conciliación judicial, pero no a los que lo han sido por conciliación administrativa.

2. Por lo que respecta a la indemnización por despido, el TS indica que el propio TJCE ha aclarado en su Sentencia de 21 de febrero de 2008 (caso Robledillo) que la exigencia de igualdad no rige para la conciliación administrativa, y que un Estado miembro está facultado para excluir las indemnizaciones concedidas por despido improcedente de la garantía de pago asegurada por la institución de garantía cuando han sido reconocidas en un acto de conciliación extrajudicial. Tal exclusión, objetivamente justificada, se ha considerado, incluso, por parte del TJCE como una medida necesaria con el fin de evitar abusos en el sentido del artículo 10, letra a), de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, modificada por la Directiva 2002/74/CEE, de 23 de septiembre. Se concluye, por todo ello, que pueden excluirse del ámbito de la garantía los créditos reconocidos en la conciliación administrativa y que esto es lo que ha hecho el artículo 33.2 ET, que no es contrario, por lo tanto, con lo dispuesto en el artículo 14 CE ni con el Derecho Comunitario.

Por lo que respecta a los salarios de tramitación, el TS señala que, de acuerdo con la sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero), deben considerarse a estos efectos como retribución, de modo que debe mantenerse la condena del FOGASA en lo que

se refiere a las cantidades correspondientes a los salarios de tramitación, con el límite legal aplicable.

3. Destacar en esta materia la existencia de una importante doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, citada y aplicada por la STS que se comenta, con referencia expresa a las Sentencias de 12 de diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero), de 16 de diciembre de 2004 (caso Olaso Valero), de 13 de diciembre de 2005 (caso Guerrero), de 7 de septiembre de 2006 (caso Cordero Alonso), de 17 de enero de 2008 (caso Velasco Navarro) y de 21 de febrero de 2008 (caso Robledillo).

Por otro lado, indicar que el TS concreta que el precepto al que se refiere la denuncia es el artículo 33.2 ET antes de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, que establece que el Fondo “abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos”, mientras que la redacción aplicable al caso suprime la referencia a la conciliación judicial. No obstante, al resolver que, según la jurisprudencia comunitaria, pueden excluirse del ámbito de la garantía los créditos reconocidos en la conciliación administrativa, señala que esto es lo que ha hecho el artículo 33.2 ET, tanto en la versión anterior al Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, como en su versión actual.

c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo económico inadecuadamente utilizado por afectar la extinción a la totalidad de la plantilla de la empresa en número superior a cinco trabajadores

– STSJ de Asturias de 27 de junio de 2008 (recurso 3288/2007), I.L. J 1502.

1. Los seis demandantes, que constituían la totalidad de la plantilla, fueron despedidos utilizando la empresa empleadora la vía del artículo 52.c) ET cuando debía haber acudido a la del artículo 51 ET, al afectar la extinción a la totalidad de la plantilla de la empresa en número superior a cinco trabajadores, lo que determinó que el FOGASA denegara a los actores las prestaciones de garantía salarial. En instancia se estimaron en parte las demandas deducidas frente al FOGASA y se condenó a este Organismo en concepto de responsable subsidiario. Se cuestiona, por lo tanto, si procede la exigencia de la demandada responsabilidad al FOGASA en los casos en que se utilice inadecuadamente la vía del artículo 52.c) ET y no la adecuada vía del despido colectivo del artículo 51 ET.

2. El TJSJ de Asturias señala que para resolver la cuestión planteada debe aplicarse lo establecido por el TS en su Sentencia de 24 de marzo de 2004, en donde se señala que “para que nazca la obligación del referido Fondo de abonar el 40% de dicha indemnización, es de todo punto necesario que (...) se trate de un despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en el que, “como consecuencia del expediente instruido en aplicación” de lo que esta norma establece, se hayan extinguido los contratos de trabajo de unos determinados trabajadores; o de un despido objetivo de los que prevé el artículo 52.c) del mencionado cuerpo legal y, por ello, si la situación analizada no puede ser incardinada en ninguno de estos preceptos, porque no se ha tramitado un despido colectivo y porque el despido objetivo que se ha realizado no tiene este carácter, al ser realmente un despido

V. Dinámica de la Relación Laboral

colectivo, falta el requisito fundamental e ineludible para que el comentado artículo 33.8 pueda ser aplicado, y en consecuencia no existe obligación del Fogasa en relación al pago directo del 40 por 100 de las indemnizaciones que hubieran podido estipularse”. Solución que, sin embargo, como también se subraya, “no puede generalizarse a los restantes supuestos, ni a las prestaciones de garantía previstas en los otros apartados del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores “toda vez que” la obligación que estatuye este artículo 33.8 es distinta, en contenido, naturaleza y fines, de las que se estructuran en los números 1 y 2 del mismo artículo por cuanto que aquella es de carácter principal y directo, mientras que éstas son de carácter subsidiario pues sólo pueden ser operativas en los casos de “insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios” y “además en estas últimas el Fogasa, una vez que ha hecho efectivo a los operarios el pago de las pertinentes indemnizaciones, conforme a los números 1 o 2 del artículo 33, se subroga en los derechos y obligaciones de éstos, como ordena el número 4 de este precepto; cosa que no acontece, en modo alguno, en los supuestos del número 8, pues en ellos la responsabilidad del Fondo es propia, principal y directa”.

3. La STS de 24 de marzo de 2004, I.L. J 240, citada por el TSJ de Asturias, es una interesante sentencia, referida también a los requisitos necesarios para que opere la responsabilidad del FOGASA, en donde señaló el TS que el ejercicio de la acción frente al despido no es requisito necesario para que proceda el abono por parte del FOGASA. En este caso se cuestionó si debe considerarse necesario a estos efectos que el trabajador reclame contra el despido objetivo económico, cuando el empresario no pone a su disposición la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) ET.

La STS citada justifica, en los términos indicados, la diferencia que existe entre el caso analizado y el resuelto en SSTs de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, y de 24 de abril y de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1003 y 1899, respectivamente, que negaron el abono directo por el Fondo del 40% de la indemnización por despido, en caso de despidos objetivos que no tenían realmente tal condición, al haberse vulnerado los límites cuantitativos que los diferencian del colectivo.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Cotización del tiempo parcial a efectos de prestaciones. No uniformidad con tiempo completo ni siquiera cuando no se llegue al período de carencia mínimo exigido legalmente para causar derecho a determinadas prestaciones. Criterios correctores

Analiza la STS de 23 de octubre de 2008, I.L. J 1399, cuál es el criterio que debe utilizarse para computar las jornadas cotizadas a tiempo parcial cuando no se alcanza el período de carencia (genérica o específica) exigida legalmente para lucrar la prestación de jubilación.

Se oponen dentro del supuesto dos criterios: el de la entidad gestora que entiende aplicable el RD 1131/2002, de 31 de diciembre, según el cual los días teóricos de cotización correspondientes a las horas trabajadas se multiplican por el coeficiente multiplicados de 1,5 frente al criterio de la Sentencia de instancia que postula, en base a la doctrina del Tribunal Constitucional, que cada día trabajado a tiempo parcial debe considerarse un día cotizado natural.

El supuesto de hecho se concreta en la denegación de la prestación de jubilación a una trabajadora que estuvo dada de alta en el sistema un total de 6.506 días (siendo el período de carencia mínimo exigido de 5.475 días).

El problema surge porque el alta de esta trabajadora en el sistema lo fue a través de un contrato a tiempo parcial (43,73%), de modo que para la entidad gestora los días efectivamente cotizados son el resultante de aplicar la ficción legal de dividir por la jornada completa el total de horas trabajadas y cotizadas por la demandante, mientras que para la Sentencia recurrida, los días trabajados a tiempo parcial deben asimilarse a días naturales a efectos de acreditar el tiempo mínimo de carencia de la prestación de jubilación. Apoya esta solución en los pronunciamientos del TC en Sentencias 253/2004 y 50/2005, entre otras.

Para el TS la solución correcta pasa por aplicar lo dispuesto en el RD 1131/2002 (artículo 3.1) el cual establece el principio de equivalencia que obliga a establecer días teóricos de cotización computando a este fin todas las horas cotizadas tanto ordinarias como complementarias. Así, el total de horas trabajadas debe dividirse entre cinco (equivalente diario a 1.826 horas anuales); el resultado de esta operación deberá ser multiplicado por 1,5 en relación a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

Para el Tribunal Supremo, esta doctrina no es incompatible con el principio de proporcionalidad estricta proscrito en su día por el TC (SSTC 253/2004 y 49/2005).

Ello, por cuanto, el principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los empleados a jornada completa, no exige ni implica uniformidad absoluta; Se trata para el Alto Tribunal de asegurar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, sin que ello suponga establecer una igualdad absoluta en cuanto al cómputo de las cotizaciones efectuadas en relación con las realizadas por el trabajador a jornada completa.

Esta doctrina, en otro orden de cosas, es reiteración de la ya establecida por la misma Sala en Sentencias de 16 de octubre de 2007 (recurso 127/2007) y 11 de junio de 2008 (recurso 2706/2008).

B) Descanso semanal. No cabe solapar el descanso semanal mínimo de día y medio con el descanso entre jornadas

Dos son las Sentencias del TS que se ocupan de idéntica cuestión en esta crónica:

¿Para el cómputo del día y medio de descanso semanal exigido por el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, es lícito computar de forma solapada las doce horas de descanso entre jornadas exigidas en el artículo 34 del mismo Estatuto?

La STS de 23 de octubre de 2008, I.L. 1398 y la STS de 25 de septiembre de 2008, I.L. J 1103, abordan la misma cuestión otorgándole idéntica respuesta.

En el primer caso, el conflicto afecta a la empresa Makro Autoservicio Mayorista. Según el criterio de esta empresa descansando la noche del sábado y el domingo habría que entrar a trabajar en la mañana de lunes puesto que desde el fin de la jornada del sábado hasta el inicio de la mañana del lunes habrían transcurrido 36 horas.

V. Dinámica de la Relación Laboral

En el segundo caso, el conflicto afecta a la empresa Carrefour, SA. En este supuesto se pretende computar como descansando la mañana o la tarde previa al descanso, pese a haber realizado en el mismo día el trabajador su jornada completa.

En ambos casos, el TS otorga idéntica respuesta, reproduciendo la doctrina ya establecida, entre otras en la STS de 10 de octubre de 2005, recurso 155/2004.

Para el Alto Tribunal las facultades de organización del empresario ceden en beneficio de las normas de derecho necesario sobre descansos.

Y citadas normas sobre descansos imponen el disfrute de dos tipos de descanso diferenciado: por un lado, un día y medio ininterrumpido en concepto de descanso semanal; por otro lado, las doce horas de descanso entre jornadas.

Se rechaza, en definitiva, el cómputo por horas del descanso semanal.

Queda en el aire la pregunta de cuál sería la forma de garantizar ambos descansos con la previsión mayoritariamente establecida en la negociación colectiva, y sobre todo en el sector comercio, del trabajo durante seis días semanales, pues resulta obvio que con esta doctrina no es posible, dentro del módulo semanal, compatibilizar citado trabajo semanal y los descansos semanales y diarios aludidos.

C) Horas extra

a) Indemnización en concepto de daños y perjuicios por vulneración empresarial de la voluntariedad en la realización de horas extraordinarias

Con frecuencia el deber de obediencia del trabajador y el temor a las consecuencias disciplinarias ante el incumplimiento provoca situaciones en las que la estimación judicial del derecho de un trabajador a no cumplir una orden empresarial, se produce tiempo más tarde de haberse cumplido ésta. Ello es, con frecuencia, elemento disuasorio de la acción judicial tendente a no cumplir una orden, *de facto*, ya ejecutada.

Uno de los ejemplos más frecuentes de esta situación lo constituye la orden de realizar horas extraordinarias. Ante la orden empresarial de realizar las mismas (pese a su voluntariedad legal) el trabajador con frecuencia acatará la orden, salvando su derecho a impugnarla con posterioridad.

Es el supuesto que analiza la **STSJ de Canarias de 11 de julio de 2008**, I.L. J 1142, en el que se contempla la práctica de una empresa que impone la realización sistemática de horas extraordinarias que califica unilateralmente de fuerza mayor, pese a no concurrir los elementos legales que perfilan esta contingencia. Con ello, elimina de inicio su voluntariedad.

El TSJ canario entiende que la empresa incurre con su actuación en abuso de derecho proscrito por el artículo 7.1 del Código Civil, así como el deber de buena fe contractual exigible a las dos partes que suscriben el contrato de trabajo.

Por ello, en el caso de que el trabajador se vea obligado a cumplir una orden irregular o abusiva tendrá derecho a la oportuna compensación, compatible con la retribución correspondiente al trabajo extraordinario realizado o, en el caso que analiza la Sentencia, con el descanso compensatorio disfrutado.

No explica la Sentencia cuál es el módulo indemnizatorio utilizado para calcular el daño o perjuicio causado, haciendo referencia como elementos tenidos en cuenta los siguientes: pérdida del derecho a disfrutar de su tiempo fuera de la jornada de trabajo en aquellas ocupaciones de su interés; el derecho al descanso tras la consumación de la jornada y la carga económica del procedimiento en sí mismo considerado.

Subyace en la Sentencia el tema irresuelto de la modulación de los daños y perjuicios, especialmente los morales ante este tipo de incumplimientos. En cualquier caso, la indemnización acordada oscila de 150 a 300 euros por trabajador, que no parece sea lo suficientemente disuasoria para la empresa, ni permita la compensación del daño en su integridad, siquiera atendiendo exclusivamente a los costes de un proceso judicial.

b) Retribución. Incluye todos los conceptos salariales

Analiza la STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2008, I.L. J 1585, cuál es la interpretación del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores al disponer que el valor de la hora extraordinaria habrá de ser como mínimo el valor de la hora ordinaria.

El conflicto surge en torno a un Convenio Colectivo de Empresa del ramo de seguridad privada, que posee como referencia el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

El precepto del Convenio Estatal y del Convenio de Empresa son idénticos, dándose la circunstancia de que el precepto del Convenio Estatal fue anulado por el TS en Sentencia de 21 de febrero de 2007, por ser el precio fijado inferior al valor de la hora ordinaria.

En la actualidad, las partes debaten qué hay que entender por valor de hora ordinaria proponiendo las partes dos soluciones confrontadas: Para la empresa el valor de la hora ordinaria sólo puede integrarse por los conceptos salariales fijos (salario base y complementos personales); para la representación social, por el contrario, el valor de la hora ordinaria debe incluir todos los conceptos salariales.

La Sala se decanta por esta última opción, condenando a la empresa a abonar las horas extraordinarias al valor de la hora ordinaria fijando esta última en cómputo anual por la suma de todos los conceptos salariales incluidos en la nómina de los trabajadores.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Pacto de permanencia. Abusivo. No hay equilibrio de intereses: permanencia de dieciocho meses y formación no cualificada

– STSJ de Murcia de 20 de octubre de 2008 (recurso 752/2008), I.L. J 1495.

1. La actora trabajó para la empresa Televisión Murciana, SA desde septiembre de 2006 con la categoría de redactora y con un salario bruto de 747,54 euros al mes sin incluir pagas extras. En agosto de 2007 extingue voluntariamente su relación laboral por motivos de salud preaviso con veintiún días de antelación. Reclama la cuantía correspondiente a los meses de julio y agosto de 2007 más la liquidación por finiquito. La actora, después de realizar un curso para

V. Dinámica de la Relación Laboral

el área de redacción, formalizó una cláusula de permanencia por lo que se obligaba a permanecer en la empresa durante dieciocho meses bajo pena de que la empresa pudiera solicitar la indemnización de cuatro mensualidades de salario. El curso contenía formación cualificada sobre preparación, búsqueda y elaboración de noticias y programas de todo tipo, locución de textos y locución improvisada, cobertura informativa de ruedas de prensa y acontecimientos en exteriores, presentación de informativos, programas y espacios comerciales, montaje, colocación, ajuste y operación con cámaras ENG, mezclas, grabaciones y reproducción de sonidos, realización de tomas de sonido, utilización de equipos de montaje audiovisual lineal y no lineal, elaboración de montajes con imágenes y sonido, diseño de imágenes y grafismos, conocimiento de las técnicas y herramientas necesarias para el grafismo, operación con VTR, mantenimiento y conservación del material utilizado, etc. El Juzgado de lo Social estima la reclamación de cantidad de la actora y desestima la reconvencción interpuesta por la empresa.

2. La cuestión que se suscita se circunscribe a determinar si se cumplen o no los requisitos legales para que nos hallemos en presencia de un pacto de permanencia, con sus consecuencias jurídicas a tal efecto. El TSJ de Murcia considera que el artículo 21.4 LRT exige que el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico y, a tal efecto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS de 26 de junio de 2001 y 6 de mayo de 2002) fija la interpretación que corresponde al mencionado precepto. Y lo hace en torno a los siguientes argumentos: a) La especialización profesional a la que alude el artículo 21.4 LET como recibida por el trabajador no basta con que sea de cualquier índole, sino que requiere tratarse de una especialización con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados, lo que reduce de manera sensible el ámbito de aplicación del pacto de permanencia que nos ocupa; b) La especialización profesional a cargo de la empresa, que justifica el pacto de permanencia mínima, no es de formación profesional ordinaria debida en todo caso por el empresario en cumplimiento del contrato de trabajo, ex artículo 4.2.b) LET. La especialización a la que alude el artículo 21.4 LET, a cuyo amparo se acogió la cláusula que viene siendo objeto de controversia, es en todo caso ajena al derecho de todo trabajador a la formación profesional que va más allá de lo que esta formación supone; c) En consecuencia, en caso de controversia incumbe a la empresa la probanza acerca de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica especialización profesional que, por una parte, redunde en un plus de cualificación del trabajador respecto de la que corresponde habitualmente a la función laboral contratada, permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro y, por otra, que origine al propio tiempo a aquélla un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo. A la vista de estos argumentos jurisprudenciales, el TSJ de Murcia concluye considerando que no concurren los requisitos necesarios en el caso de autos. No consta que el empresario sufragara los gastos de la formación de la actora, conocimientos que, por otro lado, no pueden ser catalogados como una auténtica especialización profesional que redunde en una ventaja económica o laboral pues la actora continuó realizando el mismo trabajo para el que había sido contratada sin que se acredite que intentase poner en marcha proyectos determinados o la realización de un trabajo específico. No existe, pues, proporcionalidad ni equilibrio de intereses, habida cuenta que la enseñanza recibida es “manifiestamente raquítica” en relación con la imposición de permanencia, pues ni siquiera consta que la salida voluntaria de la empresa por parte de la actora le haya originado un perjuicio a la empleadora por el esfuerzo llevado a cabo, el cual,

es ciertamente escaso. En tales condiciones el pacto de permanencia laboral carece de sustento normativo y deviene abusivo.

3. La sentencia que nos ocupa se limita a trasladar al ámbito de la suplicación lo dictado en casación por el Tribunal Supremo. El argumento principal se halla en el valor de la especialización adquirida por el trabajador a cargo de la empresa y con proyección en quehaceres específicos que redunden en beneficio de la empresa. Ya con anterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Supremo citados en esta sentencia, el Tribunal había considerado que tal formación ha de ser “singular o cualificada, que suponga un coste especial o extraordinario para la empresa y que produzca al mismo tiempo un enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador fácilmente identificable” (STS de 21 de diciembre de 2000). De los hechos probados se deduce la existencia de dicha formación cualificada y especializada en el caso de autos por lo que dicho dato conduciría a considerar vulnerado el pacto de no permanencia. Sin embargo, la sentencia objeto de análisis exige dos requisitos adicionales, atendiendo a los ya contemplados con anterioridad por el Tribunal Supremo; a saber, uno, que la empresa pruebe que el coste de la formación ha recaído sobre su contabilidad y, por tanto, el carácter gravoso de la formación cualificada y, dos, que la empresa pruebe asimismo que la rescisión contractual por parte del trabajador le ha supuesto un perjuicio especial como consecuencia de dicha formación. Ninguno de los dos elementos ha sido probado por la empresa por lo que se impone la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Reclamación de retribuciones correspondientes a categoría superior y exigibilidad del carácter no marginal del desempeño de las funciones propias de la misma

La STSJ de Aragón de 6 de mayo de 2008 (recurso 342/2008), I.L. J 1387, conoce de una reclamación de cantidad planteada por tres trabajadores del Instituto Aragonés de Servicios Sociales que, prestando sus servicios en el Hogar de Mayores de Jaca con la categoría profesional de Personal de Servicios Auxiliares del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, han realizado eventualmente funciones propias de la categoría superior de telefonista-recepcionista. Trayendo a colación la doctrina sentada en las SSTS de 25 de junio, 25 de julio y 29 de octubre, todas ellas del año 2007 (recursos 575, 678 y 869/2007), supuestos que presentan “clara identidad” con el actual, la Sala estima, a la vista de las definiciones de ambas categorías en el Convenio Colectivo de aplicación y de las funciones atribuidas a éstas, que el “grueso de las funciones de los demandantes se corresponden con la descripción convencional del Grupo Personal de Servicios Auxiliares, sin desbordar las demás la ocasionalidad dentro de cuyos límites, conforme al Convenio, pueden entenderse igualmente integradas” en ambas categorías. Igualmente trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo demandando que para merecer el reconocimiento de las retribuciones superiores es preciso que las funciones desempeñadas entren de pleno en las asignadas a la categoría superior, la “perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones y no parte de las mismas”. Razones ambas que conducen a la desestimación de la demanda en un supuesto en el que, por lo

V. Dinámica de la Relación Laboral

demás, la enumeración de funciones desvela abrumadoramente la marginalidad de la comparada con la categoría superior.

B) Realización de funciones de inferior grupo profesional: causalidad de la movilidad vertical descendente

La Dirección Técnica de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, a la que resulta de aplicación el II Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado, adopta una resolución administrativa adscribiendo un trabajador perteneciente al Grupo Profesional 3 a un puesto propio del Grupo Profesional 5 en la presa “Azud de Rueca”. La STSJ de Extremadura de 28 de octubre de 2008 (recurso 357/2008), I.L. J 1597, conoce en suplicación del recurso a la sentencia fallada en la instancia en la consiguiente impugnación del acto administrativo efectuada por el trabajador y resuelve la nulidad de éste por no observar las exigencias establecidas en el artículo 39.2 del Estatuto de los Trabajadores y reproducidas en el artículo 20 del Convenio. Exigencias consistentes en la concurrencia de razones técnicas y organizativas que lo justifiquen, amén de la existencia de necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva, lo que “a pesar de la alusión que a ello hace la recurrente, según vimos, en este caso no consta, al no aparecer en el relato fáctico de la sentencia recurrida”.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Movilidad geográfica. Cambio de centro de trabajo que no implica cambio de residencia. *Ius variandi* del empresario

El conflicto deviene de la decisión del empresario, Caja de Ahorros, de trasladar de oficina al trabajador en la misma población.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de noviembre de 2008, I.L. J 1328, confirma la decisión desestimatoria de la instancia y recoge la doctrina jurisprudencial, destacando “Como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el artículo 39 del ET sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el artículo 40 los de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, algún sector de la doctrina científica ha optado por incluir los cambios de puesto de trabajo desde un centro a otro sito en la misma localidad, como supuestos de movilidad funcional. Pues bien, tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional (a los citados cambios de centro), como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica *lato sensu*, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del artículo 40 ET y deben ser incardinados en la esfera del *ius variandi* del empresario” (SSTS de 27 de diciembre de 1999, recurso 2059/1999; 19 de diciembre de 2002, recurso 3369/2002; 26 de abril de 2006). E incluso reitera la doctrina jurisprudencial (STS de 19 de abril de 2004 –recurso para la unificación de doctrina 1968/2003) en tanto en cuanto que los supuestos de movilidad geográfica “débil”, sin cambio de residencia, ni tan siquiera pueden dar lugar a indemnización o compensación que no tenga origen en pacto colectivo o individual, siendo así que han sido derogadas las OOMM de 10 de febrero de 1958 y 4 de junio de 1958 por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

B) Caja de Ahorros. Nuevo destino del trabajador. Indemnización por gastos de desplazamiento. Cambio de centro de trabajo que no exige cambio de domicilio forma parte del *ius variandi* del empresario

El trabajador que venía prestando servicios en Sanguesa, después de un período de excedencia de dos meses, reingresa y es destinado a la oficina de Arribe Atallu, por lo que reclama una indemnización económica consecuencia de mayor tiempo de desplazamientos y kilometrajes.

La STSJ de Navarra de 8 de julio de 2008, I.L. J 1357, después de plantearse como hipótesis que el trabajador tiene que realizar un gasto extraordinario en su desplazamiento cotidiano, que beneficia a la empresa; que de no admitirse la indemnización del desplazamiento el trabajador demandante sufriría una discriminación peyorativa respecto de sus compañeros; que es contrario a la equidad contractual que una de las partes del contrato de trabajo pueda unilateralmente definir un elemento esencial del mismo, y finalmente la facultad extraordinaria del empresario de designar un centro de trabajo dentro de los 50 Km, puede lícitamente considerarse que va más allá de un poder ordinario de dirección, pues por la vía de imponer un destino lejano la empresa gozaría de unas facultades disciplinarias excepcionales, que podría ejercer sin control jurisdiccional, es lo cierto que el sentido de la movilidad geográfica parece que no sólo debe fundarse en la distancia, sino que ha de ponderar otras circunstancias, y muy especialmente la naturaleza de los servicios de la empresa empleadora, y el área de influencia directa de un núcleo urbano. Sin embargo razona la sentencia que “la movilidad está ligada a la propia actividad de la empresa empleadora que no realiza su función de modo específico en un centro concreto, sino que tiene una pluralidad de centros dispersos que deben ser atendidos de forma conjunta por los trabajadores; se trata además de una actividad que pretende cumplir un fin social, de trato directo con el público, sometida a una rápida obsolescencia de la imagen y con la exigencia de introducción inmediata de nuevas tecnologías, en un sector fuertemente competitivo. Es lícito en este sentido interpretar que la relación laboral se realiza preferentemente con la empresa en sí y no con un centro concreto (como interpretó esta Sala en su Sentencia de 21 de mayo de 1994), y que los 50 Km que se prevén en el convenio es un elemento de limitación de esta movilidad geográfica connatural a la actividad empresarial, que se define como Navarra en su propio nombre. Por otra parte, en un área bien comunicada y con frecuentes y eficientes servicios de transporte locales y comárcales, a pesar de ciertos elementos de discontinuidad, un radio de 50 Km puede lícitamente interpretarse como una natural conurbación del principal centro de la población Navarra”. Por último, recogiendo la jurisprudencia más reciente favorable a reconocer al empresario amplias facultades de movilidad geográfica, si no exige cambio de domicilio, para garantizar la competitividad de la empresa (SSTS de 10 de junio de 2003; 19 de abril de 2004) y sobre todo STS de 3 de abril de 2007 “refiere que el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores sólo regula los supuestos de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, y no los casos de movilidad geográfica *lato sensu*, que denomina débil o no sustancial, por no llevar aparejado el cambio de residencia, y concluye, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo 27 de diciembre de 1999, que ‘el precepto no regula ningún tipo de indemnización para compensar los gastos,(...) y sí sólo un compromiso para la empresa de colaborar en la solución de los problemas derivados del transporte que, se supone, tiene que utilizar todos los días el trabajador para acudir a su nuevo centro de trabajo’. Según la sentencia el cambio de centro de trabajo que no exige cambio de domicilio forma parte del *ius variandi* del empresario”. En su consecuencia confirma la sentencia desestimatoria de la instancia.

C) Movilidad geográfica “débil”. Convenio Colectivo de la banca. Deber de colaboración del empresario. Participación en los costes que pueden derivarse en los gastos de desplazamiento. Discrecionalidad juez de instancia

El supuesto examinado es el de trabajador de sector de la banca que se ha venido desplazando desde el 25 de abril de 2003 desde su domicilio en Villaviciosa al centro de trabajo en Colunga, en el que estuvo destinado en comisión de servicios hasta que el 1 de enero de 2004 le fue asignada de forma definitiva plaza en esa localidad, que está a 20 km de distancia de Villaviciosa, invirtiéndose en el trayecto unos 40 minutos diarios, por ello reclama importe fijado por km o que se le facilite medio de transporte y que le sea retribuido o se le compense el tiempo invertido en el desplazamiento. El juzgado de instancia desestimó la demanda siendo revocada parcialmente por la Sala de lo Social.

La STS de 5 de diciembre de 2008, I.L. J 1519, examina el supuesto analizando el artículo 28 y 30 del Convenio Colectivo del sector de la Banca, y destaca que no estamos ante “un traslado ni en el sentido del artículo 28 del Convenio, ni en el del artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque se entiende que, al operar dentro del límite convencional sin que conste ninguna circunstancia en sentido contrario, la asignación del nuevo destino no exige cambio de residencia. Por tanto, no serán aplicables ni las indemnizaciones del artículo 28 del Convenio, ni la compensación por gastos del artículo 40.1.4º del Estatuto de los Trabajadores”. Y respecto a las Instrucciones de la empresa en cuanto refiere que los gastos de desplazamiento son gastos originados por cambio de centro de trabajo en el que se da cierta perdurabilidad en el tiempo y están supeditados o condicionados a la distancia que se realice entre el domicilio del empleado y el centro de trabajo de destino, estudiándose las aprobaciones de ayudas por gastos de desplazamiento cuando éste se realice más allá del límite de movilidad geográfica que esté fijado en el convenio colectivo o legalmente en cada momento (25 km en estos momentos), siempre que se cumpla además el requisito de que la residencia habitual esté situada a más de 25 km del nuevo centro de trabajo. Si esta condición no se cumple la autorización no será posible, señala, recogiendo la STS de 11 de junio de 2008 (recurso 17/2007) que, “en el sistema normativo actual el empresario no ostenta ninguna facultad normativa sobre la ordenación de la relación de trabajo” y “las instrucciones de la empresa” no pueden considerarse como una norma, porque no forman parte del sistema de fuentes de ordenación de la relación laboral que define el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, salvo cuando pudieran generar una condición más beneficiosa que se incorporase al vínculo contractual por la vía del apartado c) del núm. 1 de ese precepto; son sólo “directrices internas que no crean derechos y obligaciones en el marco de la relación de trabajo” o “meras indicaciones u órdenes de actuación para los servicios de personal de la propia empresa”, por ello carece de eficacia para limitar derechos que pudiera tener el trabajador. Así se alcanza que estamos ante un supuesto de *ius variandi* empresarial, bien entendido como facultad del empresario conforme al artículo 39 ET o movilidad geográfica “débil”, excluida del artículo 40 ET, y por tal el coste tendría que ser asumido por el trabajador. No obstante señala la sentencia que el artículo 30 del Convenio Colectivo de empresa –provisión de vacantes en la misma plaza o en plazas próximas– prevé la colaboración de la empresa en “la solución de los problemas derivados del transporte” que puedan generarse como consecuencia de la aplicación de esta norma. “La regla es imperativa (‘las empresas colaborarán’), aunque su contenido es difuso a la hora de establecer las obligaciones en que ha de concretarse esa colaboración. Pero lo cierto es que la colaboración, que lógicamente hay que referir a la participación en los costes que pueden derivarse de los gastos de transporte o de la ampliación del tiempo de desplazamiento, está prevista y no se ha cum-

plido por la empresa, sin que tampoco exista acuerdo para precisarla. Esto crea un margen de discrecionalidad para el órgano judicial, que en el presente caso ha acudido a la cantidad que prevé la aludida norma interna, aunque tal cantidad esté prevista para otro supuesto”. En su consecuencia se desestima el recurso.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Alteración unilateral empresarial del horario de mañana a tarde. Nulidad de la medida. Necesidad de acudir al trámite del artículo 41.3 ET

La STS de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1168, conoce del supuesto de hecho en que un trabajador vigilante de seguridad, con una antigüedad de 25 de abril de 1990, el cual realizaba su jornada de trabajo en horario de mañana, de 7 a 15 horas, y de lunes a viernes, realizando puntualmente jornadas aisladas de 12 horas para completar el cómputo mensual de jornada completa de Convenio. La empresa en diversos cuadrantes de servicios (marzo, abril y mayo) altera el horario del actor al encomendársele servicios en el turno de tarde, cinco días, y noche, como servicios en fin de semana.

La sentencia de instancia como la Sala de lo Social del TSJ declararon la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo lo que recurre la empresa alegando sustancialmente que el artículo 35 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad le autoriza.

La Sala analizando el señalado precepto destaca que el precepto señalado por la empresa refiere como enunciado “lugar de trabajo”, donde en nada se recoge modificación de horario, lo que se contempla en el artículo 43 del citado Convenio Colectivo que se refiere a ello en el enunciado y éste se remite al artículo 41 ET cuando la empresa precise la modificación de los horarios establecidos, por ello se trata de una modificación sustancial “que tiene carácter individual y que, para llevarla a cabo, la empresa debió acudir a las previsiones o exigencias que se contienen en el número 3 de dicho 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”, y por tal se desestima el recurso.

B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Movilidad geográfica sin cambio de residencia que implica cambio del Convenio Colectivo: manifestación del poder empresarial

El trabajador, conductor oficial de 1ª (conductor mecánico), venía prestando servicios para la empresa en el centro de trabajo de Villarobredo (Albacete) y siéndole de aplicación el Convenio Colectivo provincial del transporte. La empresa tiene otros dos centros de trabajo, Constantí (Tarragona) y Torrejón del Rey (Guadalajara). Administrativamente el señalado trabajador dependía de Constantí. El trabajador como el resto de conductores de la empresa, conduce una cabeza tractora con la cual toma el servicio acoplando una cisterna o un remolque y lo deja, en cualquier lugar de España o del extranjero, depositando el vehículo en los lugares habilitados al efecto. Mediante comunicación se le notificó que se le adscribía a Tarragona y por tal le era de aplicación el Convenio Colectivo de tal provincia. Su residencia es Salamanca.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Ante la desestimación de la demanda la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2008, I.L. J 1293, después de analizar la doctrina jurisprudencial sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la movilidad geográfica respecto a la alteración de centro de trabajo destaca que no se trata

“de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, puesto que la adscripción formal del actor al centro de trabajo de Tarragona en lugar del de Albacete, que era el que figuraba en el contrato, además de no suponer ningún cambio de residencia, puesto que ni a la firma del contrato ni con posterioridad a ello el accionante tuvo su domicilio en Villarrobledo, tan sólo suponía la acomodación del aspecto formal de la prestación de servicios al que realmente existía, dado que, según consta acreditado, el demandante siempre estuvo adscrito al centro de trabajo de Constantí, desde el cual se controlaba su circulación e incidencias, organizando sus rutas de manera que se aproximasen, en la medida de lo posible a su efectiva localidad de residencia, que se ubicaba en Salamanca.

Inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo que, igualmente, cabe extraer desde la perspectiva de la entidad del cambio y del nivel de perjuicio o sacrificio que la alteración efectuada produce en el trabajador, puesto que por lo que se refiere al modo o manera de llevar a cabo su quehacer habitual, es lo cierto que no consta acreditado que el mismo resulte afectado lo más mínimo, ni que se produzca transformación alguna en los aspectos fundamentales de la relación laboral. Quiebra o perjuicio tampoco apreciable en el aspecto económico derivado de la aplicación del Convenio Colectivo del transporte de Tarragona, puesto que frente al análisis pormenorizado llevado a cabo sobre el particular por la juzgadora de instancia, del que se deriva la ausencia real de menoscabo económico alguno, el recurrente se limita a afirmar lo contrario”.

C) Modificación de condiciones de trabajo: Modificación de horario: Modificación horaria vía artículo 41 ET adelantando media hora el comienzo de la jornada habitual y se adelanta también media hora la salida. No es modificación de jornada sino de horario. Inexistencia de perjuicio económico

Se plantea conflicto colectivo que afecta a los trabajadores técnicos de mantenimiento, en cuanto venían realizando una jornada de 7 a 22 horas distribuida en dos turnos de mañana y tarde, e iniciaban su jornada en la oficina de la empresa, lugar donde cada trabajador recogía su vehículo, finalizando también en el mismo punto, lugar donde dejaban el vehículo de la empresa. La empresa notificó a los trabajadores un cambio de horario consistente en adelantar la hora de entrada a las 6,30 horas, así como la hora de salida en el turno de mañana, facilitando a cada trabajador un vehículo para su uso laboral, de tal forma que la jornada laboral se inicia desde que el trabajador coge su vehículo en su domicilio y finaliza cuando regresa al mismo, y sin necesidad de pasar por el centro de trabajo. Entienden que ello es una modificación sustancial y la empresa no ha acudido a las previsiones.

La STS de 6 de octubre de 2008, I.L. J 1174, confirma la desestimación causada por la sentencia de la Audiencia Nacional al conflicto colectivo planteado por el Sindicato, y, así destaca, ante el alegato sobre la afectación indirecta en cuanto se está modificando la jornada de trabajo por una vía inadecuada (la del artículo 41 ET), que, “No hay modificación de la duración de la jornada sino una distribución horaria distinta. Si se adelanta en 30 minutos la hora de entrada,

también se adelanta en el mismo tiempo la hora de salida y se computa como tiempo efectivo de trabajo desde la hora general de salida del domicilio (a las 6,30 horas) hasta la terminación de la jornada en el domicilio del cliente (a las 14,14 o antes en función de las distancias a la que ya hemos aludido). Si antes los trabajadores comenzaban su jornada a las 7,00 horas en el lugar en que tenían que recoger el vehículo de la empresa para desplazarse al domicilio del cliente y desarrollar allí su trabajo, ahora la empresa asigna un vehículo a cada trabajador, de forma que ya no es necesario que acudan al centro de trabajo a recogerlo, computándose como comienzo de la jornada el momento en que salen de su domicilio, teóricamente a las 6,30 horas de la mañana, y en cuanto a la terminación de la jornada, si antes habían de volver al lugar donde había recogido el vehículo, después de la modificación, como tienen vehículo propio, finalizan su jornada en el domicilio del cliente, con la modulación horaria en función de la distancia antes mencionada” y recogiendo la STS de 11 de febrero de 2002, recurso 378, citando el artículo 2.1 de la Directiva 93/104 CEE de 23 de noviembre 1993 “tiempo de trabajo es todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”, por ello de acuerdo con dicho concepto la minoración de los traslados antedichos y de los tramos improductivos y de solapamiento no puede calificarse en ningún caso de incremento de jornada ni de prolongación en su duración. La segunda cuestión planteada es que el adelanto de media hora en el horario de entrada, lo que supone menos “trabajos programados”, conlleva pérdida de retribución. La señalada sentencia refiere que, siendo trabajos programados fuera de jornada y naturaleza de hora extraordinaria, como destacó la STS de 20 de diciembre de 1996 (recurso 3413/1995), “la realización de horas extraordinarias no constituye nunca un derecho adquirido, pues es esencial a su naturaleza una libre oferta y una libre realización de las mismas”.

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (COORDINADORA)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

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. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **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. Artículo 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) Salarios de tramitación. **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 y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 9 a 12 del año 2008.

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 aquellas 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.

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

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 STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008 (recurso 2130/2008), I.L. J 1498, desestima el recurso de suplicación en un caso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, en un supuesto de traslado de centro de trabajo. La Sala argumenta:

“debido a que la distancia entre un centro y otro es de 31 Km, no siendo notablemente gravoso para el demandante, por lo que no procede la extinción del contrato”.

En sentido análogo, la STSJ de La Rioja de 3 de septiembre de 2008 (recurso 84/2008), I.L. J 1345, desestima la extinción contractual laboral por voluntad del trabajador fundada en el incumplimiento empresarial del abono de un mes de salario:

A tal efecto la Sala expone:

“La necesidad de incumplimiento grave continuado y persistente de deudas salariales para proceder al fallo de la extinción laboral del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.”

Finalmente, la STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008 (recurso 3819/2008), I.L. J 1446, y la STSJ de Murcia de 16 de octubre de 2008 (recurso 794/2008), I.L. J 1447, razonan cómo para que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo opere como causa de extinción del contrato es necesario que cause perjuicios al trabajador, sin que exista presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados.

Razonan las Salas que:

“En el caso que nos ocupa, lo que resulta probado del firme relato fáctico de la sentencia recurrida es que la empresa desde octubre de 2002, por una parte trató de introducir cambios en las condiciones de trabajo de los vendedores de vehículos, entre los que se encontraban los demandantes y, por otra, que a dichos trabajadores les recriminaba su forma de actuar con expresiones amenazantes, insultos y descalificaciones. De esas dos circunstancias, ninguna supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que permitía la extinción del contrato de trabajo según el artículo 50 del ET.”

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

para la existencia de una relación laboral. Así, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de junio de 2008 (recurso 293/2008), I.L. J 1274, desestima la demanda de despido, al abordar la situación de un trabajador con una relación laboral en período de prueba, que cesa antes de la finalización de ésta. La desestima ante la falta de solicitud de la calificación del despido como improcedente en la demanda.

En sentido análogo, la STS de 23 de octubre de 2008, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2423/2007), I.L. J 1269, estima la inexistencia de despido a un trabajador, aduciendo que es lícito el pacto de un período de prueba en un segundo contrato cuando en el primero, durante el período de prueba, el trabajador dimite. La cuestión resuelta en esta sentencia es la relativa a la validez de la cláusula que establece un período de prueba, cuando las partes ya habían suscrito, anteriormente, un contrato de trabajo en el que se pactó un período de prueba que no llegó a cumplirse, por cuanto antes la trabajadora decidió desistir del contrato. Sostiene la Sala que si el período de prueba tiene por fin acreditar la aptitud del trabajador para el puesto de trabajo a desempeñar, es lógico que se vea la posibilidad de pactar un nuevo período de prueba cuando ya se acreditó la idoneidad, durante la vigencia de un contrato anterior. Pero cuando el período de prueba no transcurrió por completo por causa imputable al trabajador que desistió del contrato antes de tiempo, puede luego celebrarse otro contrato en el que se pacte un nuevo período de prueba, ya que el anterior no sirvió para acreditar la idoneidad del empleado que, realmente, no puede decirse que superara la prueba, pues no dio opción a que el patrono se pronunciara al respecto.

A tal efecto la Sala expone:

“La solución que se considera correcta se funda, igualmente, en el principio de que las normas prohibitivas y limitativas de derechos, como son las que limitan la libertad de las partes para establecer los pactos que estimen más convenientes, conforme al artículo 1255 del Código Civil, no pueden ser objeto de una interpretación extensiva, sino restrictiva. Por ello, no cabe extender la sanción de nulidad que establece el párrafo tercero del artículo 14.1 del ET, a supuestos diferentes del allí previsto, según su tenor literal y su finalidad, esto es, a casos en los que no hubo un contrato previo que sirviera para acreditar la idoneidad del trabajador, como ocurre en aquellos supuestos en los que el contrato no llega a término por desistirse de él durante el período de prueba. El espíritu de la norma es evitar que, acreditada la idoneidad del operario, la empresa burle sus derechos o las normas que regulan la contratación temporal, estableciendo un período de prueba innecesario que sólo persigue el fraude de ley, pero no impedir que se dé una segunda oportunidad al trabajador, cuando no ha acreditado su idoneidad para determinada labor, sea porque el período de prueba de un contrato anterior no se agotó, sea porque, incluso, la empresa no lo consideró apto en aquel momento. Esta segunda oportunidad que se da en muchos ámbitos de la vida, sobre todo en materia de formación, no se puede negar al trabajador que por su edad y circunstancias de todo tipo ha mejorado su preparación y tiene más interés en conseguir un puesto de trabajo, cosa que acaecería si se vedara en absoluto la posibilidad de establecer un nuevo período de prueba cuando se va a contratar a quien anteriormente no acreditó su aptitud. Consecuentemente, salvo que se evidencie que la empresa obra en fraude de ley, es lícito pactar un nuevo período de prueba cuando se va a contratar de nuevo a quien no superó el anterior, cualquiera que fuese la causa de ello.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. La **STSJ de Navarra de 17 de julio de 2008** (recurso 168/2008), I.L. J 1360, enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, representante sindical, por su conducta grave y dolosa, consistente en la fabricación dolosa de piezas defectuosas, constituyente de violación trascendente de la buena fe contractual.

La **STSJ de Aragón de 2 de julio de 2008** (recurso 560/2008), I.L. J 1459, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, por indisciplina, desobediencia, abuso de confianza, faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad en el trabajo así como ofensas verbales. La Sala argumenta:

“No es necesaria la materialización de un perjuicio para apreciar negligencia en la actuación.”

Finalmente, la **STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2008** (recurso 3293/2008), I.L. J 1504, falla la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador debido a que no puede apreciarse transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en su conducta.

Para la Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor no ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados no tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

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. Artículo 52.c) ET

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STS de 12 de diciembre de 2008, Sala Cuarta** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4555/2007), I.L. J 1558. En ella se analiza la extinción contractual por causas organizativas, a la par que se desestima el recurso por insuficiencia de la censura legal u omisión de la fundamentación suficiente de la infracción legal denunciada.

Para ello, la Sala razona:

“Como ya anticipamos más arriba, el Ministerio Fiscal alega la ‘falta de fundamentación adecuada de la infracción legal denunciada’, La doctrina acerca de la necesidad de que el

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

recurso de casación para la unificación de doctrina, contenga una adecuada y razonada censura jurídica puede compendiarse en los siguientes términos: este recurso es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo de infracción de ley [artículo 222 de la LPL, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 205 del mismo texto legal]. Por ello, resulta plenamente aplicable el artículo 477 de la LEC, a tenor del cual ha de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y el artículo 481 de la misma Ley que exige que en el escrito de interposición del recurso se exponga, con la necesaria extensión, sus fundamentos. Requisito que impone al recurrente la carga de razonar la infracción que denuncia y por otra parte, el artículo 483.2.2º de la LEC establece que será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos.”

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] es llevada a cabo por la **STS de 29 de septiembre de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1659/2007), I.L. J 1089. En ella se falla la procedencia del despido efectuado en un caso, en el que concurriendo causas económicas, se da la existencia de una íntima conexión entre la situación de crisis en la empresa y la medida extintiva.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

“Las causas económicas tienen por finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes.”

Asimismo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2008** (recurso 79/2008), I.L. J 1294, determina la procedencia del despido efectuado a un trabajador por causas objetivas, ante la crisis económica grave, profunda e irreversible, que desemboca en el cierre de la empresa. En sentido análogo, la **STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 2008** (recurso 3121/2008), I.L. J 1342, y la **STSJ de Murcia de 22 de julio de 2008** (recurso 593/2008), I.L. J 1432, fallan la procedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores por causas económicas suficientemente probadas por la empresa.

Las salas razonan:

“En el supuesto enjuiciado, partiendo de la certeza jurídica del relato fáctico de instancia y de la fundamentación jurídica con igual valor, acreditado que el cierre de la empresa era deficitaria, ha de estimarse que concurre la causa organizativa invocada, y en consecuencia declara la procedencia del despido de las demandantes.”

Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 22 de julio de 2008** (recurso 165/2008), I.L. J 1463, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador por causas objetivas, en particular por motivos económicos, debido a que éstos no han sido suficientemente probados por la empresa.

De otro lado, la STSJ de Extremadura de 4 de noviembre (recurso 441/2008), I.L. J 1284, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas derivada de una ineptitud sobrevenida del trabajador.

Las Salas argumentan:

“La doctrina de esta Sala es que lo esencial para que el contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en el artículo 52.a) del ET es que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral. Pero corresponde al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales.”

Por el contrario, la STSJ de Extremadura de 17 de julio de 2008 (recurso 175/2008), I.L. J 1487, ante el mismo supuesto de ineptitud sobrevenida del trabajador, falla su procedencia, ante la declaración de “no apto” para el desempeño de su trabajo y otros de su categoría profesional.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La STSJ de Extremadura de 7 de julio de 2008 (recurso 136/2008), I.L. J 1290, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, –veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del ET–, y de su suspensión, en un caso de presentación de una papeleta de conciliación en registro de órgano administrativo, suspende dicho plazo de caducidad, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido.

Asimismo, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de julio de 2008 (recurso 345/2008), I.L. J 1353, al reiterar doctrina sobre la inexistencia de caducidad de la acción, apreciada en la instancia calificador del despido, determina que el conocimiento del cambio de adjudicatario del servicio una semana antes de su efectividad. Finalmente, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2008 (recurso 1752/2008), I.L. J 1471, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, –veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del ET–, y de su suspensión, en un caso en que la presentación de dos notificaciones de despido ante la ineficacia de la primera.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de numerosos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. Así, la STSJ de La Rioja de 23 de septiembre de 2008 (recurso 98/2008), I.L. J 1344, enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a una trabajadora, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual. En

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

el caso, la actora, en situación de incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, realizó una actividad contraindicada expresamente por el médico de la Mutua.

Las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 y 12 de septiembre de 2008 (recursos 923/2008 y 905/2008), I.L. J 1279 y 1364, revocan las sentencias de instancia y declaran la procedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, por transgresión de la buena fe contractual. En el primer supuesto, debido al incumplimiento reiterado de una fase de la obligación productiva. En el segundo caso, por no registrar en la caja registradora las ventas realizadas. Las Salas argumentan:

“No es necesaria la materialización de un perjuicio para apreciar negligencia en la actuación.”

Asimismo, diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [artículo 54.1.c) ET]. La STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008 (recurso 3753/2008), I.L. J 1467, confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador que profiere ofensas verbales a su empresario y compañeros en un lugar público durante cuatro días con negativa a reconsiderar esta aptitud. Para la Sala el motivo alegado en la carta de despido es suficiente, por su gravedad, para motivar el despido.

En sentido análogo, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de junio de 2008 (recurso 1547/2007), I.L. J 1481, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en la indisciplina y desobediencia en el trabajo, además de incurrir en transgresión de la buena fe contractual.

Para la Sala, este hecho probado determina la procedencia del despido disciplinario efectuado:

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

La STSJ de Murcia de 3 de julio de 2008 (recurso 449/2008), I.L. J 1431, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en transgresión de la buena fe contractual, de un trabajador que ofrece la cartera de clientes a otra empresa. Finalmente, la STSJ de La Rioja de 9 de septiembre de 2008 (recurso 87/2008), I.L. J 1346, aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en una desobediencia grave y reiterada a las órdenes dadas por el empresario.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de marzo de 2008 (recurso 312/2008), I.L. J 1137, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador en un supuesto de disminución voluntaria del rendimiento reflejado en una segunda carta de despido, puesto que

la relación laboral ya había sido extinguida con la emisión de la primera carta de despido y la segunda carta emitida ni subsana ni amplía la relación laboral ya extinta con la primera.

La **STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2008** (recurso 666/2008), I.L. J 1298, analiza la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal sucesiva.

La Sala, trayendo a colación la doctrina que en la materia ya ha sido unificada, fundamenta el fallo en los siguientes términos:

“Si el contrato temporal suscrito concluye su plazo de vigencia y, sin interrupción temporal se suscribe un contrato indefinido, se entiende que la antigüedad en la empresa se remonta al momento en el que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal.”

Asimismo, la **STSJ de Navarra de 14 de marzo de 2008** (recurso 76/2008), I.L. J 1369, declara la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, por agresión a otro compañero de trabajo, al confirmarse que la riña fue provocada fuera del lugar y de tiempo de trabajo, por considerar en tal supuesto

“que la sanción de despido excede de la gravedad que exige el convenio colectivo en la previsión transcrita, cuando se refiere a originar riñas o pendencias con los compañeros basta una sola vez cuando se produzcan lesiones”.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de septiembre de 2008** (recurso 903/2008), I.L. J 1326, ante la falta de prueba de los hechos imputados en la carta de despido, declara el despido improcedente, por considerar inexistente, en tal supuesto, una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el cometido de sus trabajos. Para la Sala

“Tal conducta no alcanza a tener la gravedad (y entidad) suficientes para entenderla incardinable en el citado artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.”

De otro lado, numerosas sentencias analizan la improcedencia del despido efectuado a varios trabajadores por transgresión de la buena fe contractual. En concreto por realizar tareas durante situaciones de incapacidad temporal:

– Así, la **STSJ de Murcia de 22 de julio de 2008** (recurso 654/2008), I.L. J 1434, al analizar la extinción voluntaria del contrato por un trabajador en situación de IT, desestima dicha baja alegando que no tiene eficacia, y falla la improcedencia del despido efectuado al mismo, debido a que es probado que fue coaccionado para acogerse a dicha situación.

– En sentido análogo, la **STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008** (recurso 3966/2008), I.L. J 1513, declara la improcedencia del despido efectuado a un trabajador por realizar varias tareas en situación de IT por no impedir ni retrasar su recuperación.

– Finalmente, la **STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2008** (recurso 206/2008), I.L. J 1629, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador en situación de incapacidad temporal por trastorno de ansiedad, por realizar trabajos familiares durante un solo día al no constar probada jornada, ni realización auténtica de trabajo, por lo que no existe conducta incumplidora grave y culpable.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La STS de 26 de septiembre de 2008, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4975/2006), I.L. J 1093, determina los días inhábiles en el cómputo de antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización.

Sobre la cuestión planteada en el recurso, la Sala señala:

“Y el motivo analizado merece favorable acogida porque, en efecto, incluso dejando al margen el hecho cierto de que la interpretación de la sentencia recurrida resulta excesivamente rigorista y contraria a nuestra doctrina (SSTS de 8 de marzo de 2007 y 17 de diciembre de 2007, recursos 175/2004 y 199/2004) sobre ‘la unidad esencial del vínculo’ y sobre la necesidad de que concurren ‘interrupciones significativas’, cuando, como es el caso, de lo que se trata es de la determinación de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido, lo verdaderamente relevante en este proceso es que la Sala de suplicación yerra al computar como hábiles los días 24 y 31 de diciembre de 2004. Si se descuentan esos dos días, más los sábados (25 de diciembre de 2004; 1, 8 y 15 de enero de 2005), los domingos (26 de diciembre de 2004; 2, 9 y 16 de enero de 2005) y los festivos (6 de enero de 2005) transcurridos entre la fecha de finalización del penúltimo contrato (23 de diciembre de 2004) y la reanudación de la relación el 24 de enero de 2005, los 20 días de caducidad, en principio, vencerían el martes 25 de enero de 2005, aunque el plazo para presentar la hipotética demanda llegaría, en todo caso, hasta el miércoles 26 por aplicación del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta última cuestión (la del artículo 135.1 LEC) no se planteó en absoluto en el recurso de suplicación y se hace muy tangencialmente en el de casación (sólo dice: ‘además los 20 días hábiles se extienden al día 21 hasta las 15 horas’). Pero de lo que no cabe duda alguna es que, como se vio, descontando los sábados, domingos, festivos y los tan repetidos días 24 y 31 de diciembre de 2004, no cabía hablar de caducidad. Es por ello, en fin, que, conforme sostiene el Ministerio Fiscal, hemos de casar y anular la recurrida porque entra en clara contradicción con la sentencia de contraste en lo referente al cómputo del plazo de caducidad, siendo así que la doctrina correcta al respecto es la contenida en la mencionada sentencia referencial.”

De otro lado, la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2008 (recurso 496/2008), I.L. J 1131, al analizar la posibilidad de deducir pagos parciales en nómina a cuenta de la indemnización por extinción de contrato, determina que es factible siempre que se acrediten éstos y su consignación sea suficiente.

C) Salarios de tramitación

La STS de 12 de diciembre de 2008, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 11/2008), I.L. J 1568, determina la exención del abono de la cuantía de los salarios de tramitación, al haber abonado en efectivo y directamente al trabajador la cantidad correspondiente a indemnización habiendo conformidad por parte del trabajador.

Sobre la cuestión planteada en el recurso de la empresa, la Sala señala en su FJ 5º:

“La doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste. En efecto, nuestra Sentencia de 22 de enero de 2008 (recurso 1689/2007) unificó la doctrina en este punto, señalando: ‘Es cierto que esta Sala en su Sentencia de 21 de marzo de 2006 (recurso 2496/2005) con

cita en la Sentencia de 25 de mayo de 2005 declaró que «El artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores comienza supeditando la extinción del contrato de trabajo en la fecha misma del despido a, entre otros requisitos, que el empresario ofrezca la indemnización depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste». Literalmente establece la norma como único método de poner la indemnización a disposición del trabajador su depósito judicial. Así lo reitera el párrafo siguiente del precepto al limitar los salarios de tramitación «desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna», siempre que el trabajador hubiera aceptado la indemnización o el despido se declare improcedente si no la hubiera aceptado', por tanto, se añadía «la transferencia bancaria de la indemnización a la cuenta corriente del trabajador no sólo carece de previsión normativa, ni siquiera indirecta o tácita, como método alternativo de poner aquélla a disposición del trabajador, en lugar de proceder a su depósito judicial, sino que debe entenderse que el legislador ha querido garantizar de esta única forma el cumplimiento de la requerida actuación de la empresa, con certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través del Juzgado o por otro medio su aceptación o rechazo, o no contestar, y recoger la indemnización o mantenerla en depósito a su disposición, sin necesidad de actuar en distintos términos y mediante alguna gestión bancaria', pero dicha doctrina no es aplicable a supuestos de hecho como el contemplado en la recurrida, en donde el pago de la indemnización se hizo directamente y en metálico al trabajador, una vez que el empresario reconocía el despido improcedente, aceptándola éste que firmó el finiquito, existiendo por tanto un pago directo, que ingresó directamente en su patrimonio lo percibido, sin protesta alguna, dado, que como dice la sentencia recurrida, la alegación del recurrente de que firmó el recibo por estar coaccionado no está probado; estamos ante un supuesto alternativo al contemplado en el artículo 56.2 del ET. que se refiere al reconocimiento de la improcedencia del despido, ofreciendo la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste, que hace innecesario el depósito judicial y su finalidad, al ingresar directamente la indemnización en su patrimonio, circunstancias que no se dan cuando el pago se hace por transferencia bancaria, como sucede en las otras sentencias de esta Sala antes citadas; lo contrario sería una interpretación formalista y literal del artículo 56.2 ET, sin atender a la finalidad de la norma, contraria a lo que dispone el artículo 3.1 Código Civil.»

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STJCE de 17 de julio de 2008, (Asunto C-303/2006), al examinar la nulidad del despido efectuado a un trabajador, padre de un hijo discapacitado a su cargo, determina que la prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe directamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La Sala Fundamenta el fallo en los siguientes términos:

“La directiva 2000/1978 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.”

De otro lado, la **STS de 17 de octubre de 2008, Sala Cuarta** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1957/2008), I.L. J 1396, la **STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2008** (recurso 1793/2008), I.L. J 1143, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de septiembre de 2008** (recurso 904/2008), I.L. J 1363, y la **STSJ de Navarra de 7 de marzo de 2008** (recurso 13/2008), I.L. J 1475, haciéndose eco de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, en recientes sentencias, determinan la nulidad objetiva y directa de los despidos efectuados a sendas trabajadoras embarazadas, a pesar de que su estado de gestación era desconocido por la empresa.

Las Salas fundamentan el fallo en los siguientes términos:

“La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa a la interpretación que deba darse al artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y en particular se trata de determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario.”

Finalmente y como argumento de refuerzo, se alude a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento [Sentencias dictadas en Sala General de 19 de julio de 2006, (recursos 387/2005 y 1452/2005), reiteradas por la de 24 de julio de 2007 (recurso 2520/2006)]. Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en Sentencia de 17 de octubre de 2008 (recurso 1957/2007), en la cual se señala:

“Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en Sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal.”

No obstante, anterior a la reciente jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, todavía persistían supuestos en los que se desestima la nulidad del despido efectuado a trabajadoras embarazadas, alegando que dicho estado de gestación es desconocido por la empresa. Así, las **SSTSJ de Aragón de 7 y 14 de mayo de 2008** (recursos 312/2008 y 367/2008), I.L. J 1384 y 1388, desestiman la nulidad de los despidos efectuados a dos trabajadoras embarazadas alegando, respectivamente, “para que el despido de una trabajadora en estado de gestación pueda ser calificado de nulo es necesario que el empresario conozca el mismo”.

La **STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2008** (recurso 875/2008), I.L. J 1124, a la par que determina la nulidad del despido efectuado a una trabajadora, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la indemnidad, fija el derecho a una indemnización económica de 3.000 euros, por lesión de derechos fundamentales.

La Sala Fundamenta el fallo, en su FJ 2º, alegando que:

“En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC de 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero)”.

De otro lado, la **STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2008** (recurso 439/2008), I.L. J 1314, estima la nulidad de un despido ante la falta de aportación de indicios sobre la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar la extinción como razonable, así como la existencia de indicios de vulneración del derecho a la indemnidad.

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008** (recurso 587/2008), I.L. J 1304, estima la nulidad del despido efectuado a una trabajadora, víctima de violencia de género, estando en situación de incapacidad temporal.

Razona el Tribunal:

“Careciendo dicha imputación de la entidad disciplinaria que el empleador pretende atribuir a la actividad cotidiana de quien se encuentra por baja ‘por patología de trastorno por ansiedad generalizado secundario a violencia de género’, lo que realmente subyace es su sanción por haberse ausentado del trabajo por una causa que, además de encontrar su objetiva cobertura en una incombustible situación de IT, aparece singularmente protegida por el artículo, 24.1 de la LPIVG cuando dispone que las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se consideran justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.”

Finalmente, numerosas sentencias desestiman la nulidad de los despidos efectuados a varios trabajadores por no existir vulneración de derecho fundamental alguno. Así, la **STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2008** (recurso 3806/2008), I.L. J 1515, falla la inexistencia de la nulidad del despido efectuado a un trabajador cuando éste se debe a motivos laborales; basados en el incumplimiento grave y culpable del actor, sin que pueda apreciarse vulneración de derecho fundamental. Finalmente, la **STSJ de Galicia de 9 de octubre de 2008** (recurso 3050/2008), I.L. J 1632, declara la improcedencia y no la nulidad del despido efectuado a un trabajador ante la inexistencia de violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de indemnidad.

Mª. CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario

Consideración preliminar. 1. Libertad Sindical. A) Contenido y alcance. a) Derecho a la información de sección sindical debidamente satisfecho aunque la empresa niegue el acceso a intranet. b) Libertad sindical y negociación colectiva. c) Comité Europeo. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Delegados de prevención de riesgos laborales y secciones sindicales. b) Despido de delegados sindicales. c) Tutela jurisdiccional: indicios de discriminación e inversión de la carga de la prueba. C) Principio de indemnidad económica e indemnización de daños. a) Principio de indemnidad económica: generalidades. b) Liberado sindical: el tiempo dedicado a labores de representación computa como de prestación de servicios. **2. Representación unitaria.** A) Órganos de representación. B) Elecciones sindicales. **3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: objeto. B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial. **4. Huelga.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2008 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Derecho a la información de sección sindical debidamente satisfecho aunque la empresa niegue el acceso a intranet

En el supuesto que estudia la STSJ de Navarra de 14 de abril, I.L. J 1121, el sindicato demandante entiende vulnerado su derecho de libertad sindical en la negativa de la empresa, la Socie-

dad Estatal de Correos y Telégrafos SA, a permitirle el acceso a intranet (red de datos corporativa) en el local de la sección sindical.

La Sala desestima la demanda interpuesta por tutela de derecho de libertad sindical, siendo que en uno de los hechos probados se contiene que el acceso a la red está prohibido en todos los centros de trabajo a nivel estatal cuando obra en autos sentencia firme dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña el 2 de diciembre de 2005 anterior desmintiendo dicho dato. El Tribunal sentenciador se acoge a la doctrina según la cual la modificación de hechos probados debe tener trascendencia al signo del fallo, indicando además que dicho dato comparativo no posee incidencia alguna en la parte dispositiva de la sentencia.

En definitiva se censura la infracción del derecho a la información que se contiene en los artículos 28 CE y 8.2 LOLS por cuanto no cabe impedir el acceso a la información que tal instrumento proporciona, máxime cuando ningún perjuicio se comete en contra de la empresa. Queda en estos términos planteada la cuestión litigiosa, en referencia a si por parte de la demandada se garantiza o no el derecho a la libertad sindical, en su vertiente de recibir la adecuada información, determinando si su actuación se limita pura y llanamente a cumplir con lo que en este punto fija la norma o si, por el contrario, debe extenderse al extremo de tener que poner a disposición del sindicato reclamante la utilización de tan particular elemento de información, satisfaciendo un plus por encima de lo regulado en ella.

Y la respuesta llega por vía de entender respetado el núcleo mínimo del derecho de libertad sindical que pasa por permitir el acceso a informaciones propias de las actividades con relevancia para la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, ya que el modo de instrumentar ese conocimiento puede ser muy variado con manifestaciones distintas según las circunstancias concurrentes y sin que en ningún caso quepa hablar de un derecho a la información ilimitado.

Con base en este planteamiento y tras recordar el deber de sigilo profesional impuesto por los artículos 65.2 ET y 10.3 LOLS a los órganos de representación obrera, la resolución judicial desestima finalmente el recurso atendiendo que su pretensión a esa fuente informativa rebasa en mucho su derecho a la información debido a su extensión a materias ajenas al contenido propio de su función representativa.

b) Libertad sindical y negociación colectiva

El artículo 87 ET legitima a la representación sindical para intervenir en la negociación colectiva en sus distintos niveles de acuerdo con los requisitos previstos en el mismo. De esta forma, y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 28 y 37 CE, la autonomía colectiva se convierte en una actividad consustancial del sindicato, de tal forma que, como ha señalado la STC 184/1991, lo decisivo en la protección de la libertad sindical es el respeto de la legitimación para negociar legalmente reconocida al sindicato en base a su representatividad.

Así las cosas, la **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008**, I.L. J 1494, se centra en determinar cuál es la naturaleza jurídica de la “comisión de control y seguimiento” de tal suerte que, al consistir sus funciones en la recepción y estudio de documentación e información de las cuestiones que se le susciten en el marco de un plan de reestructuración y racionalización, y no revestir ésta carácter normativo, no se está restringiendo la autonomía colectiva de la que

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

el sindicato es titular. La exclusión de un sindicato de algunas comisiones (...) sólo constituye lesión del derecho a la libertad sindical en cuanto suponga limitación del derecho a la negociación colectiva, y ello cuando se trata de comisiones negociadoras con la función de establecer modificaciones del Acuerdo o nuevas reglas no contenidas en él.

Por otra parte, el artículo 87 distingue entre dos niveles distintos de negociación en lo que respecta a la determinación de los sujetos legitimados. Así, en la negociación colectiva de empresa se encuentran legitimados en el banco de los trabajadores el Comité de empresa, los delegados de personal en su caso y los representantes sindicales, si los hubiere; en el ámbito supraempresarial, los sindicatos más representativos. Pues bien, en este segundo caso, la **STS de 27 de noviembre de 2008**, I.L. J 1521, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 82.2 que la legitimación del sindicato más representativo implica, ante el silencio legal, que éste pueda designar libremente quien le representa “sin que exista precepto alguno que le obligara a designar a un representante de los trabajadores en la empresa o en el Comité de la misma”. De ahí que deba declararse a la Asociación empresarial representante del banco patronal responsable de una vulneración del derecho a la libertad sindical en tanto que negó el acceso a la mesa de negociación del convenio al representante del sindicato por considerar que no podía hacerlo por no ser miembro del comité; estando además obligada ella, y no la empresa con la que el representante sindical mantiene una relación laboral, al pago del salario dejado de percibir ese día como consecuencia del ejercicio frustrado de su actividad sindical, precisamente por la imputación de esa responsabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y en lo referente a la vinculación entre libertad sindical y contenido de la negociación colectiva, la **STS de 17 de noviembre de 2008**, I.L. J 1535, declara no haber lugar a la vulneración por el hecho de que el empresario establezca un determinado complemento de “libre disposición” para el personal de la empresa o mejore la retribución de los mandos superiores y, ello, sobre la base de los siguientes argumentos: en lo que respecta a los mandos, porque el convenio colectivo de empresa los excluye expresamente de su ámbito de aplicación; por lo que hace al resto del personal, porque dicho complemento tampoco se regula en la norma convencional. Así las cosas, nos encontramos extramuros del convenio, por lo que no cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 41. ET, sino que se trata de una decisión unilateral del empresario ante la cual los sindicatos únicamente les corresponde comprobar que efectivamente se produce o no una medida más favorable que coloca a la medida fuera de lo pactado del convenio, hecho que se produjo en el presente caso a través de la comisión paritaria.

c) Comité Europeo

Conforme a lo dispuesto en la Ley 10/1997 de Información y Consulta de los trabajadores de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (LIC), de 24 de abril, el Comité de Europeo no es un órgano de representación unitaria, cuyas competencias en absoluto están ligadas o vinculadas a la negociación colectiva, sino que su ámbito de actuación se circunscribe a cuestiones relativas a los derechos de información y consulta de los trabajadores (artículo 18 LIC).

En este marco se mueve la **STS de 22 de diciembre de 2008**, I.L. J 1608, cuando no afirma que la composición del Comité Europeo no vulnera en absoluto lo dispuesto en el artículo 63.3 ET, precisamente por no ser su objeto la negociación colectiva, de lo que deduce que “en contra de las afirmaciones de la recurrente (el Comité Europeo) no contiene facultades de negociación,

ni por ello se ha producido una vulneración del derecho de libertad sindical del demandante contenido en el artículo 28 CE”. En este sentido, por tanto, no se impone la obligación de que su composición sea proporcional, en tanto que no existe ninguna norma legal ni convencional que así lo imponga. Es más, el artículo 27.1 LIC habla de la adopción de un acuerdo a este respecto “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”. Así las cosas, y como bien recuerda la sentencia “no todas las comisiones o comités que se creen en el seno de la empresa con participación de los trabajadores han de tener forzosamente una composición proporcional en paralelo con la prevista para la negociación colectiva”.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Delegados de prevención de riesgos laborales y secciones sindicales

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 197/1990, 134/1994 95/1996), los derechos que asisten a los delegados de prevención de riesgos laborales derivan de su condición de representantes unitarios de los trabajadores (y no como representantes sindicales en su caso), por lo que cualquier práctica tendente a obstaculizar la labor de aquéllos no puede afectar al derecho a la libertad sindical ni puede encauzarse por la modalidad procesal de la tutela de los Derechos Fundamentales ex artículo 28 CE. Así, como bien recuerda la STS de 14 de julio de 2007, que sintetiza la anterior doctrina, en el artículo 28 CE y en la LOLS se encuentran normas que forman parte del “contenido esencial” de la libertad sindical. No obstante, existen otras garantías y facultades que no forman parte de aquél. Estas últimas, que no forman parte de la Ley Orgánica, sino de leyes ordinarias o de la negociación colectiva, conllevan una ponderación, caso por caso, para determinar si constituyen una lesión del mencionado derecho.

Sobre la base de esta doctrina, la **STSJ de Murcia de 16 de octubre de 2008**, I.L. J 1448, establece que “el hecho de que la función de los delegados de prevención esté relacionada con la defensa de los intereses de los trabajadores en proteger su salud e integridad física en el trabajo no significa que la misma tenga carácter sindical” en tanto que ésta deriva del derecho a la integridad física (artículo 15 CE) y de la obligación de velar por la salud e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE), desarrollados por la Ley 31/1995, y no de la libertad sindical (artículo 28 CE).

Utilizando también la teoría del contenido esencial, la **STS de 18 de noviembre de 2008**, I.L. J 1411, llega a la conclusión de que, el caso concreto que se le plantea, no vulnera lo establecido en el artículo 10.1 LOLS, en tanto que la finalidad del mencionado precepto es asegurar que las secciones sindicales acceden a la misma información que los comités de empresa, de tal forma que si el sindicato en cuestión tiene representación en el comité, no es exigible al empresario que reitere una información de la que ya dispone el empresario.

b) Despido de delegados sindicales

La habitualidad con la que se producen los despidos de delegados sindicales requiere un análisis de la jurisprudencia que se va formando en relación con los diversos casos que se

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

plantean ante nuestros Tribunales. En este sentido, la STSJ de Navarra de 17 de julio de 2008, I.L. J 1360, resuelve el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que desestima la demanda de despido nulo, o subsidiariamente improcedente, del recurrente. La empresa había despedido a este trabajador cuando detectó que de forma dolosa había realizado, en el marco de su trabajo, una serie de piezas defectuosas, y posteriormente en las hojas de control no había hecho mención a estos hechos, teniendo en cuenta además que la empresa se dedica a la elaboración de piezas de alta precisión. El recurrente de suplicación considera que el pronunciamiento judicial ha vulnerado su derecho a la libertad sindical por cuanto sostiene que el despido viene motivado por el hecho de que tenía funciones sindicales y representativas y además había participado en el conflicto colectivo y huelga llevada a cabo en el año 2006.

El Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia desestimatoria de instancia estableciendo que resulta justificado el despido, para los casos que supongan una violación trascendental de la buena fe contractual, de modo que no cualquier trasgresión de ella, sino solamente la de carácter grave y culpable, es la que tiene calidad bastante para que resulte lícito ese despido. En base a esto, el Tribunal entiende que resultan de suficiente entidad los hechos cometidos por el trabajador y por ello queda justificada la medida de despido procedente para este caso. En relación con la posible vulneración de la libertad sindical (artículo 28 CE), declara que no hay relación entre la labor sindical del trabajador y su despido, por cuanto los hechos se produjeron en el año 2006, y terminaron con un acuerdo entre las partes, no produciéndose nuevos episodios posteriormente. Por tanto, la posibilidad de una infracción de los derechos sindicales ha quedado superada por la constatación de la conducta grave y dolosa que tuvo el trabajador, y que podía haber acarreado un grave perjuicio en el prestigio profesional de la empresa.

El problema de la calificación del despido y sus consecuencias también se ha planteado en los Tribunales en relación con los delegados sindicales. En la STS de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1253, la cuestión a determinar es a quién debe concederse la opción entre la readmisión o indemnización en una resolución judicial que declara la improcedencia del despido de un delegado sindical, cuando en el momento de la comunicación del mismo ha disminuido el número de trabajadores por debajo del umbral de 250. El trabajador alega vulneración del artículo 10 LOLS, y por ende su condición de delegado sindical en el momento en el que se produce el despido. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, por cuanto al disminuir de forma esencial el número de trabajadores del centro de trabajo, se incumplen los presupuestos legalmente exigibles por esta norma. Por ello, a falta de acuerdos específicos, la empresa solamente tiene la obligación de reconocer a los delegados sindicales las garantías y derechos ex artículo 10.3 LOLS, de concurrir los presupuestos del artículo 10.1 LOLS y con relación a un número concreto de delegados en atención a la dimensión de su plantilla. Por tanto, será a la empresa a la que se le reconoce el derecho de opción, en este caso, entre la readmisión y la indemnización del trabajador, por cuanto a la fecha del despido, ya no ostentaba la condición de delegado sindical.

c) Tutela jurisdiccional: indicios de discriminación e inversión de la carga de la prueba

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela de la libertad sindical como derecho fundamental exige, en lo que a la carga de la prueba se refiere (artículos 96 y 179.2

LPL), por una parte, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial que se enjuicia lesiona tal derecho fundamental, poniéndose así de manifiesto un motivo oculto que suscitó que se tomara aquél; por otra parte, una vez cubierto el anterior inexcusable requisito, entonces se hace recaer sobre la parte demandada la carga de probar la razonabilidad y legalidad de su actuación. En relación con esto último, el Alto Tribunal ha puesto de manifiesto que “se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales que debe llevar al juzgador a la convicción de que han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales” (STC 38/1981).

Pues bien, sobre la base de esta doctrina, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2008**, I.L. J 1628, rechaza la existencia de vulneración del derecho a la libertad sindical por entender que del relato fáctico no cabe deducir la existencia de indicios razonables que permitan acceder a ese segundo estadio de la inversión de la carga de la prueba ya que, a pesar de que la citada doctrina admite diversos resultados en la intensidad de la prueba a aportar por la parte demandante es sin embargo necesario llegar a la superación de un umbral mínimo inexcusable, no siendo suficiente a este respecto la mera militancia sindical y/o el ejercicio de la actividad sindical.

Dentro del mencionado segundo estadio, esto es, el relativo a la inversión de la carga de la prueba, la **STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2008**, I.L. J 1583, declaró la inexistencia de vulneración de la libertad sindical en un caso en el que la trabajadora alegaba que la causa de su despido había sido su participación en las elecciones sindicales bajo las siglas de un determinado sindicato. La Sala entiende que la empresa consigue probar que los auténticos motivos del despido son ciertamente “las quejas de las compañeras hacia la actitud de la actora, propias de lo que el Magistrado de instancia tilda de actuaciones propias de su comportamiento compulsivo y dominante”, para añadir a continuación que en estas razones “está la verdadera razón del despido, que no es así caprichoso o arbitrario”.

Por otra parte, y en lo que hace a aspectos puramente procesales, **STS de 15 de diciembre de 2008**, I.L. J 1609, recuerda la doctrina de la Sala en lo referido a acumulación de acciones para que en los supuestos en los que existen vulneraciones constantes y reiteradas del derecho a la libertad sindical en su vertiente actividad sindical [artículo 2.1.d) y 2.d) LOLS], no existe acumulación indebida de acciones por el simple hecho de que también se impugnen determinados procesos electorales. Ello es así, porque nos encontraríamos ante “un ámbito más extenso que el de un proceso electoral. En el mismo campo, el procesal, continúa diciendo que tampoco puede acogerse la excepción de cosa juzgada material negativa ya que el objeto de la impugnación de un proceso electoral no es exactamente coincidente con el de la vulneración de la libertad sindical tal y como anteriormente se ha descrito. Por último, recuerda que ha sido decisión del Pleno del TS interpretar el artículo 177.2 LPL en el sentido de que, aunque los derechos fundamentales son en general imprescriptibles, no es contrario a la CE el que el ordenamiento imponga un límite temporal a la vida del ejercicio de las acciones que derivan de las lesiones infligidas a tales derechos (STC 7/1983), por lo que optó por aplicar analógicamente el plazo general de prescripción previsto en el artículo 59.2 ET.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

C) Principio de indemnidad económica e indemnización por daños

a) Principio de indemnidad económica: generalidades

Dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28 CE se encuadra, no sólo el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse a su elección y el de que sus afiliados desarrollen libremente su actividad sindical, sino también el derecho del trabajador a no sufrir menoscabo alguno en su situación profesional o económica.

Es éste precisamente el marco en el que se mueve la **STSJ de Aragón de 21 de mayo de 2008**, I.L. J 1385. El Tribunal señala que la minoración del complemento “retribución voluntaria” no constituye una represalia empresarial derivada de que el trabajador haya decidido afiliarse a un sindicato y presentarse a unas elecciones sindicales, en tanto que dicha minoración retributiva es anterior al conocimiento de dicha actividad sindical por lo que *no es dable concluir que obedezca a una represalia por unos hechos que el empresario desconocía*.

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Canarias de 30 de junio de 2008**, I.L. J 1481, cuando, en un supuesto de despido disciplinario, señala que si el empresario consigue, bien probar, sobre la base de la inversión de la carga de la prueba, que aquél obedece a la concurrencia de reiterados incumplimientos contractuales por parte del trabajador presentes en la carta de despido, siempre que éstos estén desvinculados de todo móvil atentatorio contra los derechos fundamentales; bien, cuando aquello no fuera posible, que *los hechos motivadores de su decisión se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales*, entonces, podrá declararse la procedencia del despido, al no existir vulneración de derecho de libertad sindical.

b) Liberado sindical: el tiempo dedicado a labores de representación computa como de prestación de servicios

La garantía de indemnidad en su vertiente profesional y económica viene siendo objeto de la máxima protección al incardinarse, en el caso de los representantes sindicales, en el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE.

Retomando los argumentos de la reciente sentencia 90/2008, de 21 de julio vuelve el Tribunal Constitucional en su **STC 137/2008, de 27 de octubre**, I.L. J 1200, a sentar que el tiempo empleado por un liberado sindical en el ejercicio de sus funciones representativas deber ser computado a efectos de tiempo efectivo de trabajo cuando se trata de concurrir a convocatoria promocional, mediante concurso para la provisión de puestos de trabajo. Y ello porque no entenderlo así implicaría una notoria desventaja con el resto de trabajadores concursantes y desincentivaría al afectado del derecho de representación, con el alcance no sólo personal sino por el efecto disuasorio a nivel colectivo que representa en razón del quebranto al derecho a la libertad sindical que comporta.

Existe, pues, vulneración del artículo 28.1 CE por cuanto la actitud de la Administración primero y de las previas resoluciones judiciales después, ignorando como tiempo de servicios el empleado en tareas representativas, resulta lesiva de la garantía de indemnidad profesional y económica del recurrente al contener un trato diferente e injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes.

La anterior declaración que otorga el amparo solicitado implica el restablecimiento del derecho vulnerado y la consecuente anulación de las resoluciones administrativas y judiciales, en doble instancia, recaídas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Órganos de representación. Interpretación de los artículos 62 y 63 ET. Si no se convocan elecciones sindicales para el conjunto de los centros de trabajo con menos de 50 trabajadores, cabe la convocatoria de elecciones a nivel de centro

Una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales contaba, en la provincia de Barcelona, con una plantilla de cerca de 300 trabajadores repartidos en diecisiete centros de trabajo diferentes. El sindicato UGT presentó preaviso de convocatoria de elecciones a representantes de los trabajadores en el centro de trabajo de Manresa, en el que el número total de electores era de nueve. Celebradas las elecciones, votaron siete trabajadores, resultando elegido un representante propuesto por el sindicato convocante.

El sindicato CCOO impugnó la convocatoria de elecciones sindicales pues entendía que, teniendo la empresa 17 centros de trabajo en la provincia de Barcelona con un censo menor a 50 electores en cada uno de ellos, pero superando en conjunto dicha cifra, no era ajustado a derecho que se celebraran elecciones para elegir delegado de personal en un único centro de trabajo.

La cuestión jurídica se centra así en la interpretación que se ha de dar a los artículos 62 y 63 ET en materia de órganos de representación. Conforme al artículo 62.1 ET, “podrá haber un delegado de personal en empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría”. Por tanto, es obvio que los trabajadores del centro de Manresa tienen derecho a un delegado de personal pues, al haber votado siete de los nueve, se entiende que ha habido un asentimiento mayoritario a dicha elección. En definitiva, el consentimiento que exige el artículo 62.1 ET puede ser expreso o tácito, anterior o subsiguiente a la elección, siguiendo la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/2004, de 8 de marzo. Es obvio que la decisión mayoritaria exigida por el legislador es imprescindible, pero opera como condición de eficacia y no como imperativo de admisibilidad.

Lo que ocurre es que el artículo 63.2 dice que en la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Así, cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro. La cuestión se centra por tanto en determinar si, en casos como el planteado, las elecciones a representantes de los trabajadores han de efectuarse por centros de trabajo o por el conjunto de la empresa.

La interpretación literal de este precepto supondría la existencia en la empresa de tres comités distintos: el del centro de trabajo de Barcelona-Balmes, el del centro de Prat de Llobregat (pues los dos tienen más de 50 trabajadores cada uno) y un tercero conjunto para los otros 15 centros de trabajo repartidos en diferentes localidades de Barcelona.

La STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2008, I.L. J 1146, se decanta por la primera de dichas posibilidades pues entiende que el centro de trabajo constituye la regla general, salvo para el supuesto excepcional del artículo 63.2 ET. No obstante, el tribunal realiza una importante matización: Si en el momento en el que UGT promovió elecciones en el centro de trabajo de Manresa, otra parte legitimada hubiera promovido elecciones para el conjunto de los

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

centros de trabajo de la empresa que tiene menos de 50 trabajadores, hubiera prevalecido la segunda opción sobre la primera, en una interpretación literal del artículo 63.2 ET (pues es obvio que el legislador se decanta por el comité de empresa conjunto frente a la figura del delegado). Pero al no haberlo efectuado de esta manera, la anulación de la elección del delegado de UGT resulta, en opinión del Tribunal, un atentado al derecho de libertad sindical de los nueve trabajadores del centro de Manresa, al no dárseles ninguna otra alternativa para que tengan representación frente a la empresa.

B) Elecciones sindicales. Las horas de atención a la mesa electoral que excedan de la jornada ordinaria de trabajo no pueden considerarse horas extraordinarias

Se celebraron elecciones sindicales en una importante fábrica del sector agroalimentario en la que se prestan servicios veinticuatro horas al día. Teniendo en cuenta ese ritmo de trabajo, los sindicatos propusieron a la empresa y ésta aceptó que se constituyera la mesa electoral por tiempo que abarcara los tres turnos de trabajo. A los trabajadores, dentro de su turno correspondiente, se les autorizó por la empresa a ausentarse de su puesto de trabajo por tiempo imprescindible para efectuar la votación. A los miembros de la mesa electoral la empresa les autorizó a ausentarse de su puesto de trabajo por toda la jornada correspondiente a cada uno de ellos.

El sindicato CCOO planteó demanda de conflicto colectivo reclamando que se compensara a los miembros de la mesa electoral, económicamente o en descanso, por el tiempo empleado en la atención de la mesa electoral que excediera de su jornada ordinaria de trabajo. La empresa se opuso a tal reclamación pues entendía que su obligación se agotaba con liberar a los miembros de la mesa electoral del trabajo efectivo en su jornada laboral, sea cual sea el tiempo de duración de las votaciones.

La Audiencia Nacional desestimó la demanda planteada por el sindicato que, disconforme con tal resolución, planteó recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en su **STS de 24 de septiembre de 2008**, I.L. J 1191, desestimó el recurso en base a los siguientes argumentos: En primer lugar, porque no existe ningún precepto en nuestro ordenamiento que expresamente otorgue a los miembros de la mesa electoral la compensación, como horas extraordinarias, del tiempo excedido de la jornada ordinaria.

En segundo lugar, y aun cuando el artículo 75.1 ET impone al empresario la obligación de facilitar los medios precisos para el normal desarrollo de la votación, hay que entender que se refiere únicamente a los medios materiales. En su opinión, la retribución del tiempo utilizado por los trabajadores para la atención de la mesa electoral no es indispensable para el normal desarrollo de la votación. Y si el artículo 37.3 ET concibe ese tiempo como retribuido, lo hace en la medida en que constituye una licencia para ausentarse del trabajo, no porque sea tiempo de trabajo efectivo.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto

La **STS de 25 de septiembre de 2008**, I.L. J 1103, resuelve un recurso de casación interpuesto por la empresa Carrefour S,A contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacio-

nal de fecha 8 de mayo de 2007 en la que se reconoció el derecho “de los trabajadores de tal empresa que prestan servicios a la misma durante seis días a la semana a que el descanso semanal de día y medio no se solape con el descanso diario de 12 horas, ya se haga el cómputo semanal o bisemanal del descanso y debemos condenar y condenamos a dicha empresa a estar y pasar por esta declaración”. La empresa recurre alegando la inadecuación de procedimiento en relación con la falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto al objeto de la litis, ya que el obtener una interpretación de los artículos 34 y 37 ET que determine o dé lugar a la nulidad de la cláusula del Convenio Colectivo que habilita a trabajar regularmente seis días a la semana. Este motivo no es acogido por el TS que señala que el objeto de la litis es la interpretación y aplicación de dicho precepto convencional, lo que es coincidente con el redactado del artículo 151 LPL, que regula el proceso de conflicto colectivo.

La **STS de 23 de septiembre de 2008**, I.L. J 1155, resuelve el conflicto colectivo planteado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la Federación Estatal de Industrias Textil, Piel, Químicas y Afines de CCOO frente a la empresa “Uralita Sistemas de Tuberías, SA”. En la demanda se instaba al reconocimiento del derecho de todos los trabajadores que se encontrasen al servicio de la empresa a la percepción del incremento salarial previsto para los años 2004 y 2005 en el XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química. La SAN de 12 de julio de 2007 acogió la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo por entender que la cuestión planteada no es sino “un mero conflicto plural en el que el grupo genérico de trabajadores queda absolutamente desdibujado”. Frente a la referida sentencia, la recurrente interpone recurso de casación al entender que la modalidad procesal de conflicto colectivo es el cauce adecuado para dirimir tal pretensión, concluyendo la Sala con la conveniencia de dicho proceso, toda vez que concurren en él los requisitos para accionar dicha modalidad procesal, esto es, elemento subjetivo: los trabajadores afectados por el conflicto constituyen sin duda un grupo genérico al que dota de homogeneidad, distinto de sus propias individuales, como son los colectivos de agentes comerciales y *marketing*, y un elemento objetivo: las pretensiones ejercitadas en el conflicto obedecen al interés general de todos los trabajadores, ya que postulan todos ellos el reconocimiento del mismo derecho.

En la **STS de 21 de octubre de 2008**, I.L. J 1173, se plantea la adecuación a la modalidad procesal de conflicto colectivo la controversia surgida con ocasión del derecho de los trabajadores del Instituto Catalán de Finanzas a cobrar en el año 2007 el porcentaje de incremento anual de un complemento *ad personam* reconocido en el convenio colectivo. La Federación de Servicios Públicos de UGT plantea mediante la modalidad procesal de conflicto colectivo el reconocimiento del derecho al incremento salarial que, según ella, asiste a todos los trabajadores. No se admite tal pretensión al no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acoger tal modalidad procesal en tanto que la competencia para conocer de una pretensión de conflicto colectivo viene dada por los efectos del alcance territorial del conflicto planteado, sin que quepa extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación. En el caso de autos está probado que la demandada sólo tiene un centro de trabajo sito en Barcelona, por lo que está claro que la competencia es de los Juzgados de lo Social de dicha ciudad.

La **STS de 30 de septiembre de 2008**, I.L. J 1195, resuelve la controversia surgida tras la decisión de una empresa que no entregó al comité de empresa de un centro de trabajo de la empresa Isolux Ingeniería SA en La Coruña la información sobre el censo de personal de todos los centros. Ante la negativa de la dirección a facilitar la información requerida, el Comité de empresa presentó una demanda de conflicto colectivo ante el incumplimiento empresarial.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

La pretensión fue estimada por la Sala de lo Social de la AN, sin embargo, la empresa demanda reitera en casación la falta de legitimación del comité de empresa para promover demanda de conflicto colectivo como comité de empresa representativo de todos los trabajadores. Este recurso fue admitido por el TS reiterando la jurisprudencia constante del TS sobre la regla general que domina la materia de legitimación contenida en el artículo 151 LPL, en la que se señala que “el ámbito de actuación del órgano de representación promovente del proceso de conflicto colectivo ha de corresponderse con el de afectación del conflicto mismo y, consecuentemente, con el ámbito de afectación de la sentencia que le ponga término”.

La STSJ de Madrid de 22 de septiembre, I.L. J 1529, analiza el recurso de UGT frente a la sentencia que desestima su pretensión de que en vía jurisdiccional se establezca la fórmula que debe aplicarse al descuento salarial en caso de huelga, toda vez que se había incumplido el mandato contenido en el Convenio vigente para que fuera la comisión paritaria la que lo acordara. La razón de la desestimación en la instancia fue de carácter procesal, pues se declara que el conflicto planteado carece de los atributos para ser considerado colectivo. El TSJ confirma dicha resolución, recordando para ello la consolidada doctrina del TS sobre la materia: el procedimiento de conflicto colectivo debe tener por objeto una controversia que verse sobre un conflicto (a) actual, (b) de carácter jurídico y (c) de naturaleza colectiva. Es en este caso el segundo de estos requisitos el que no se entiende cumplido, toda vez que lo que se pretende no es en realidad la interpretación del convenio sino que se sustituya la ausencia de un acuerdo que en dicho Convenio se establece. Por ello, no estando prevista la fórmula de descuento en el convenio (sino tan sólo quién debe establecerla mediante acuerdo), no puede plantearse conflicto colectivo sobre este extremo.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1589, admite la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para la reclamación de abono de determinadas cantidades en concepto de plus de turnicidad, contemplado en el Convenio Colectivo de aplicación, siendo el objeto de discusión si el trabajo realizado en la empresa demandada debe calificarse o no como trabajo a turnos. La Sala estima que se dan los elementos que caracterizan la pretensión que se persigue en esta clase de procedimiento: la afectación de intereses generales de un grupo identificable o no de trabajadores y que verse sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal o convencional o en su caso una decisión o práctica empresarial, y por tanto es adecuado el procedimiento.

B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial

Las STSJ de Cantabria de 22 de agosto de 2008, I.L. J 1491, evalúa en recurso de suplicación la competencia del juzgado de lo social para conocer de la impugnación por vía del procedimiento de conflicto colectivo relativo a la regulación del sistema de representación en el Consejo General de la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria. El sindicato demandante (CCOO) entiende que radicando la sede social en Santander y actuando siempre en este lugar el citado Consejo, y siendo sus miembros elegidos por el Comité de empresa (que radica igualmente en Cantabria), la competencia debe residir en el señalado juzgado. Frente a ello, tanto el propio órgano como la demandada entienden que con independencia de dónde actúe o desempeñe sus funciones cualquiera de estos órganos, los representantes designados por el Comité de Empresa en el Consejo General lo son en representación de todos los trabajadores de la empresa, cuyos puestos de trabajo se distribuyen entre varias provincias de diferentes Comunidades Autónomas, correspondiendo por tanto la competencia del procedimiento a

la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. La resolución del TSJ apoya esta última tesis razonando que el conflicto tiene incidencia en la totalidad de la plantilla (y no es controvertido que ésta se distribuye más allá de la Comunidad de Cantabria) pues lo que se debate es el derecho a elegir representantes en representación de aquélla, y no del órgano a quien se atribuye dicha elección. Por tanto, la resolución que en el proceso eventualmente se dictara produciría sus efectos en la jurisdicción de diferentes TTSSJ, siendo por ello competente la Audiencia Nacional.

4. HUELGA

La extensa STSJ de Navarra de 10 de marzo de 2008, I.L. J 1370, analiza el recurso interpuesto por Georgia Pacific SPRL contra sentencia dictada en instancia en la que se estimó parcialmente la demanda promovida por CCCO de Navarra en la que se declaró lesionado el derecho de huelga de sus trabajadores y, en consecuencia, declara radicalmente nulo tal comportamiento. El argumento principal del recurso es la falta de legitimación activa del sindicato demandante; motivo que no puede prosperar con la jurisprudencia constitucional (STC de 29 de marzo de 2003) que reconoce la legitimación de los sindicatos para accionar en cualquier proceso como el actual, en el que están en juego los intereses colectivos de los trabajadores. El segundo argumento esgrimido por la empresa es que no ha vaciado de contenido el derecho de huelga, como se considera en instancia, sino que ha sufrido las consecuencias de ella. Este motivo tampoco puede prosperar pues se ha probado que la empresa no sólo sustituyó a trabajadores, internos y externos, para mantener la actividad productiva sino que hizo coincidir cierres patronales con los horarios de huelga, impidiendo así la permanencia de los trabajadores huelguista en las instalaciones. Al no concurrir ninguno de los supuestos contemplados en la ley para declarar la licitud del mismo, la sentencia concluye con la ilegalidad de dicho cierre patronal, que supone un atentado directo contra el derecho de huelga.

En la STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de marzo de 2008, I.L. J 1134, se dirime la demanda planteada por Fomento de Construcciones y Contratas, SA contra los sindicatos CCOO y UGT a fin de que se declarase ilegal la huelga realizada por los trabajadores y reconociese el derecho de la actora a ser resarcida de los daños y perjuicios causados. La empresa alega tres argumentos para declarar la ilegalidad de la misma, todos ellos desestimados: en primer lugar, la falta de legitimación activa del comité de empresa para la convocatoria; en segundo lugar, la empresa aduce que su representatividad no alcanza a todos sus convocantes, y, en tercer lugar, la empresa alega que no se dio el correspondiente preaviso con la antelación necesaria. Sin embargo, entiende el TSJ que el objeto de la huelga es el incumplimiento empresarial de lo previsto en el convenio provincial, en cuyo caso, la pretensión principal de la demanda, es decir, la de la ilegalidad de la convocatoria, debe ser desestimada en su totalidad.

La STSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2008, I.L. J 1454, tiene por objeto dirimir el recursos que los trabajadores demandantes interpusieron frente a la sentencia de instancia que declaraba vulnerado el derecho de huelga de los trabajadores, por haber sido sustituidos mediante un cambio de turnos de los no huelguistas, tal y como verificó la Inspección laboral en una de las 82 jornadas de huelga convocadas. La reclamación se dirige contra la cantidad en que se tasó la indemnización, pues, usando como módulo los salarios de las jornadas descontadas, se fijó en relación a la única en que efectivamente se comprobó la vulneración por

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

parte de la Inspección. La Sala estima el recurso, aplicando para ello la doctrina constitucional de inversión de la carga de la prueba en la tutela de los Derechos Fundamentales. En particular en este caso, se indica que el punto de partida para dicha inversión –la existencia de indicios de vulneración– aparece sobradamente cumplido, pues en la impugnación del recurso la propia empresa reconoce la vulneración del Derecho Fundamental, si bien lo limita al día de la inspección. La Sala entiende que la acreditación de tal circunstancia es suficiente para entender que la vulneración se produjo durante toda la duración de la protesta, correspondiendo a la demandada (y no habiéndose llevado a cabo) probar que no fue así. En consecuencia, extiende la indemnización proporcionalmente al daño causado, que debe medirse en días de duración de la huelga.

JESÚS R. MERCADER UGUINA (COORDINADOR)

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

PATRICIA NIETO ROJAS

JOSÉ DELGADO RUIZ

AMANDA MORENO SOLANA

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario

- 1. Legitimación para negociar.** A) Momento al que debe ir referida la representatividad a tener en cuenta para determinar si el convenio colectivo cuenta con el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones. B) Naturaleza de orden público de las reglas que la regulan. **2. Procedimiento de negociación. Deber de negociar.**
- 3. Contenido “normativo” del convenio colectivo.** A) Límites en relación con el contrato de trabajo a tiempo parcial. B) Respeto a los mínimos de derecho necesario.
- 4. Ámbito funcional del III Convenio Colectivo estatal para el sector de telemarketing. 5. Sucesión de convenios colectivos. 6. Convenios colectivos “extraestatutarios”. Acuerdo informal de empresa. Límites: principio de igualdad. 7. Impugnación “directa” del convenio colectivo.** A) Por ilegalidad. B) Por lesión del interés de terceros.
- 8. Administración del convenio colectivo por los tribunales laborales. Criterios de interpretación y valor de la realizada por el juzgador de instancia.**

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 9 a 12, ambos incluidos, de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, 2008, de Lex Nova. Todas ellas abordan cuestiones sobre las que existen ya pautas jurisprudenciales que traen a colación y de las que no se apartan.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

A) Momento al que debe ir referida la representatividad a tener en cuenta para determinar si el convenio colectivo cuenta con el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones

Según tiene oportunidad de manifestar la STS de 22 de diciembre de 2008, I.L. J 1570, ha de estar a la representatividad ostentada en el momento de constituirse la comisión negociadora:

“Entrando en el fondo litigioso, en el que se plantea la cuestión de la interpretación del artículo 89.3 ET (...) que establece que para la aprobación del convenio se requerirá en

cualquier caso el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones y, más concretamente, si con esa exigencia el legislador se está refiriendo a la representación existente en el momento de constituir la comisión negociadora, esta Sala, en su Sentencia de 23 de noviembre de 1993 (recurso 1780/1991) y en otras posteriores que la siguen, como la de 22 de febrero de 1999 (recurso 4964/1997) y 17 de enero de 2006 (recurso 11/2005), ya ha declarado en torno a la cuestión central debatida, relativa a la legitimación decisoria y al cómputo de la representatividad, decidiendo que la misma debía ser la anterior a la firma del convenio, pues dicha firma es sólo la culminación de una fase anterior, en la que, a partir de los sujetos concurrentes a la negociación con legitimación inicial, se ha constituido la comisión negociadora y, dentro de ella, no sólo se ha apreciado el número necesario para la determinación de la legitimación plena, sino que se ha concertado la legitimación de las distintas partes implicadas de acuerdo con su derecho a participar en la negociación. El artículo 89.3 ET remite la configuración de las dos representaciones de las partes negociadoras a la correspondiente al tiempo de “constituirse la comisión negociadora (...)”, la cual, a su vez, ha de tener en cuenta los niveles de representatividad existentes en el momento de iniciarse la negociación, pues es en ese momento en el que ha de fijarse la legitimación inicial del artículo 87.2 del ET que otorga el derecho a participar en la negociación formando parte de la comisión negociadora (artículo 87.5 del ET), es por tanto el nivel de representatividad existente en ese momento el que debe tomarse en cuenta a efectos del cómputo de las representaciones previstas en el artículo 89.3 del ET, y no [el] que resultase del proceso negociador, añadiendo que la aplicación del criterio contrario no sólo rompe la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la legitimación decisoria, por otra, sino que, además, sería contraria a la seguridad jurídica al introducir incertidumbres sobre los niveles de representatividad con un cuestionamiento constante de éstos, incompatibles con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación; desde esta perspectiva, se concluía que hay que excluir del cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la mesa negociadora, debiendo hacerse el cálculo del cómputo ponderando los porcentajes de representatividad de los distintos negociadores que integran la representación de cada banco y no sobre los miembros de esa representación en la comisión.”

B) Naturaleza de orden público de las reglas que la regulan

Dicha naturaleza impide que los integrantes de las representaciones que forman parte de la comisión negociadora puedan pactar que sus acuerdos en el seno de ésta se tomarán por unanimidad, en lugar de por mayoría, como dispone el artículo 89.3 del ET. El pacto en tal sentido es nulo. Lo confirma la STS de 22 de diciembre de 2008, I.L. J 1570:

“De acuerdo con lo anterior, como lo aprobado (...) entre las asociaciones empresariales, CCOO y UGT, en cuanto a que deben tomarse los acuerdos por unanimidad, es contrario a lo establecido en una norma imperativa y de derecho necesario, como es el artículo 89.3 del ET, que sólo exige que los acuerdos de la comisión se aprueben con el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones, el mismo es nulo.”

VIII. Negociación Colectiva

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN. DEBER DE NEGOCIAR

Su exigibilidad requiere, cuando el convenio promovido sea de un ámbito distinto al del anterior cuya vigencia ha finalizado, que ambas partes estén de acuerdo en el nuevo ámbito. La ausencia de tal acuerdo o, lo que es igual, la pretensión unilateral de una de las partes de alterar la unidad de negociación anterior constituye uno de los supuestos que, conforme el artículo 89.1 ET, consienten la negativa a negociar. Así, **STS de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1404, con transcripción de argumentos de las sentencias de igual Tribunal y Sala de 17 de noviembre de 1998 (recurso 1760/1998) y 20 de octubre de 1997:

“Señalábamos allí:

(...) ‘no puede imponerse unilateralmente el inicio y continuación del proceso negociador a una parte que ya está inserta en convenio cuyo ámbito está interesada en mantener.

c) Cuando existe una unidad de negociación ya creada, el deber de negociar que impone (...) el artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores se limita a la revisión del convenio vencido.

(...)

Es claro que el derecho constitucional a la negociación colectiva no comporta el derecho a decidir libremente la unidad de negociación de manera unilateral por una sola de las partes, forzando a la contraparte (...) a admitir una unidad de negociación’.

(...)

Por otra parte, como pone de relieve la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997, el deber de negociar que el artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores impone se extiende a las unidades originarias, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores (...). Pero el mandato legal no alcanza a las otras unidades futuras de negociación colectiva originadas por la voluntad de una sola de las partes. Ello no significa, sin embargo, que no pueda modificarse el ámbito de los convenios futuros, pero siempre que exista una voluntad coincidente en tal sentido por las partes negociadoras”.

3. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Límites en relación con el contrato de trabajo a tiempo parcial

Excede de las materias susceptibles de negociación la sujeción de este contrato a una reducción máxima de jornada. Semejante sujeción es contraria al artículo 12 ET, “que somete cualquier reducción de la jornada al régimen jurídico del contrato a tiempo parcial”; “como recuerda el TS en su Sentencia de 8 de junio de 1995, no existe en el ordenamiento español una preferencia a la autonomía colectiva por razón de la función que excluya determinadas intervenciones del legislador en la regulación de condiciones de trabajo, como la de concretar el alcance de la reducción de la jornada para que un contrato sea considerado a tiempo parcial” [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de septiembre de 2008, I.L. J 1334].

B) Respeto a los mínimos de derecho necesario

No forma parte de tales mínimos la regulación que hace el artículo 39.4 del ET de los períodos de realización de funciones de categoría o grupo superior que permiten al trabajador reclamar el ascenso o la cobertura de la vacante. Sobre la aludida regulación prevalece la que pueda realizar el convenio colectivo. Éste puede fijar unos períodos inferiores a los que figuran en el citado artículo 39.4 del ET. Tal fijación no conculca el derecho del trabajador a la progresión profesional a través de ascensos. Así, **STS de 1 de octubre de 2008**, I.L. J 1113, en relación con la cláusula del convenio colectivo que dispone, refiriéndose a la movilidad funcional ascendente, que cuando el desempeño de las funciones de grupo superior “sea de forma permanente y prevalente” el cambio “no podrá ser de duración superior a seis meses ininterrumpidos, salvo los casos de incapacidades temporales, excedencias forzosas [y] licencias contempladas” en el propio convenio, en los que “la situación se prolongará mientras subsistan las causas que la hayan motivado”:

“Lo que sostiene la recurrente en relación con estos apartados del artículo 32 del convenio es que la previsión en ellos contenida de que la empresa no pueda exigir de un trabajador la realización de tareas superiores por un período superior a ‘seis meses ininterrumpidos’ está conculcando la posibilidad prevista en el artículo 39.4 del Estatuto de los Trabajadores de que cuando un trabajador realice funciones superiores ‘por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años pueda reclamar el ascenso’ (...), ‘o en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos’. Su argumento se concreta, pues, en que al impedir el convenio al empresario prolongar más de seis meses consecutivos la realización por un trabajador de tareas superiores a las previstas en su grupo profesional le está conculcando su derecho a la progresión profesional por estar impidiéndole un ascenso al que de otra manera podía tener derecho.

Con tal argumentación el recurrente parte de una base incierta cual es la de entender que el derecho al ascenso por el desempeño de funciones superiores durante más de seis meses en un año o de ocho meses en dos años que se prevé en el artículo 39.4 ET es de derecho necesario y opera *ipso iure*, lo que no es así en modo alguno, pues bien claramente se aprecia cómo el propio precepto ya dispone que ello es así ‘si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo’; de forma que la conclusión a la que hay que llegar es la de que el ascenso en tales casos está condicionado a lo que la norma convenida diga sobre el particular en todo caso; habiéndolo interpretado ya esta Sala en anteriores ocasiones cual puede apreciarse por todas en la STS de 12 de mayo de 2008 (recurso 148/2006), en la que, discutiéndose un problema parecido al aquí planteado, se dijo expresamente que ‘el repetido artículo 39.4 estatutario no fija una regulación mínima a la que necesariamente hayan de ajustarse los sujetos de la relación laboral y que no pueda ser desconocida por los convenios colectivos, antes al contrario: los períodos de ejercicio de las funciones superiores a los que se refiere para poder posibilitar el ascenso, así como los límites temporales dentro de los cuales han de estar comprendidos los aludidos períodos (6 u 8 meses) los fija el Estatuto «si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo», lo que significa que en esta materia la ley da preferencia al convenio sobre lo legalmente dispuesto’ (...).

VIII. Negociación Colectiva

En conclusión se puede señalar que, puesto que el convenio colectivo es el componente para regular el sistema de ascensos y para regular el derecho a la promoción profesional, lo único que puede deducirse de las previsiones de los apartados discutidos del artículo 32 del convenio es que se ha limitado a poner un tope más grave que el estatutario a las posibilidades empresariales de movilidad ascendente, cerrando de forma indirecta la puerta a esta posibilidad de ascenso, para lo cual está facultado tanto por el artículo 39.4 como por el artículo 24 del Estatuto. Por lo que no se aprecia que con tales limitaciones haya infringido la normativa aplicable sobre el particular.”

4. ÁMBITO FUNCIONAL DEL III CONVENIO COLECTIVO ESTATAL PARA EL SECTOR DE TELEMARKETING

Éste no se extralimita cuando incluye en su ámbito funcional la realización o emisión de entrevistas personalizadas por teléfono, la recepción y clasificación de llamadas y contactos con clientes en entorno multimedia y los diferentes servicios de atención a clientes. Tales actividades entran dentro del concepto de telemarketing, que comprende, además de la venta de productos,

“la puesta en el mercado de los mismos, lo que supone la realización de estudios de mercado para ver qué productos demandan los consumidores, cuál puede o debe ser su precio para que sean asequibles al núcleo de mercado más interesante, la publicidad de los productos y el *merchandising* o conjunto de medios utilizados para ayudar a la venta de los productos por parte del detallista. Estas técnicas de puesta en mercado del producto incluyen tanto la realización de estudios de mercado entrevistando a futuros clientes, como la atención al cliente, para facilitarle información sobre los productos antes de adquirirlos y, después de su compra, para facilitarle el manejo del bien adquirido o darle cualquier otra información sobre sus cualidades, incluso para evitar que se arrepienta y devuelva el producto o que se dé de baja en una compañía de servicios (telefónicos o de electricidad) y se pase a otra (...). Cuando el *marketing* se hace por teléfono o por medios telemáticos, estamos ante el llamado *telemarketing*”.

No cabe duda de que debe entenderse incluida en el ámbito funcional del citado convenio la empresa cuya actividad es, en más de un 66%, de *telemarketing*, en el que ocupa el 96% de la plantilla (STS de 6 de octubre de 2008, I.L. J 1393).

5. SUCESIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

El convenio posterior puede disponer de la regulación de condiciones de trabajo realizada por el anterior. Así, STS de 30 de septiembre de 2008, I.L. J 1106:

“Como tiene declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 30 de marzo de 2006 (recurso 902/2005), que recuerda las dictadas en Sala General en fecha 16 y 18 de julio de 2003 (recursos 862/2002 y 3064/2003), el principio de modernidad del convenio permitía al posterior dejar sin efecto, alterar o modificar las mejoras de las prestaciones acordadas en el anterior pacto. Los argumentos que utilizó la Sala en tales sen-

tencias cabe resumirlos en el sentido de que si antes de la reforma legislativa del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no se habían suscitado dudas razonables para el establecimiento de la doctrina expuesta, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modificó el Estatuto de los Trabajadores añadiendo un número 4 al referido precepto, la cuestión es, si cabe, más nítida, al disponer ahora el precepto que ‘el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio colectivo’. La interpretación de la norma no ofrece mayores dificultades, cualquiera que sea el método hermenéutico a que se pueda acudir, de los enumerados en el artículo 3 del Código Civil. La voluntad expresada del legislador es clara en cuanto ha optado por una mayor potenciación de la libertad de negociar, eliminando las trabas que pudieran condicionar la capacidad de pactar de los negociadores, a cuyo fin dispone que pierden eficacia los pactos y compromisos adquiridos en convenios colectivos anteriores, sin hacer distinciones con respecto a la naturaleza o a las características de los derechos afectados.”

6. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”. ACUERDO INFORMAL DE EMPRESA. LÍMITES: PRINCIPIO DE IGUALDAD

No conculca este principio el acuerdo que dispone el mantenimiento de dos pagas extraordinarias más al año para los trabajadores que hubiesen ingresado en la empresa con anterioridad a determinada fecha, introducida en su momento como condición más beneficiosa de éstos. En este sentido, **STS de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1419**:

“El acuerdo no infringió en ningún caso el principio de igualdad, puesto que:

I. Por lo que se refiere a la exclusión de los trabajadores ingresados con posterioridad al 1 de enero de 1987, el hecho de reconocer la condición más beneficiosa exclusivamente a aquellos cuyos contratos de trabajo estaban vigentes en el momento de su celebración, se debió, como es lógico, a que solo éstos podían invocar la existencia a su favor de la condición más beneficiosa preexistente; y, por tanto, la conservación para el futuro de dicha condición sólo a quienes ya la venían disfrutando con anterioridad no puede ser tachada de atentatoria al principio de igualdad, ya que no se trataba, en modo alguno, de situaciones iguales.

(...)

II. Y en cuanto a la exclusión de los trabajadores temporales, debemos señalar, en primer lugar, que en el acuerdo se incluyeron los temporales que a partir del año 1983 ya venían disfrutando de la condición más beneficiosa (...). Y, en segundo, que (...) no existía entonces ni existe ahora ningún principio jurídico ni norma legal que imponga a un acuerdo informal, al declarar la existencia de una condición más beneficiosa preexistente y fruto de la libre decisión de la empresa, la obligación de modificarla para introducir criterios de igualdad que nunca obligaron a la empresa a la hora de adoptar sus decisiones unilaterales.”

7. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por ilegalidad

Se circunscribe a los casos en que se entienda que el convenio colectivo vulnera disposiciones legales de derecho necesario. No cabe cuando se considere que lo vulnerado son preceptos de otro convenio o se aprecia contradicción con cláusulas del propio convenio, la cual habrá que salvar mediante una interpretación integradora. Lo recuerda la **STS de 30 de septiembre de 2008**, I.L. J 1106, transcribiendo términos de la de 3 de mayo de 2001 (recurso 1434/2000):

“Como recuerda esta Sala en la sentencia antes citada (de 3 de mayo de 2001), ‘la ilegalidad de un convenio, como se desprende del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, sólo se produce cuando tal convenio viola normas legales de derecho necesario. No existe ilegalidad si las disposiciones del convenio se oponen a las de otro convenio diferente, ni tampoco cuando la contradicción se da entre distintos artículos o cláusulas de un mismo convenio; no siendo posible, en estos últimos casos, basar la ilegalidad de tal convenio en la alegación de que determinados artículos de ese convenio vulneran por este motivo otros preceptos del mismo. Esta clase de alegación de violación normativa carece de eficacia con respecto a la impugnación del convenio por ilegalidad. La contraposición entre disposiciones o cláusulas de un mismo convenio podrá ser salvada a través de una interpretación integradora de ese convenio, que puede llevarse a cabo mediante un proceso de conflicto colectivo o en virtud de cualquier remedio similar, pero en ningún caso se puede formular válidamente impugnación por ilegalidad de convenio, fundando tal ilegalidad en el hecho de haberse infringido uno o varios de los preceptos del convenio que resultan contradictorios con aquellas otras normas del mismo cuya nulidad se pretende a través de esa impugnación’.”

Por ilegalidad. Encaja en esta causa de impugnación la basada en la falta de legitimación de alguno de los sujetos firmantes del convenio. Tratándose de una impugnación por ilegalidad, carece de legitimación para accionar quien no ha sido parte del convenio. Como tuvo oportunidad de destacar la STS de 30 de mayo de 2005 (recurso 70/2004), “la impugnación del convenio por presunta falta de legitimación de una de las partes que intervinieron en su gestación constituye una impugnación por ilegalidad, por lo que para ello únicamente están legitimadas las representaciones de los trabajadores y de los empresarios a los que la norma convencional afecta, pues así resulta con toda evidencia del artículo 163.1.a) de la LPL” (**STS de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1257).

B) Por lesión del interés de terceros

El hecho de que las condiciones salariales pactadas en el convenio colectivo lleven a una empresa contratista a elevar el precio de la contrata no permite a la empresa principal impugnar dicho convenio por lesivo de sus intereses. Si “no le interesan las nuevas condiciones económicas que se solicitan por la contratista en virtud de los acuerdos (...) con sus trabajadores, le basta con no acceder y convocar un nuevo concurso” (**STS de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1257).

8. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO POR LOS TRIBUNALES LABORALES. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN Y VALOR DE LA REALIZADA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA

Reproduce el resumen de las pautas seguidas al respecto por la propia Sala, ofrecido en su Sentencia de 16 de enero de 2008 (recurso de casación ordinaria 59/2007, I.L. J 129), la STS de 26 de noviembre de 2008, I.L. J 1613. Tales pautas se refieren, de un lado, a la necesidad de seguir tanto las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos, tomando como primer canon hermenéutico el gramatical, y, de otro, a la general supremacía de la interpretación llevada a cabo por el juzgador *a quo*, cuyo criterio debe prevalecer, por más objetivo, sobre el del recurrente, salvo que la referida interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. La expresada supremacía guarda relación con el amplio margen de apreciación interpretativa con que cuenta aquél, ante el cual se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes. Una reproducción similar de igual doctrina del TS en STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de julio de 2008, I.L. J 1351.

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Concepto de accidente de trabajo. B) Recargo de prestaciones. C) Indemnización por daños y perjuicios. D) Responsabilidad empresarial. E) Imprudencia. F) Enfermedad profesional. **9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones.**

10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes

especiales. A) Régimen Especial Agrario. B) Régimen Especial de los Trabajadores

Autónomos. **14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.**

A) Incompetencia del orden jurisdiccional social. B) Legitimación activa. C) Recurso de casación para unificación de doctrina.

1. FUENTES

Según la STJCCEE de 22 de mayo del 2008, I.L. J 1119, una prestación de invalidez para víctimas de guerra o represión resarcitoria de los daños psíquicos o físicos que hayan sufrido es competencia de los países miembros. No se puede penalizar a los ciudadanos de la Unión Europea en su libertad de circulación y por tanto no puede negar el pago de una prestación, de estas características, por el hecho de que el beneficiario no resida de forma continuada en el territorio de uno de los países.

Para la STJCCEE de 11 de septiembre del 2008, I.L. J 1436, una prestación por desempleo, según el artículo 4, apartado 1, letra g) del Reglamento 1408/71, de 14 de junio, en relación con el artículo 39 CE debe interpretarse de forma que los Estados no pueden supeditar el cobro de esa prestación al requisito de residencia en dicho Estado, si dicho país no ha aportado un elemento de prueba de objetividad y proporcionalidad.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La STSJ de Baleares de 16 de julio de 2008, I.L. J 1484, se pronuncia respecto al caso de un trabajador que pide baja voluntaria en el trabajo tras un largo período de vida laboral, y poco tiempo después se suicida, entendiéndose aplicable al caso la doctrina de la jurisprudencia que propugna una interpretación humanizadora de la exigencia de encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento respecto a las prestaciones de viudedad y orfandad.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

7. RECAUDACIÓN

En la STS de 20 de noviembre de 2008, I.L. J 1422, se resuelve un supuesto sobre la procedencia del reintegro de la prestación por desempleo a cargo del empresario en los casos en que se realizan contratos temporales sucesivos de forma fraudulenta. Se reitera la doctrina del Tribunal Supremo que sostiene que la empresa sólo responderá de la prestación indebidamente percibida si la contratación temporal fraudulenta originó directamente el derecho al percibo de la prestación; no será así, en cambio, cuando, de haberse optado por el contrato temporal que correspondiera, hubiera dado igualmente lugar al percibo de la prestación de desempleo. Puede verse otro ejemplo de aplicación de esta doctrina en el número anterior de Justicia Laboral (STS de 29 de mayo de 2008, I.L. J 617).

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente de trabajo

En la STSJ de Extremadura de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1592, se concluye la inexistencia de infarto de miocardio porque no consta acreditado que acaeciera en lugar y tiempo de trabajo, por lo que no opera la presunción del artículo 115.3 LGSS. Por otra parte, se señala en la sentencia que la prueba o acreditación del accidente corresponde al trabajador

En la STSJ de Murcia de 19 de septiembre de 2008, I.L. J 1299, se repasan los requisitos del accidente *in itinere*, y se señala que el caso concreto no concurre, ya que la finalidad principal y directa del viaje en el que se produjo el accidente del trabajador (una gestión privada relacionada con su declaración de la renta), aunque producido durante una interrupción autorizada de la jornada laboral, no tenía ninguna relación con el trabajo ni aconteció en el trayecto de ida y vuelta entre éste y el domicilio habitual.

Otro supuesto de análisis de un accidente *in itinere* se contiene en la STSJ de Baleares de 22 de septiembre de 2008, I.L. J 1319. En este caso, el trabajador presentaba una agitación psicomotriz tras el accidente, algo normal en tal circunstancia sin que ello implique que se trataba de una persona bajo los efectos de la cocaína. Así pues, es la Mutua demandante la que debería haber probado que dichas sustancias tóxicas mermaban sus facultades cognitivas, cuestión que no ha podido probar.

B) Recargo de prestaciones

La STS de 11 de diciembre de 2008, I.L. J 1556, recuerda la doctrina según la cual, dentro del procedimiento administrativo que da lugar a la imposición del recargo, la falta de audiencia a la empresa no produce la nulidad del procedimiento. No genera lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque no nos encontramos ni ante una nulidad —ya que no hay una falta total y absoluta del procedimiento— ni tampoco ante un supuesto de anulabilidad —puesto que la empresa interesada no ha quedado en situación de indefensión—.

En la STS de 2 de octubre de 2008, I.L. J 1116, se establece la procedencia del recargo de prestaciones y se concluye que la suspensión del procedimiento administrativo —por seguirse causa penal— tiene efectos sobre el plazo de prescripción para imponer el recargo. En materia de recargos de prestaciones no existe prejudicialidad penal devolutiva, por lo que no se suspende el procedimiento para imponer dicho recargo, que continúa su tramitación con la finalidad de depurar las responsabilidades del empresario. Ahora bien, sí que se suspende el plazo de prescripción.

Según la STS de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1270, se da una responsabilidad solidaria de la empresa principal en cuyos centros se realiza el servicio, puesto que es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado.

Para la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de marzo de 2008**, I.L. J 1373, la actitud del trabajador se califica como negligente, e incide en la causa del siniestro, y determinante de una responsabilidad en el mismo que, aunque no elimina la del empresario –que incluso ha de prever las posibles imprudencias de sus empleados–, concurre con aquélla, por lo que se aminora la cuantía del recargo de prestaciones.

Según la **STSJ de Andalucía de 16 de abril de 2008**, I.L. J 1525, el expediente para la imposición del recargo de prestaciones no necesariamente debe iniciarse por un acta firme de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sino que éste puede iniciarse tanto a instancia del interesado como de oficio. Lo trascendente es que, una vez la entidad gestora tenga conocimiento del hecho, ésta tiene la facultad (e incluso la obligación) de iniciar el correspondiente expediente.

La **STSJ de Asturias de 3 de octubre de 2008**, I.L. J 1305, confirma la imposición del grado máximo del recargo, al haberse apreciado una serie de circunstancias agravantes atendiendo a la peligrosidad de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo.

También fija la responsabilidad por recargo de prestaciones la **STSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2008**, I.L. J 1332. Dicha empresa incumplió las disposiciones reglamentarias y de su propio plan preventivo con ocasión del accidente de trabajo, al carecer la cabecera del vertedero en el que el siniestro se produjo de un murete de seguridad que sirviera eficazmente para llamar la atención del conductor del *dumper* sobre la necesidad de detener el vehículo para su descarga. También la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de marzo de 2008**, I.L. J 1136, que fija el recargo en atención al incumplimiento del deber de seguridad, ya que la terraza donde se desarrollaban las obras carecía de las barandillas, con el consiguiente riesgo de caída. Tal como recuerda la **STSJ de Valencia de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1150, el deber de protección del empresario es prácticamente ilimitado, y esta protección se dispensa incluso en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

Asimismo, se fija la responsabilidad por recargo en la **STSJ de Extremadura de 6 de mayo de 2008**, I.L. J 1123, aunque el centro comitente cumpla con su obligación de vigilar al contratista, si el centro de trabajo que pone a su disposición no cuenta con los medios de seguridad adecuados, o éstos devienen insuficientes, está incumpliendo su obligación, adquiriendo también la condición de empresario infractor. En este sentido, *vid.* la **STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2008**, I.L. J 1148, según la cual lo que ocurra en el lugar de trabajo forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir la empresa principal, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información y control que le era exigible en relación con los trabajadores de la subcontratista.

Se recuerda, en la **STSJ de Baleares de 19 de septiembre de 2009**, I.L. J 1320, que el recargo de prestaciones no procede, al haberse desobedecido las órdenes de la empresa. Se ordenó que el trabajador permaneciese en el centro de la planta hasta la colocación de las redes y barandillas de seguridad, pero dichas instrucciones no fueron seguidas por el trabajador.

Por el contrario, en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de septiembre de 2008**, I.L. J 1324, sí que se estima el recargo por falta de medidas de seguridad. En este supuesto, la

IX. Seguridad Social

utilización del puente de grúa para la movilización de las estructuras metálicas con las que trabajaba el trabajador carecía de los enganches de suspensión de pestillos de seguridad, lo que constituye un incumplimiento por parte del empresario de una concreta medida de seguridad, aunque dichos pestillos estuviesen a disposición de los trabajadores en el almacén de la empresa.

Tampoco procede el recargo en la **STSJ de Navarra de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1358. Según dicha sentencia, el accidente se produjo al reventar la rueda trasera de la furgoneta del trabajador, por lo que la responsabilidad administrativa en el control del cumplimiento de las condiciones técnicas del vehículo es de la administración (que debía controlarlo a través de la ITV), y no del empresario, pues está fuera de su ámbito de organización empresarial.

C) Indemnización por daños y perjuicios

En la **STS de 20 de octubre de 2008**, I.L. J 1211, se señala que, en la indemnización por daños y perjuicios, la compensación ha de operar entre conceptos homogéneos, para una justa y equitativa reparación del daño real. Así, los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que, quien causa un daño a la integridad de una persona, debe repararlo íntegramente. Lo correcto será que la compensación de las diversas indemnizaciones opere sobre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el lucro cesante.

La **STSJ de Asturias de 13 de junio de 2008**, I.L. J 1295, señala que, para poder hacer efectiva la indemnización a cargo de la compañía aseguradora, tendría que ser declarada la responsabilidad civil del empresario, pero la demanda que se sustancia no tiene como causa de pedir los hechos que determinan este tipo de responsabilidad, sino que se limita a solicitar la suma pactada como mejora de la Seguridad Social pactada en convenio colectivo. Dicha suma debe hacerse efectiva por el mero hecho de ocurrir el siniestro, aunque no concurra culpa alguna del empresario, obligación que, al no haber sido desplazada por el empresario obligado mediante la cobertura de la correspondiente póliza de muerte y supervivencia, le incumbe de forma exclusiva.

D) Responsabilidad empresarial

En la **STS de 6 de noviembre de 2008**, I.L. J 1403, se recuerda la doctrina según la cual la empresa ha de asumir la responsabilidad por descubiertos, y subsidiariamente el INSS. A la hora de calcular el plazo de prescripción de las prestaciones reclamadas por la Mutua, que las abonó previamente, el *dies a quo* es el de la fecha del accidente de trabajo.

E) Imprudencia

En la **STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2008**, I.L. J 1526, se analiza un supuesto de imprudencia del trabajador que no desvirtúa la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo. Según la sentencia, el comportamiento del trabajador no elimina la responsabilidad del empresario, puesto que carece de entidad suficiente para alterar la imputación de la infracción a la empresa.

F) Enfermedad profesional

La STS de 23 de octubre de 2008, I.L. J 1225, aplica un criterio restrictivo, según el cual no se estima como enfermedad profesional la epicondilitis de una limpiadora que deriva en una incapacidad permanente. Las razones que se dan es que no parece que pueda tenerse en cuenta —a los fines de valoración del cuadro médico residual que constituye el objeto de la resolución administrativa de la invalidez— el accidente laboral sufrido por la trabajadora con anterioridad, ya que el listado de enfermedades profesionales es un *numerus clausus*, por lo que no cabe apreciar un criterio extensivo. En el mismo sentido, *vid.* la STS de 20 de octubre de 2008, I.L. J 1215, en relación a la misma enfermedad en el caso de una cajera de un banco, por la misma razón de no hallarse entre las enfermedades listadas.

Según la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de septiembre de 2008, I.L. J 1330, se desestima la indemnización por daños y perjuicios en un caso de asbestosis que provoca una incapacidad permanente total. Según la citada resolución, la pretensión del trabajador ya se habría protegido por la pensión correspondiente de Seguridad Social, y, al no acreditarse una conducta culposa por parte de la empresa que aumentase el riesgo propio del trabajo desempeñado por el actor, no procedería la indemnización complementaria.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

Resuelve la STS de 23 de septiembre de 2008, I.L. J 1097, un supuesto relativo a la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social de empresas principales y subcontratistas en casos de subcontratación de una obra encargada. La Sala hace extensiva la doctrina del Tribunal elaborada en los supuestos de accidente de trabajo, concluyendo la responsabilidad directa y solidaria del contratista principal.

En la STS de 20 de noviembre de 2008, I.L. J 1538, se dilucida quién es el sujeto responsable del abono de la prestación de incapacidad temporal derivada de un accidente no laboral, cuya cobertura se ha concertado con una Mutua, en los supuestos en los que se ha extinguido el contrato de trabajo. Ante esta disyuntiva, el Tribunal Supremo se remite en su solución a la doctrina dictada en unificación de doctrina (SSTS de 12 de julio, 19 de julio y 2 de septiembre de 2006) que parte, a su vez, de una premisa sentada jurisprudencialmente con anterioridad, según la cual la obligación de cotizar ni condiciona el derecho a prestaciones ni determina al sujeto que resulta obligado a satisfacer aquéllas. De aquí se infiere que los artículos 126.1 LGSS y 5 y 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967 responden al principio general típico del ámbito mercantil según el cual debe asumir la cobertura de un siniestro la entidad aseguradora con la que se concertó el aseguramiento del riesgo en el momento en que se produjo su actualización. De este modo se concluye que la determinación de responsabilidad de la prestación es independiente del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de que estuviera vigente dicho aseguramiento en el momento de producción del hecho causante. Por todo ello, la Mutua continúa como responsable del pago del subsidio.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La STSJ de Valencia de 2 de julio de 2008, I.L. J 1149, considera que procede el reintegro de gastos médicos respecto a una persona que tras acudir a urgencias de un centro público y tras el alta en el mismo con diagnóstico de “dolor abdominal inespecífico, observación domiciliaria y control por MAP” sin que consten las pruebas médicas que le realizaron, acude seguidamente a clínica privada siendo diagnosticada dolencia grave que lleva a su ingreso en UCI y posterior intervención. La sentencia considera que no puede entenderse el supuesto como abandono de la sanidad pública, no siendo exigible que formulara queja previa en el centro público dada la situación en la que se encontraba, ni una continua peregrinación por la sanidad pública a la espera de que se decida la práctica de las necesarias pruebas para el correcto diagnóstico de la grave enfermedad que padecía y que requirió su ingreso en la UCI y posterior intervención, situación que evidenció la urgencia vital de su situación.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La STJ de Extremadura de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1592, entiende que la falta de acreditación de la producción de un infarto de miocardio en el tiempo y lugar de trabajo impide considerarlo como accidente de trabajo en base a la presunción del artículo 115.3 LGSS, sin que por otra parte conste relación alguna con la actividad laboral, ni en este episodio, ni en la sintomatología que viene presentando con carácter previo al presente infarto, que permitiera la aplicación del artículo 115.1 LGSS.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial Agrario

La STS de 25 de septiembre de 2008, I.L. J 1157, examina una vez más el requisito de hallarse al corriente de pago para poder causar un subsidio de Incapacidad Temporal, para reiterar que dicho requisito es exigible con rigor y sin dispensa alguna. Al respecto sólo nos cabe decir dos cosas: la primera reproducir el comentario que efectuamos a la STS de 2 de octubre de 2007, I.L. J 1987: “Son tantas las sentencias en las que se ha reiterado la doctrina jurisprudencial que el Tribunal manifiesta expresamente que limita la cita de las mismas a las pronunciadas en los últimos diez años; en suma se reitera una vez más que tal requisito viene exigido con claridad en la legislación reguladora del REA, y que no se ha previsto ningún mecanismo corrector como la invitación al pago que existe en caso de causarse una pensión, por lo que no puede disculparse tal requisito más que en los extraordinarios casos ajenos a la conducta del interesado como sucede con los errores bancarios. En consecuencia, aun cuando en el caso examinado se trataba de un solo mes de cotizaciones el que se hallaba pendiente, y que el mismo fue abonado, se deniega el derecho al subsidio solicitado”. La segunda observación a

efectuar es la de que si la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante y abundantemente reiterada durante más de diez años, resulta difícilmente comprensible que algunos Tribunales autonómicos se entesten en seguir aplicando una doctrina distinta: la prevista para las situaciones de Incapacidad Permanente, que es distinta; tal contumacia –y sin querer sacar ninguna consecuencia de ello, ya que no podemos realizar juicios de intenciones– observamos que se produce acompañándose de la ejecución provisional de la sentencia de instancia, y la no devolución de las cantidades percibidas aunque la sentencia autonómica sea revocada, ya que así lo dispone el artículo 292.2 LPL. En resumen: año tras año los Tribunales Superiores dictan sentencias en materia de IT con cuotas pendientes de pago, que son revocadas por el Tribunal Supremo, y los beneficiarios perciben tales prestaciones por Incapacidad Temporal sin que la doctrina del Tribunal Supremo tenga efectos prácticos más allá del papel en el que se escriben.

La **STJ de Galicia de 18 de septiembre de 2008**, I.L. J 1337, revoca la sentencia de instancia en la que se había concedido una pensión de jubilación en el REA, a pesar de que el beneficiario era deudor de innumerables períodos de cotización, basándose el erróneo pronunciamiento de instancia en el hecho de que se había practicado embargo para poder satisfacer el importe de lo adeudado. El Tribunal reitera la doctrina establecida en la STS de 18 de noviembre de 1997, que señala que en caso de descubierto de cotizaciones deberán analizarse tres cuestiones: a) que el período de carencia esté en todo caso cubierto; b) que los descubiertos de cuotas no sean de una magnitud tal que evidencien una separación de la relación de seguridad social, y c) que el beneficiario haya pagado todo lo adeudado antes de la concesión de la pensión solicitada. En el caso examinado tal pago no se había producido, sin que por tanto pueda tenerse el embargo trabado, ya que el mismo no garantiza que finalmente el débito sea satisfecho en su totalidad.

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STSJ de Extremadura de 1 de septiembre de 2008**, I.L. J 1291 examina un supuesto de prestaciones por muerte y supervivencia, en el que, tras el fallecimiento del trabajador causante, afiliado al régimen especial agrario, el juzgador de instancia concedió la pensión de viudedad solicitada –previo abono, en su caso, de las cuotas que pudiera adeudar dicho causante– y denegó las pensiones de orfandad solicitadas, recurriéndose la fecha de efectos de la pensión de viudedad y la denegación de una pensión de orfandad para una hija afecta de un grado de 35% de minusvalía. Respecto a la denegación de la pensión de orfandad, primeramente el Tribunal repasa toda la evolución legislativa en cuanto a la edad en la que se extingue dicha pensión, y constata que la beneficiaria no vio en ningún momento extinguido su derecho por cuanto la edad máxima había sido progresivamente elevada antes de que la interesada cumpliera con una edad extintiva; seguidamente, la sentencia afirma que el motivo de la denegación de la pensión fue el no hallarse al corriente de pago, por lo que el Tribunal recuerda la conocida doctrina de que a los beneficiarios del REA se les debe aplicar el mismo mecanismo de “invitación al pago” que se halla previsto en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Finalmente la sentencia analiza cuál debe ser la fecha de efectos, ya que en la instancia se ponderaron únicamente las fechas de fallecimiento del causante y las de la

IX. Seguridad Social

solicitud de pensión, estableciendo el juzgador que siendo imprescriptible el derecho ello no obstaba para que los efectos pudieran retrotraerse únicamente a los tres meses anteriores a la solicitud; sin embargo en suplicación el Tribunal recuerda que la fecha de efectos, cuando el beneficiario es invitado a satisfacer cuotas pendientes de pago, depende de la fecha en que se efectúe el pago de la deuda pendiente: si el ingreso de lo adeudado se realiza en un plazo de treinta días desde la invitación, los efectos podrán retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud, pero si se demorase el pago más allá de los treinta días antedichos, la fecha de efectos se desplaza al primer día del mes siguiente al ingreso de las cuotas adeudadas.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Incompetencia del orden jurisdiccional social

La STSJ de La Rioja de 1 de septiembre de 2008, I.L. J 1347, señala que la pretensión de indemnización por vulnerar el derecho fundamental de igualdad en un caso de jubilación forzosa en expediente de regulación de empleo corresponde al orden contencioso-administrativo.

B) Legitimación activa

La STS de 23 de octubre de 2008, I.L. J 1229, confirma la legitimación activa de una viuda para demandar en materia de reclamación de diferencias de pensión de invalidez permanente del esposo. Esta legitimación ha de entenderse existente por la simple circunstancia de resultar afectado por el negocio jurídico de que se trate, bastando con un interés legítimo, en representación de la sociedad de gananciales de que era titular, estando legitimada para ejercitar acciones en defensa de los bienes y derechos que deban integrarse en la misma.

C) Recurso de casación para unificación de doctrina

La STS de 24 de septiembre de 2008, I.L. J 1096, señala que no procede el recurso de casación por unificación de doctrina al no darse la necesaria contradicción. Así, se advierte una diferencia entre los supuestos de hecho que impide admitir la contradicción. En la sentencia recurrida, nos hallamos ante una citación por correo telegráfico llevada a efecto por la Mutua, a fin de controlar la situación patológica del trabajador; por el contrario, en la sentencia de contraste el trabajador recibió personalmente cuatro sucesivas citaciones para comparecer ante los servicios médicos de la Mutua, sin que hubiera hecho caso a ninguno de ellos.

También se aprecia la falta de contradicción en la STS de 30 de septiembre de 2008, I.L. J 1165, puesto que en la sentencia de contraste estamos ante un accidente de trabajo que se produjo en una fecha en que la empresa adeudaba a la Mutua 15 mensualidades, mientras que en la recurrida se trata de accidentes laborales diversos.

A la misma conclusión de falta de contradicción llega la STS de 23 de octubre de 2008, I.L. J 1271, ya que en la sentencia recurrida desestima el recurso del INSS por razones estrictamente procesales, mientras que la sentencia de contraste analiza el fondo del asunto y acepta la prescripción opuesta por la entidad gestora.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

IGNASI AREAL CALAMA

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGÉNIA REVILLA ESTEVE

EUSEBI COLÁS NEILA

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario***

- Consideración preliminar. 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.* b) *Contenido de la prestación.* a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) *Dinámica de la protección.* d) *Derecho transitorio.* SOVI. 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.*

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

c) Prestaciones en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección.

E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 9 a 12 de 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1087 a 1632).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

Es sobradamente conocido, como requisito indispensable para tener derecho a la prestación por desempleo, el hecho de que el cese en el trabajo que origine tal prestación no dependa de la voluntad del trabajador.

Pues bien, éste es el criterio utilizado por el tribunal en la **STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2008**, I.L. J 1323.

La cuestión se centra en determinar si el trabajador tiene derecho a extinguir el contrato de trabajo por la vía del artículo 41.3 ET cuando la empresa le modifica sustancialmente el contrato de trabajo en materia de funciones y salario.

El artículo 41 ET en sus apartados a), b) y c) se refiere a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo referidas a jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos. En estos casos, el artículo 41.3 ET permite que si el trabajador resultase perjudicado por dicha medida, pueda dar por resuelto su contrato de trabajo con derecho a obtener una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades de indemnización, sin necesidad de impugnarla judicialmente. Por tanto, en el resto de los casos recogidos por el artículo 41 ET, entre los que se encuentra el que ha dado origen a este pronunciamiento judicial, el trabajador afectado puede optar entre aceptar la modificación propuesta por la empresa aviniéndose a las nuevas condiciones de trabajo, o bien impugnarla judicialmente para obtener una sentencia que la declare injustificada, o bien, si la modificación va en contra de su formación profesional o afecta a su dignidad, dándose los supuestos del artículo 50 del propio ET, solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por causa imputable a la empresa, teniendo derecho a una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades.

En el caso resuelto en la sentencia, el trabajador no impugna la decisión empresarial, por lo que tratándose de una modificación sustancial, que no afecta a las funciones laborales, se está ante un cese en el trabajo voluntario y por tanto no apto para la consecución de la prestación de desempleo, por no estar en situación legal de desempleo [artículo 208.1.1.e) LGSS], sino ante una dimisión o cese de la relación laboral sin causa suficiente que la justifique.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Se plantea en la STS de 24 octubre de 2008, I.L. J 1225, si deben reconocerse las prestaciones por desempleo a un trabajador que cesa voluntariamente en un trabajo por tiempo indefinido y es contratado, sin solución de continuidad, por otra empresa con contrato temporal, a cuyo término solicita las prestaciones.

El problema está en decidir si la contratación encadenada de contrato indefinido y contrato temporal, puede ser calificada de fraudulenta. Como es sabido, el fraude de ley no se presume por lo que el mero encadenamiento de ambos contratos no puede ser calificado, sistemáticamente de acto en fraude de ley.

La no presunción de fraude de ley, ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario, pero no excluye la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones, y este criterio es el tenido en cuenta por el Tribunal Supremo en este caso para entender la existencia de fraude de ley. En el mismo sentido se pronuncia en su STS de 6 de noviembre de 2008, I.L. J 1332. A esta misma conclusión se llega en un caso similar en los supuestos resueltos por las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 de octubre de 2008, I.L. J 1546 y de Cataluña de 26 de noviembre de 2008, I.L. J 1559 y 1560).

En la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre, I.L. J 1351, la cuestión reside en determinar si los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado se encuentran en situación legal de desempleo cuando son despedidos por causas objetivas al cesar definitivamente la cooperativa en su actividad, sin que se hubiere tramitado expediente administrativo por la autoridad laboral para constatar la existencia de situación legal de desempleo, ni se haya tampoco interpuesto demanda judicial por la extinción en estas circunstancias de la relación laboral.

En el caso de cese definitivo de la actividad por causa económica, tecnológica o de fuerza mayor, será necesario que la existencia de tales causas sea debidamente constatada por la Autoridad Laboral a través de la tramitación de un expediente administrativo, por tanto, no basta la simple comunicación de la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo por parte de la empleadora sino que es necesaria la expresa declaración de situación legal de desempleo por la autoridad laboral competente, de forma que sin este requisito no puede acceder a las prestaciones de desempleo el socio trabajador que ni tan siquiera ha impugnado judicialmente el cese de la actividad de la cooperativa que se produjo sin tramitar el pertinente expediente administrativo al efecto.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

En la STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2008, I.L. J 1300, la cuestión litigiosa se centra sobre si el importe de la prestación contributiva de desempleo depende, en el caso del desempleo parcial, de la reducción salarial padecida por el trabajador o de la reducción porcentual de la jornada laboral.

El Tribunal realizando una interpretación literal de los artículos 203.3 LGSS “el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción” y 204.2 LGSS “el nivel contributivo tiene por objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada” concluye que ha de atenderse a la repercusión salarial que la

reducción de jornada genera, para así reconocer el importe de la prestación contributiva por desempleo que ha de lucrar el trabajador afectado.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de octubre de 2008, I.L. J 1135, se centra en determinar si ostenta o no derecho a la prestación por desempleo aquel trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo cuando él se encuentra en situación de incapacidad temporal y posteriormente pasa a situación de incapacidad permanente total.

El artículo 221.2 LGSS dispone la incompatibilidad entre el percibo de la prestación por desempleo y el disfrute de cualquier otra que no hubiera sido compatible con el trabajo que originó la situación de desempleo. Sin embargo, la incompatibilidad no debemos entenderla como impedimento para el reconocimiento sino como prohibición de percepción simultánea de determinadas prestaciones, como, por ejemplo, la de desempleo y la de incapacidad permanente total, que tienden a compensar la pérdida de ingresos consecuencia de la extinción de contrato de trabajo.

La situación legal de desempleo, en el caso resuelto por la sentencia nació el día del reconocimiento al trabajador de su situación de incapacidad permanente y por tanto el trabajador tendrá derecho a la prestación por desempleo, pero con la limitación resultante de descontar, del período total a reconocer, el tiempo transcurrido entre que pudo ejercitar el derecho y el día de la solicitud efectiva ante el INEM

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

Uno de los supuestos de extinción del derecho al subsidio por desempleo es el rechazo de una oferta de empleo adecuada, con base en el artículo 213.1.b) LGSS, y éste es el precepto alegado por la STSJ de Murcia de 13 de noviembre 2008, I.L. J 1139, para proceder a la extinción del subsidio por desempleo del actor, el cual rechazó una oferta de empleo alegando que estaba enfermo, sin constar que estuviese de baja médica, ni que se hubiese impugnado el alta acordada en su momento, sin que tampoco pueda utilizarse como causa justificativa el hecho de haber presentado demanda sobre incapacidad permanente total o, subsidiariamente, parcial.

Entender lo contrario supondría dejar al arbitrio del trabajador la decisión sobre su capacidad laboral, la que debió acreditarse por otros medios y referidos al momento en el que se alegó la existencia de enfermedad.

¿Qué ocurre cuando la actora pierde un trabajo a tiempo parcial seguido de otro a tiempo completo y solicita el subsidio por desempleo? Éste es el caso resuelto por la STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de diciembre de 2008, I.L. J 1565. En el caso concreto la actora prestó servicios durante seis meses en virtud de un contrato a tiempo parcial a razón de cuatro horas diarias, y posteriormente en virtud de un contrato a tiempo completo durante diez días, a cuyo término solicitó el subsidio por desempleo, siéndole concedido en cuantía igual al 50% de la base reguladora computable por las específicas circunstancias concurrentes en los dos períodos de prestación de servicios.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Según el Tribunal el tema hay que enfocarlo desde la perspectiva de considerar que el legislador lo que ha querido es conceder el subsidio no conforme a la cuantía de lo cotizado, sino atendiendo a lo que se pierde, es decir, un trabajo a tiempo completo o un trabajo a tiempo parcial. La actora, en este caso, accede al subsidio tras la pérdida de un trabajo a jornada completa, luego la cuantía a la que tiene derecho no puede ser otra que la que la ley establece para estos casos, es decir, una cantidad igual al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

En el cómputo de rentas para tener derecho al subsidio por desempleo han de computarse los ingresos íntegros o brutos del trabajador y no los ingresos netos, de manera que debe denegarse el subsidio a quien acredita más del 75% del SMI como “ingresos individuales”. STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2008, I.L. J 1112.

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

En el caso resuelto por la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de octubre de 2008, I.L. J 1098, se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la actora frente a la sentencia de instancia en la que se revocaba la concesión del subsidio por desempleo y se requería la devolución de la cantidad recibida como tal, como indebidamente percibida.

Según la sentencia, partiendo de los hechos declarados, procede estimar el recurso. Los hechos declarados son los siguientes; la actora expone el percibo de 45.636 pesetas mensuales durante 1999, y 51.952 pesetas mensuales durante el año 2000, cantidades inferiores al 75% del SMI previsto para esos años. Asimismo, expone que solicitó el complemento de mínimo de la pensión de clases pasivas a favor de familiares en el mes de noviembre de 2000 que le fue reconocido, con carácter retroactivo al año de 1999, en enero de 2001.

El INEM decide revocar el subsidio por desempleo como consecuencia de que el posterior reconocimiento del complemento a mínimo da lugar a que los ingresos de la actora excedan de los límites establecidos en la LGSS.

El TSJ de Canarias entiende que la resolución del INEM es contraria a derecho, pues no puede ser objeto de revocación el reconocimiento de un subsidio por desempleo en virtud de hechos posteriores a su concesión, dándole carácter retroactivo. Según el tribunal, debería haber sido el Organismo competente (INSS) el que hubiera reclamado de oficio la devolución de los complementos por mínimos indebidamente percibidos, y por tanto el INEM no tiene competencia para reclamar la devolución de dichos complementos.

Esta sentencia cuenta con un voto particular que defiende la siguiente postura. En primer lugar, entiende que los ingresos totales de la actora, incluyendo la parte correspondiente al complemento por mínimos, superan el 75% del SMI y, en segundo lugar, defiende que los requisitos para percibir el subsidio de desempleo se han de reunir en todo momento, pues si dejan de concurrir se produce la extinción del mismo a partir de ese momento y, por tanto, en ese caso, el INEM es competente para exigir las cantidades indebidamente percibidas.

La STS de 27 de octubre de 2008, I.L. J 1094, se pronuncia acerca del derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años de una trabajadora española emigrante retornada, a la que en primera instancia y en suplicación se le denegó tal derecho, alegando que no acreditaba

un año de cotización en España, y alegando para ello la doctrina proclamada en la STS de 28 de febrero de 1994.

El Tribunal Supremo alega que dicha sentencia no se encuentra en armonía con el criterio seguido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia de 20 de febrero de 1997, asunto Martínez Losada). Así en la STS de 17 de diciembre de 1997, el TS cambió su orientación para acomodarse a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Por tanto, hay que entender, en virtud de esta doctrina, que un subsidio para mayores de 52 años constituye una prestación de desempleo y que el artículo 48 del Reglamento 1408/1971 no es aplicable a las prestaciones de desempleo. Por ello, la condición exigible para el nacimiento del derecho al subsidio no es la preexistencia de un derecho futuro al cobro de una pensión de jubilación, sino que el interesado haya cotizado durante un período de 15 años a un régimen de pensión de jubilación a uno o varios Estados miembros, así que no es exigible ningún período previo de cotización a la Seguridad Social española para poder acceder al subsidio.

El cómputo de rentas para tener acceso al subsidio por desempleo es una materia que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, así en la STSJ de Asturias de 24 de noviembre de 2008, I.L. J 1309, resuelve el recurso planteado contra la sentencia de instancia que denegó el derecho del actor a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años por entender que superaba el límite del 75% del SMI como consecuencia del importe obtenido por la venta de unas acciones.

El TSJ de Asturias en este caso sigue la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en varias sentencias, y entiende que la venta de acciones no es equiparable al de una renta que mejora o eleva los ingresos mensuales del beneficiario, sino que en realidad nos encontramos ante un elemento patrimonial que es sustituido por otro. En este mismo sentido la **STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2008**, I.L. J 1608, llega a la conclusión de entender que el “plus de transporte” sí se computa para hallar el total de los ingresos de la unidad familiar, ya que constituye una remuneración periódica y en cuantía fija, lo que pone de relieve que no tiene como fin compensar gastos concretos relativos a los desplazamientos efectuados por el trabajador para llevar a cabo su actividad laboral, sino que obedece a un ánimo de remuneración cuya causa de pago se encuentra directamente en el trabajo y no en los gastos que hayan de efectuarse con motivo del mismo. El Tribunal entiende además que los ingresos obtenidos como consecuencia de la venta de acciones no son computables como renta.

d) Compatibilidades e incompatibilidades

La **STS de 29 de octubre de 2008**, I.L. J 1024, estima la incompatibilidad de la percepción del subsidio por desempleo con un trabajo por cuenta propia como apicultor que había aportado al interesado unos ingresos inferiores al 75% del SMI.

Según el TS, el precepto aplicable en este caso es claro y preciso, así el artículo 221.1 LGSS establece

“la incompatibilidad del subsidio o de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en ninguno de los regímenes de la Seguridad Social. o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”.

Es interesante poner de manifiesto que el Tribunal Supremo en esta sentencia advierte de la incongruencia que supone privar de esta prestación del nivel asistencial a un trabajador que ha acreditado que sus ingresos no alcanzan el 75% del SMI, cuando en teoría podría acceder a tal prestación en estas condiciones aplicando las previsiones genéricas del artículo 215 LGSS, puesto que sus ingresos no alcanzan el tope previsto por este precepto. No obstante, esta Sala justifica su decisión en la vinculación al principio de legalidad que no le permite aceptar otra solución que la expresamente querida por el legislador.

Cuestión distinta sería si las rentas obtenidas por el trabajador no proviniesen de un trabajo por cuenta propia, sino de una herencia o del alta en el Impuesto de Actividades Económicas, en cuyo caso sí podría entenderse la compatibilidad de las mismas con el subsidio por desempleo, como de hecho ha ocurrido ya en otros casos planteados ante el Tribunal Supremo.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Período de carencia en el trabajo a tiempo parcial

La STS de 23 de octubre de 2008, u.d., I.L. J 1399, resuelve un recurso de unificación de doctrina sobre el cálculo del período de carencia en un trabajo a tiempo parcial. Las sentencias comparadas llegan a soluciones opuestas como consecuencia de entender la impugnada que, en base a la doctrina del Tribunal Constitucional, cada día de trabajo a tiempo parcial ha de considerarse como un día cotizado, y la referencial, por el contrario, estimar de aplicación el RD 1131/2002, de 31 de diciembre, según el cual los días teóricos de cotización correspondientes a las horas trabajadas se multiplican por el coeficiente multiplicador de 1,5. El criterio ya unificado por la Sala es que, en el caso del trabajo a tiempo parcial, se trata de atender al tiempo efectivamente trabajado y cotizado, pero corrigiéndolo con un coeficiente multiplicador con el que se trata de asegurar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, sin que ello suponga establecer una igualdad absoluta en cuanto al cómputo de las cotizaciones efectuadas en relación con las realizadas por el trabajador a jornada completa (criterio mantenido en las Sentencias del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 16 de octubre de 2007 y de 11 de junio de 2008). Las normas correctoras introducidas por el artículo 3 del RD 1131/2002 corrigen con carácter general el principio estricto de proporcionalidad proscrito en su día por el Tribunal Constitucional (SSTC 253/2004 y 49/2005).

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Cálculo de la *pro rata temporis* para trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Numerosas sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo han abordado ya la cuestión del cálculo de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española respec-

to de trabajadores que tienen acreditadas cotizaciones a nuestro sistema de Seguridad Social y también a la Seguridad Social de otro Estado miembro de la Unión Europea. Al cálculo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social española, en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, respecto de trabajadores que acreditan cotizaciones en nuestro Sistema de Seguridad Social y también a la Seguridad Social de Holanda, se refiere la **STS de 30 de septiembre de 2008**, u.d., I.L. J 1107, planteándose también la cuestión referente a complemento por mínimos por cónyuge a cargo, aunque en este último punto el recurso es inadmitido por falta de contradicción.

En cuanto a la base reguladora de la prestación reconocida a cargo de la Seguridad Social española, se aplica la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación del convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y los Países Bajos el 5 de febrero de 1974. Según una línea jurisprudencial reiterada, en dicho Convenio, artículo 24.1.b), se contiene una remisión genérica al ordenamiento español de Seguridad Social, en el cual, según jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España. El acuerdo internacional ordena que la institución que conceda la pensión española ha de calcularla como si los meses de cotización en Holanda “se hubieran cumplido exclusivamente bajo su propia legislación”. Respecto a la segunda cuestión, el cálculo del porcentaje resultante de la *pro rata temporis*, se recoge el pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de julio de 2007, en la que se ha procedido a revisar la línea jurisprudencial seguida hasta ese momento en cuanto a la bonificación de cotizaciones por embarque a los efectos de determinar la *pro rata temporis* que ha de abonar la Seguridad Social española, a la vista de lo que pudiera considerarse doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia. En efecto, dicho Tribunal interpreta específicamente el artículo 46.b) del Reglamento 1408/71 en relación con el artículo 1.r) del mismo Reglamento, afirmando con carácter general la necesidad de que las denominadas cotizaciones ficticias hayan de tenerse en cuenta a tales efectos y en todo caso, no sólo para el cálculo del importe de la pensión, siempre que sean anteriores al hecho causante. De la jurisprudencia comunitaria podría desprenderse, en suma, que las cotizaciones ficticias en nuestro Régimen Especial del Mar son realmente computables para el cálculo de la *pro rata temporis* como períodos de seguro. (Véanse, respecto a esta misma cuestión, las crónicas anteriores en la Revista Justicia Laboral).

– Incremento de la base reguladora de la pensión de un trabajador migrante conforme a los incrementos del salario mínimo interprofesional

En la **STS de 18 de diciembre de 2008**, u.d., I.L. J 1565, se plantea la determinación de la cuantía de la base reguladora de la prestación de jubilación de un trabajador que, tras haber prestado servicios en España, marchó a Francia donde cotizó más tiempo. La controversia planteada es, en concreto, si para este cálculo se puede o se debe actualizar la base reguladora con los incrementos del salario mínimo interprofesional hasta el momento del hecho causante. Conforme a doctrina unificada, debe aplicarse como base del porcentaje a abonar por parte de la Seguridad Social española el que resulte del incremento del salario mínimo interprofesional desde la última cotización verificada en España hasta el momento en que se reconoce la pensión de jubilación. La Sala modificó el criterio que había venido sustentando de aplicación de bases medias, en acatamiento de la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1998, Asunto

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Gragea, en los siguientes términos: a) El Reglamento 1248/92, Anexo VI, apartado D) establece que la pensión teórica española propia de la situación de vejez calculada sobre las bases reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, sin perjuicio de que la pensión así obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas para cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza; b) esto, no obstante, no constituye una solución cerrada y obstaculizadora de otras diferentes; en particular, todavía a la luz de los preceptos comunitarios, cabría introducir criterios alternativos de actualización; c) es posible, además, aplicar un convenio bilateral de Seguridad Social, suscrito entre España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado, el cual habría de ser respetado incluso tras nuestra adhesión a la Unión Europea.

c) Dinámica de la protección

– Revalorización de pensión

Sobre la procedencia de la revalorización de una pensión pública de jubilación en un supuesto de concurrencia de tres pensiones públicas se pronuncia la **STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2008**, I.L. J 1586. La Sentencia mantiene, en el mismo sentido que el INSS, que la pretensión del actor de revalorización de una de las tres pensiones públicas y concurrentes que percibe, cuando en el período al que se contrae su reclamación, sumando el importe de todas ellas, ha percibido el límite máximo de pensión pública fijado en las leyes de presupuestos, es contrario a la doctrina consolidada del TS que ha sentado el criterio de que los límites máximos de pensiones públicas fijadas en las leyes de presupuestos, a partir de la Ley 44/1983, son aplicables tanto para determinar la cuantía inicial de las pensiones como para prohibir la revalorización de las pensiones cuyo importe, solas o en consecuencia, alcancen o superen dichos límites. No es aplicable al caso concreto la doctrina de los derechos adquiridos, ya que existe el principio de sucesión normativa, lo que conlleva que una disposición pueda derogar las anteriores del mismo rango, acordando una nueva regulación de determinada materia, lo que sucedió en este caso, por lo que no puede aceptarse que hayan sido respetados unos determinados derechos, sino que lo que ha sucedido es que tales derechos fueron modificados por normas posteriores.

– Reintegro de prestaciones indebidas

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de septiembre de 2008**, I.L. J 1620, resuelve una cuestión relativa al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas durante determinados meses, al compatibilizar durante ellos la prestación de jubilación con la de trabajo remunerado. Se establece que, partiendo del contenido del artículo 165.1 de la LGSS, que establece con carácter general la incompatibilidad del disfrute de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con el trabajo del pensionista, en relación con el artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, y que ha sido interpretado en el sentido de que no pueda afirmarse que exista una incompatibilidad propiamente dicha entre la pensión de jubilación y el trabajo del beneficiario de la misma, ya que ello no equivale a que el jubilado no pueda trabajar, es decir, que si el beneficiario de la prestación ejerce un trabajo, para el que es libre, entonces la percepción económica de la pensión será incompatible con la prestación económica que recibe por la realización del trabajo. Procediendo, pues, el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, si bien es cierto que la jurisprudencia ha establecido con carácter general, y de

forma reiterada, que no puede reconocerse al INSS potestad de ordenar con carácter imperativo y fuerza ejecutiva el reintegro de prestaciones indebidas, pues esa potestad corresponde a los Tribunales de Justicia, tal regla sufre excepciones al tener en cuenta que los Decretos de revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social vienen facultando a las Entidades Gestoras para proceder de oficio, no sólo a la revisión de la cuantía de las prestaciones sino al reintegro de lo irregularmente percibido, y en esta línea se manifiestan igualmente las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

– Modificación de la cuantía de la pensión

En la **STSJ de Extremadura de 6 de mayo de 2008**, I.L. J 1122, se plantea si la revisión que se ha practicado en la cuantía de la prestación de jubilación que tiene reconocida la demandante ha sido debida a la rectificación de un error material, de hecho o aritmético, en cuyo caso no sería de aplicación la regla general de que la retroactividad de los efectos de la revisión sólo operaría desde los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. La Sentencia concluye que el inicial reconocimiento de la pensión en cuantía inferior a la que a la demandante correspondía no se debió a un error de la entidad gestora, sino que fue por entender que la relación que existía con la demandante era la de representante de comercio y no la común, lo que significa que la superior cuantía resulta, primero, de una interpretación y calificación jurisprudencial de la naturaleza de la relación y después de esa misma calificación en el convenio colectivo. En consecuencia, los efectos económicos de la nueva cuantía reconocida tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de su solicitud.

d) Derecho Transitorio: SOVI

– Trabajador con cotizaciones en varios países de la Unión Europea

La cuestión que se plantea en la **STS de 16 de diciembre de 2008**, u.d., I.L. J 1561, consiste en determinar el método de cálculo para cuantificar la prorrata de una pensión del SOVI a cargo de la Seguridad Social española de un trabajador migrante. Más concretamente, si el cálculo de la llamada prorrata a cargo del INSS debe hacerse teniendo en cuenta la duración total de los diferentes períodos de seguro acreditados por el causante, en uno u otro país, o debe hacerse tomando en cuenta el período de carencia mínimo exigido para causar la pensión del SOVI, lo que supondría en cómputo de las cotizaciones efectuadas en otros países de la Comunidad Europea, únicamente, en cuanto fuesen necesarias para totalizar el período de cotización exigido para causar la pensión. La cuestión planteada ha de resolverse aplicando los artículos 46.2 y 47.1.a) del Reglamento CEE 1408/1971. En base a ello, las pensiones cuya cuantía no depende de la mayor o menor duración del período de cotización del causante se calculan conforme a lo dispuesto en el citado artículo 46.2, que dispone que cuando la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos de seguro, la cuantía de la pensión teórica coincidirá con ella y que la pensión efectiva se fijará, atendidos todos los períodos de seguro, en proporción a los períodos de cotización cumplidos en cada Estado. No obstante, esta doctrina ha sido matizada por otra más reciente de esta Sala de 29 de enero de 2009, en el sentido de que para cuantificar la prorrata de una pensión del SOVI a cargo de la Seguridad Social española de un trabajador migrante, debe hacerse teniendo en cuenta la duración total de los diferentes períodos de seguro acreditados por el causante, en uno y otro país, y no únicamente, el período de carencia mínimo exigido para causar la pensión del SOVI, dicho

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cómputo ha de tener como límite el día 31 de diciembre de 1996, en lógica coherencia con el cierre de la carrera de ese seguro en dicho día. Sobre la misma cuestión se pronuncia la **STS de 2 de octubre de 2008**, I.L. J 1224.

– Compatibilidad con pensión de viudedad y fecha de efectos

La cuestión resuelta en la **STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008**, I.L. J 1452, es la fecha de efectos que ha de darse a la pensión de jubilación SOVI que la beneficiaria deja de percibir al serle reconocida una pensión de viudedad que entonces resultaba incompatible con la misma, y cuya reanudación solicitó con posterioridad. Tras la modificación de la Disposición Transitoria Séptima de la LGSS se establece la compatibilidad en caso de concurrencia de la pensión de viudedad y la del SOVI, si bien su suma no podrá ser superior a la cuantía que señala, y en caso de superarse se minorará el importe de la pensión del SOVI en el que resulte necesario para no exceder del límite impuesto, regulación que se declara expresamente aplicable a las situaciones de concurrencia entre las pensiones de viudedad y las pensiones del extinguido SOVI generadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 8 de junio de 2005. No suscita dudas que la Disposición Transitoria Única de esta norma legal contempla la reanudación *ex lege* del derecho a la percepción de la pensión SOVI. En este caso se trata, pues, de la reanudación de la pensión SOVI ya reconocida, es decir, que se repone la prestación, no se reconoce *ex novo* la misma. Toda vez que la actora solicitó la declaración de compatibilidad de ambas pensiones en abril de 2007, tiene derecho a percibir la prestación de jubilación SOVI desde abril de 2006, considerando aplicable el artículo 12 de la OM de 2 de febrero de 1940 que dispone que el derecho a la percepción del subsidio de vejez prescribirá al año, contado a partir de la fecha en que se entienda devengado y que la reclamación escrita del interesado ante el Instituto Nacional de Previsión interrumpirá este plazo.

– Cómputo de cotizaciones: no cabe computar cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social para completar los 1.800 días de cotización requeridos

Sobre el cómputo de las cotizaciones requeridas para causar derecho a la pensión SOVI, la **STS de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1262, resuelve la cuestión de si, para reunir los 1.800 días de cotización necesarios para la obtención de una prestación de jubilación del extinguido SOVI, pueden ser tomadas en consideración cotizaciones efectuadas por el beneficiario en fechas posteriores al 31 de diciembre de 1966. Considera la sentencia que, consecuentemente con el carácter aislado del SOVI, no existía el mecanismo de cómputo recíproco de cotizaciones. Al implantarse el nuevo sistema de protección social por la Ley de 21 de abril de 1966, se procedió al reconocimiento de la validez de las cotizaciones efectuadas a los regímenes que habían precedido. Conforme a dicho mandato se obligaba a tomar en consideración las cotizaciones efectuadas a los anteriores regímenes, pero no se permite revivir un sistema de protección social ya extinguido y sustituido por el nuevo que dispensa mayor protección. En consecuencia, no cabe computar cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social para completar los 1.800 días de cotización requeridos para causar la pensión SOVI.

D) Previsión social voluntaria

a) Planes y fondos de pensiones

La cuestión planteada consiste en resolver los derechos en el plan de pensiones que tienen los empleados del BBVA en situación de excedencia voluntaria, cuando solicitado el reingreso, la

empleadora se opone al mismo y da por extinguida la relación, lo que motiva una reclamación por despido que termina en acto de conciliación, donde se reconoce la improcedencia del mismo y se acuerda el pago de una indemnización. En la entidad demandada los compromisos por pensiones, establecidos en el Convenio colectivo estatal de Banca Privada (BOE de 26 de noviembre de 1999), no estaban externalizados, sino que eran atendidos por un fondo interno, provisionado por la empresa, con el que se pagaban las mejoras de las prestaciones ya causadas, hasta que el 14 de noviembre de 2000 se firmó un acuerdo colectivo de empresa sobre el Sistema de Previsión Social por el que se exteriorizaron los compromisos por pensiones que la misma tenía. En la cláusula segunda de este Acuerdo se estableció que los beneficios pactados en él sólo se reconocerían al personal que al 31 de diciembre de 2000 prestase servicios efectivos en el BBVA, y en la cláusula 5ª se dispuso que a los excedentes voluntarios del colectivo 1 a 31 de diciembre de 2000, se les reconocerán, siempre que se reincorporen de forma efectiva al Banco y en ese momento, sus servicios pasados a 31 de diciembre de 2000, capitalizados en un 5,64% anual, a una póliza de seguros, contratada por el Banco en Compañía del Grupo. Se establece en la Sentencia que cuando el actor pasó a la situación de excedencia voluntaria, según se dijo antes, no tenía ningún derecho consolidado a la mejora de las prestaciones básicas de la Seguridad Social, sino una mera expectativa que no se consumaría si no se reincorporaba efectivamente a la empresa antes de causar la prestación a mejorar. La exteriorización se pactó en un acuerdo de empresa que regula con carácter exclusivo el sistema de previsión social en la empresa y que tiene un carácter vinculante indiscutido, incluso valor de convenio colectivo le da cierto sector doctrinal que mantiene que puede ser objeto único del convenio colectivo la regulación de la llamada Seguridad Social Complementaria. Por ello, como para causar el derecho es precisa la reincorporación efectiva y el mismo sólo se adquiere en el momento en que ésta tiene lugar, cabe concluir que el actor no lo adquirió porque en ningún momento llegó a prestar servicios efectivos a la demanda. La normativa existente no obligaba a los bancos a exteriorizar los compromisos por pensiones. Por otro lado, se establece que la negativa de la empresa a reincorporar a un trabajador excedente, caso de ser improcedente, se asimila al despido en sus consecuencias, la rescisión indemnizada del contrato, pero no puede presuponer la prestación de servicios efectivos tras la excedencia ya que, realmente, no se han prestado. En consecuencia no tiene derecho a la capitalización en virtud del Acuerdo colectivo de empresa de 14 de noviembre de 2000.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

d') Incapacidad permanente absoluta

La STSJ de Aragón de 21 de mayo de 2008, I.L. J 1389, realiza unas apreciaciones interesantes en lo que respecta al síndrome de fibromialgia, sosteniendo que “se trata de una forma común de fatiga y dolor muscular generalizado”, donde su “etiología desconocida; el hecho de que no pueda diagnosticarse mediante pruebas de laboratorio porque los resultados son normales, debiendo diagnosticarse sobre la base de la sintomatología del paciente, y las dis-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

crepancias médicas sobre esta enfermedad, dificultan la concreción de su alcance invalidante, sin que sea suficiente con la mera indicación de los puntos de dolor, dado que la respuesta del paciente es muy subjetiva”. Por ello considera que en la valoración del efecto incapacitante “la intermediación del Juez de lo Social adquiere una especial importancia porque se trata de patologías cuya repercusión funcional varía mucho de unos casos a otros”. Para la Sala, “lo relevante no es el mero diagnóstico de estas dolencias sino la concreción de cuál es su efecto en el trabajador que solicita la prestación de incapacidad permanente”. Si el Juez *a quo* llega a la conclusión de que el conjunto de las dolencias no son constitutivas de una incapacidad permanente, si a la vista de los hechos probados no se encuentran razones para disentir de esta opinión, pues no se acreditan que las dolencias produzcan menoscabos funcionales de entidad suficiente para impedir a la actora la realización de cualquier profesión y oficio, o de las tareas propias de su profesión, no cabe más que desestimar el recurso de suplicación.

b) Requisitos del beneficiario

El TS admite la validez de las cotizaciones posteriores a una declaración administrativa –o judicial– en la que se constate la existencia de determinadas lesiones, esto es, de situación de IP aunque sin derecho a prestaciones por falta de carencia, que persistiendo en el tiempo se aducen en una posterior reclamación ya con el período de carencia cubierto. Impedir en tales casos la continuidad en la misma actividad laboral o en cualquier otra supondría un desproteccionismo social inconcebible en el sistema de Seguridad Social. La solución tampoco se altera por el hecho de que las nuevas cotizaciones lo sean o no en un régimen diferente de Seguridad Social. Ello siempre que no estemos ante cotizaciones que no se correspondan con un trabajo efectivo (ineficaces por fraudulentas), ni de lesiones que hubiesen sufrido una agravación cualitativa, supuesto en el que la variación del cuadro las haría manifiestamente válidas (STS de 6 de noviembre de 2008, u.d., I.L. J 1408).

d) Dinámica de la protección

Se considera como determinante del hecho causante el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes (fecha del alta médica) lo que no impide la declaración de invalidez por estar en dicha fecha el beneficiario en activo, dado que, aunque tenía cumplidos los 65 años, no le afectaba la limitación establecida en el artículo 138.1 LGSS ya que su situación invalidante derivaba de contingencias profesionales. En consecuencia, es válida la declaración de incapacidad, aunque el beneficiario ya esté jubilado, porque no lo estaba en la fecha en que las secuelas quedan fijadas como definitivas o invalidantes, STS de 22 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1901.

El TS considera que el incremento del 20% de la pensión de IPT supone un incremento que goza de una autonomía en su tratamiento legal, pues aunque no se trata de un grado de invalidez ni de una prestación independiente, lo cierto es que en los requisitos de acceso a la protección y en la propia dinámica de ésta tiene caracteres específicos que aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación, por lo que se hace posible que en algunos aspectos sean aplicables al mismo las normas relativas a una auténtica prestación de la Seguridad Social. En base a esta argumentación considera al incremento como un complemento de naturaleza prestacional aunque no sea una propia prestación y se sujeta al régimen jurídico de que los efectos de su reconocimiento se retrotraen a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 43.1 LGSS (STS de 9 de octubre de 2008, u.d., I.L. J 1237).

El trabajador afecto de una IP parcial (perceptor de una prestación única a tanto alzado) que estuviera ejerciendo cualquier trabajo –por cuenta propia o ajena– puede promover su revisión por agravación, con independencia de la fecha fijada para ello en la resolución administrativa donde se reconoce la misma. El TS (STS de 18 de noviembre de 2008, u.d., I.L. J 1412) realiza una interpretación correctora del artículo 143.2 LGSS, admitiendo que, por encima de la literalidad de la norma, referida a “pensionistas”, la finalidad del mandato legal “es la de dispensar la acción protectora a quienes estando trabajando estuvieran impedidos para hacerlo a causa del progreso de sus dolencias, situación que afecta tanto a los declarados en situación de invalidez permanente total como a los afectados por sólo la parcial”. Para el TS, de no amparar el precepto a estos últimos, “podrían verse privados del trabajo –si no podían seguir realizándolo– y de la protección del sistema de la Seguridad Social hasta el cumplimiento de un plazo –el del párrafo primero del artículo 142.2– previsto precisamente para quienes no estuvieran trabajando después de ser declarados inválidos”. Por este motivo “no puede interpretarse la palabra ‘pensionista’ en los estrictos términos (...) debiendo entenderse que el término comprende a quienes hubieran sido declarados inválidos”.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

El artículo 122 LGSS veda la posibilidad de lucrar conjuntamente dos pensiones en el Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, de su propia literalidad se infiere la admisión de la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos Regímenes de la Seguridad Social cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos necesarios para su devengo, siempre que no exista en éstos norma que lo prohíba expresamente. Esta consecuencia se sigue con independencia de que sea o no generada la nueva invalidez por la misma patología que la anterior, STSJ de Asturias de 13 de junio de 2008, I.L. J 1296.

C) Lesiones permanentes no invalidantes

Las indemnizaciones a tanto alzado por este tipo de lesiones, mutilaciones o deformidades que alteran de forma permanente la integridad física del trabajador, deben alcanzar a todas y a cada una de las lesiones individualmente consideradas, siendo evidente que el artículo 150 LGSS obliga a indemnizar todas y cada una de las lesiones que pueda sufrir el trabajador en todos aquellos casos en que, sumadas, no dan lugar a una situación de invalidez permanente o a una indemnización por baremo de grado superior. Tratándose de cicatrices, cada una de ellas representa una alteración de la integridad física y lo que permite el baremo aplicable (número 110) es concretar dentro de sus límites la cifra indemnizatoria atendiendo a las características de las cicatrices y, en su caso, las perturbaciones funcionales que produzcan (STSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2008, I.L. J 1316).

Cuando lo reclamado es una cicatriz de operación que tuvo su causa en accidente de trabajo acaecido años antes, la entidad responsable del pago de la indemnización de la lesión es la aseguradora del accidente en la fecha del mismo. Ello porque la entidad responsable de los riesgos profesionales es aquella que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente (pues la “continuidad del proceso patológico no ha experimentado ruptura ni desviación causal alguna”). La noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos del derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva (IT, IP o muerte), “no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta, dado que éste es el riesgo asegurado, y por lo tanto es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad” (STS de Baleares de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1440).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

En relación con el requisito para generar el derecho a las pensiones de viudedad y orfandad, de que el causante se encuentre en situación de alta o asimilada al alta en el momento del hecho causante, en un supuesto en el que se produce una baja laboral voluntaria, por un estado de perturbación mental, que desemboca en suicidio –el óbito se produce muy poco tiempo después del abandono voluntario del trabajo–, la STSJ de Baleares de 16 de julio de 2008, I.L. J 1484, considera que dicho abandono es una manifestación y consecuencia del severo estado de alteración psíquica que queda probado que padecía el causante, y por lo tanto hay que considerar que pese a la voluntad de abandonar el trabajo nos encontramos ante una situación asimilada al alta. En efecto, en aplicación de la doctrina humanizadora ya comentada en estas páginas y que viene a atenuar el rigor de este requisito, no se puede conceder trascendencia jurídica al hecho de que el causante se despreocupara de mantener los requisitos precisos para generar la protección de su esposa e hijos, pues la profunda alteración psíquica justifica –que es la que posteriormente determinó su fallecimiento–, el descuido de mantener el alta, más aun cuando queda acreditada una dilatada y regular carrera de seguro.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

c) Prestaciones a favor de familiares

En relación con la determinación del período de tiempo que se debe considerar para apreciar que se reúne el requisito de carencia de medios propios de vida, exigido por la normativa vigente para el reconocimiento de la pensión a favor de familiares de pensionistas de jubilación e invalidez [artículos 176.2.d) de la LGSS y 40.1.c) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre], la STS de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1405, considera que la línea doctrinal que prevalece actualmente (superando la posición sostenida en la STS de 9 de febrero de 1988), se inclina por el cómputo de un período de tiempo no prolongado, pero de cierta duración que permita apreciar con perspectiva y una mínima estabilidad la situación económica del beneficiario (STS de 19 de mayo de 2004): esto supone que en el caso de que en los dos últimos años anteriores al fallecimiento el causante, las rentas de distintas fuentes ingresadas en el patrimonio del familiar solicitante de la prestación superaran el importe del salario mínimo interprofesional, se ha de concluir que no se cumple el requisito legal establecido.

C) Cuantía de las pensiones

Establece el artículo 17 de la OM de 13 de febrero de 1967 que la cuantía de la pensión de orfandad será para cada huérfano la equivalente al 20% de la base reguladora del causante,

si bien este porcentaje se incrementará con el que se señala en el artículo 8, para la pensión de viudedad (el 52% de la base reguladora), cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma. Hasta ahora, la doctrina del Tribunal Supremo –en unificación de doctrina y de manera reiterada–, interpretaba que ese incremento sólo se otorga al caso de huérfano absoluto y en razón a que se deja de percibir la pensión de viudedad ya causada o el potencial beneficiario de ésta –por tanto, se exige que sea su cónyuge– no llega a causarla.

Pues bien, la **STSJ de Asturias de 11 de julio de 2008**, I.L. J 1430, realiza un cambio de criterio que de forma acertada se justifica a la luz de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2006, de 22 de mayo, que si bien no referida a este precepto, lo hace en relación con el que concurre la misma razón de ser (véase la STS de 18 de noviembre de 1988), como es el artículo 29.2.b) de esa misma Orden Ministerial, en donde se regula el acaecimiento de la indemnización a tanto alzado que perciben los huérfanos, en los supuestos de muerte por causa laboral. La nueva doctrina entiende que se vulnera el derecho a no recibir discriminación por razón de nacimiento –artículo 14 CE–, cuando se estima que se carece de derecho a ese acrecimiento indemnizatorio en los casos en que el causante no deja viuda o viudo por no estar casado con el otro progenitor, que sí sobrevive. Y es que en ese caso nos encontramos con una discriminación indirecta por razón de filiación –entre hijos nacidos de padres vinculados mediante matrimonio y los hijos nacidos de progenitores sin vínculo matrimonial–. En definitiva, esta nueva doctrina supone considerar, que para causar derecho a dicho incremento de la pensión de orfandad, basta con que el causante, al fallecer, no deje cónyuge que le sobreviva, cualquiera que sea la razón de ello.

Este cambio de criterio es posteriormente adoptado –modificando su anterior jurisprudencia–, por la **STS de 24 de septiembre de 2008**, I.L. J 1098, teniendo en cuenta la declaración de discriminación y consiguiente vulneración del artículo 14 CE efectuada por el supremo intérprete de la Constitución (téngase presente que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 154/2006, manifestó que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante la igualdad de trato entre los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, incurre en una discriminación por razón de matrimonio prohibida por la CE). Es de destacar dos razonamientos que añade el Tribunal Supremo: en primer lugar, considera que con el incremento aquí discutido, la ley quiere compensar al huérfano o huérfanos en tal situación familiar con una prestación social equivalente a la que tendría el conjunto de la familia de existir cónyuge superviviente; este reparto igualitario supone la transformación de dicho incremento en prestación conjunta o mancomunada a favor de toda la unidad familiar. En segundo lugar, afirma que el incremento de las pensiones de orfandad resulta ser así una renta social sustitutiva de aquella prestación que falta en la unidad familiar cuando no se ha reconocido en ella el derecho a una pensión de viudedad.

Se concluye, por tanto, que resulta indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o que el progenitor sobreviviente no tenga derecho a pensión por no haber sido cónyuge –es decir, vinculado por matrimonio– del causante de la pensión. En suma, la nueva doctrina interpretativa del precepto discutido permite apreciar las necesidades de los huérfanos extramatrimoniales en el conjunto de la unidad familiar a la que pertenecen, y esta perspectiva familiar es la que justifica la atribución del incremento de la pensión, de tal manera que los hijos extramatrimoniales

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

sobrevivientes no pueden padecer una situación económica familiar más desfavorable por el hecho de que los padres no se hubieran casado.

La cuestión litigiosa tratada y resuelta, desde nuestro punto de vista de forma favorable, por la **STS de 2 de octubre de 2008**, I.L. J 1178, es la de dilucidar, a efectos de lucrar la pensión de viudedad en el porcentaje del 70%, cómo ha de llevarse a cabo el cómputo en la unidad familiar de hijos de padre biológico distinto al causante (artículo 215.2 de la LGSS y artículo 1 del RD 1465/2001, de 27 de diciembre), esto es, si las cargas familiares a tener en cuenta deben estar integradas solamente por los hijos habidos con el causante de la pensión de viudedad o si también deben incluirse los habidos con posterioridad, aunque viva el padre de éstos y esté obligado a prestar alimentos.

Son varios los argumentos para incluir a estos hijos: en primer lugar, que la unidad familiar la integran también los hijos privativos de uno de los cónyuges –si conviven con el solicitante–; en segundo lugar, los gastos que éstos originan repercuten en la economía de la unidad familiar; en tercer lugar, que esta interpretación es concorde con el concepto constitucional de familia y el principio de protección integral de los hijos; en suma, que realizando una interpretación sistemática y finalista, acorde con la realidad social, que además no está reñida con los términos literales utilizados en los preceptos cuestionados, no existe base para entender que de la “unidad familiar” prevista en el artículo 215.2 de la LGSS deban excluirse a los hijos privativos de uno de los cónyuges, tanto más, si integran la unidad de convivencia con el solicitante del subsidio. Concluye, como señala el informe del Ministerio Fiscal, que nos encontramos ante una pensión, que si bien está causada por el cónyuge fallecido, una vez reconocida pertenece al cónyuge superviviente, y por tanto los requisitos del artículo 1 del RD 1465/2001 deben ser exigidos al beneficiario y, respecto de éste, tan hijos son unos como otros –los tenidos con el causante como los posteriores–.

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

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Actas de liquidación. 3. Derecho administrativo sancionador. A) Procedimiento sancionador. a) Actuaciones previas de la Inspección de Trabajo. b) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. a) Infracciones laborales en materia prevención de riesgos laborales. b) Infracciones de las Empresas de Trabajo Temporal. c) Infracciones en materia de Seguridad Social. d) Actas de obstrucción.

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 Información Laboral-Jurisprudencia*, números 9, 10, 11 y 12 de 2009, así como algún otro que, procedente de las salas de lo contencioso de los TTSSJ, no ha sido objeto de publicación, al menos de momento. Precisamente, entre esos materiales no publicados, se encuentran dos de los pronunciamientos más llamativos del período analizado: se trata de las **SSTSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recursos 1236/2006 y 952/2006), en las que se aborda la conformidad a derecho de las órdenes de 31 de marzo de 2006, del Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, por las que, de un lado, se dictan instrucciones para la tramitación del expediente previo al de la declaración de la prohibición de contratar con las administraciones públicas a quienes hayan sido sancionados por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales y, de otro, se determina dar publicidad a las sanciones impuestas por infracciones graves y muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Pues bien, tales órdenes se impugnan por la administración general del Estado en atención a una eventual invasión de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación laboral y, como se verá más adelante, siguen distinta suerte, ya que mientras la primera se declara conforme a derecho, la segunda, en cambio, se declara contraria.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

No constituyen una novedad los pronunciamientos que, en relación con las actas de liquidación, recogen los criterios a tener en cuenta para proceder a su cuantificación a efectos de determinar la cuantía litigiosa de un asunto y determinar la procedencia del recurso de casación, sea ordinario o en unificación de doctrina; en este sentido, la **STS de 22 de diciembre de 2008**, Sala Tercera, I.L. J 1517, recuerda que cuando se trata de las cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración a estos efectos son las mensuales, no el total, pues éstas se liquidan mes a mes.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

a) Actuaciones previas de la Inspección de Trabajo

Algún pronunciamiento que otro dentro del período analizado incide en ciertas cuestiones relacionadas con la actuación inspectora que precede a la puesta en marcha del procedimiento administrativo sancionador; así sucede, en concreto, con la **STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2008**, (recurso 615/2006), en la que se reflexiona sobre el alcance de los artículos 7.5, 8.2 y 17 del RD 928/1998, al hilo de un supuesto en el que tras declararse la caducidad de un procedimiento sancionador, se incoa uno nuevo, levantándose una nueva acta de infracción que reproduce el acta inicial que había quedado ineficaz como consecuencia de la caducidad. Pues bien, la empresa sancionada niega que sea posible dicha actuación, por lo que al no ser conforme a derecho la segunda acta, el expediente estaría prescrito y no procedería la sanción; por el contrario, la Sala no encuentra impedimento jurídico alguno a dicha actuación:

“de una parte que el artículo 7.5 reseñado lo único que exige cuando se declara caducado un procedimiento que culmina mediante Resolución sancionadora, es el levantamiento de una nueva Acta de infracción, sin imponer necesaria e ineludiblemente la práctica de nuevas actuaciones de comprobación (exigencia esta última que sólo se impone por el artículo 8.2 cuando se declara la caducidad de las actuaciones inspectoras previas al Acta de infracción que, en consecuencia, concluyen sin que se dicte Resolución sancionadora, como es nuestro supuesto) y de otra parte que aun en el caso de la caducidad del primer supuesto, la anulación de las actuaciones administrativas que culminan en una Resolución sancionadora por la sola razón de la caducidad del procedimiento, lo único que supone es la invalidez de tales actuaciones y por tanto del Acta de infracción, pero no significa por esta única razón que los hechos recogidos en el Acta anulada sean inciertos o inexactos y que por tanto haya que proceder a realizar nuevas actuaciones tendentes a comprobarlos, cuestión esta de la certeza o inexactitud de tales hechos que dependerá de las circunstancias de cada caso, resulta que a falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión se mantiene la postura de la necesidad de la práctica de nuevas actuaciones de comprobación también en este supuesto”.

XI. Administración Laboral

Al respecto, la sala recuerda la tesis de que cuando se declara la nulidad de un procedimiento en el que ha recaído resolución sancionadora, los hechos pueden ser sancionados mediante la incoación de un nuevo procedimiento sancionador en el que, además de la práctica de una nueva acta de infracción, es precisa la práctica de nuevas actuaciones inspectoras con independencia de que los hechos constitutivos de la infracción hayan sido cuestionados o no por la parte afectada.

b) Procedimiento sancionador

Ya en el terreno del procedimiento sancionador en sentido estricto, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 221/2205), se detiene en la interpretación del artículo 20.3 del RD 928/1998, en concreto, en el punto relativo al *dies a quo* para el cómputo del plazo de seis meses que recoge dicho precepto y que determina la caducidad del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones. Al respecto, el TS tiene indicado que el inicio del cómputo tiene lugar con el levantamiento del acta y no en la fecha de la visita de la inspección de la que traiga causa si dicha visita fuera anterior; pues bien, lo que recuerda esta sentencia ahora es que en el supuesto de que el acta fuera levantada por un subinspector, el hecho de que se requiera un visado por parte del inspector no altera la indicada regla general, de manera que el *dies a quo* sigue siendo el día del levantamiento del acta y no el correspondiente al visado.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

Las actas de la Inspección de Trabajo gozan de una presunción de certeza sobre los hechos constatados por el inspector actuante siempre que reúnan los requisitos legales. Pues bien, sobre esta cuestión se detiene la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 1375, así como las **SSTSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2212/2005), **de Extremadura de 23 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 89/2008), y **de Andalucía (Málaga) de 29 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 498/2002), reiterando los criterios que, por conocidos, no se reproducen.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

De entrada, en el terreno de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, hay que aludir a la **STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1236/2006), en la que se analiza la conformidad a derecho de unas Órdenes de 31 de marzo de 2006, del Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco desde la perspectiva del reparto de competencias Estado-CCAA derivado del texto constitucional.

Pues bien, por lo que respecta a la primera Orden mencionada, en la que se dictan instrucciones para la tramitación del expediente previo al de la declaración de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas a quienes hayan sido sancionados por falta muy

grave en materia de prevención de riesgos laborales, la sentencia indicada salva su contenido y la considera ajustada a derecho. Y es que

“Teniendo en consideración que la prohibición de contratar a quienes han sido sancionados con carácter firme por infracción muy grave en materia de seguridad y salud en el trabajo de conformidad con lo previsto por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales, se halla contenida precisamente en el artículo 20.d) del texto refundido de la LCAP, y que es la propia LCAP en su artículo 21.3 y 4 y en el párrafo segundo del número 1 del artículo 19 quien contempla, con el carácter de normas básicas que les confiere su Disposición Final Primera, la tramitación de un expediente previo, y en la medida en que el desarrollo reglamentario de dicha ley llevado a cabo mediante el RD 1098/2001, de 12 de octubre con el carácter de norma básica que le atribuye la Disposición Final Tercera del TRLCP, no contiene previsiones expresas ordenadoras del procedimiento al haber de ajustarse dicho expediente previo, resulta natural concluir que una disposición que se limita a ordenar la tramitación de dicho expediente, sea comprendida sin esfuerzo alguno en el ámbito del desarrollo de tales preceptos.

En efecto, la orden recurrida tiene el limitado alcance procedimental que se deduce del texto anteriormente transcrito, y guarda una directa conexión con la normativa básica en materia de contratación a la que la Exposición de Motivos de la orden recurrida apela, sin añadir consecuencia jurídica material alguna a la posición jurídica de los infractores interesados en el procedimiento sancionador. Es por ello que dicha regulación resulta claramente incardinable en la materia de contratación administrativa, lo que obliga a desestimar el recurso interpuesto contra ella.”

Por lo que respecta a la segunda, de idéntica fecha que la anterior, en la que se determina dar publicidad a las sanciones impuestas por infracciones graves y muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, la solución brindada por la sentencia es distinta, algo que reitera la **STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 952/2006):

“La orden recurrida tiene una clara naturaleza normativa, sin que en modo alguno pueda ser comprendida como acto de ejecución de la legislación laboral, ni siquiera bajo la capa de una mera instrucción o circular. En primer lugar, porque formalmente reviste el ropaje jurídico formal de una disposición de carácter general y se siguió, aunque con escaso respeto, el procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general, puesto que para el dictado de una instrucción no resultaba exigible el informe del CRL ni el informe jurídico del Departamento de Hacienda y Administración Pública. Pero, fundamentalmente, porque materialmente pretende llenar el espacio de decisión que el artículo 40.2 LISOS atribuye al legislador de segundo grado ante su tardanza o demora en dar cumplimiento al mandato legislativo, decidiendo la forma y contenido, el tiempo y requisitos formales de dicha publicidad, optando por la firmeza en vía administrativa, amén de incluir, *ultra vires*, y, lo que es más grave, con infracción del principio de legalidad sancionadora (artículo 25 CE) la publicación de las sanciones graves que el artículo 40.2 LISOS no contempla.

XI. Administración Laboral

No tiene la naturaleza de una mera instrucción (artículo 21 LRJAP y PAC) dirigida a limitar el margen de discrecionalidad que pudiera asistir a los órganos jerárquicamente subordinados encargados de la imposición de sanciones en materia de riesgos laborales, y ello porque para que fuera así, la orden recurrida habría de ceñirse precisamente a reducir o agotar dicho margen de discrecionalidad, margen que en relación con la publicación de tales sanciones es inexistente puesto que su eficacia, salvo supuestos muy puntuales, no requiere sino su notificación al interesado.

Manifiestamente no es un acto aplicativo puesto que regula la cuestión innovando el ordenamiento jurídico aplicable, y lo hace con generalidad y abstracción, mediante una regulación que no guarda congruencia con el supuesto del artículo 60.1 LRJAP y PAC, y con pretensiones de aplicación indefinida en el tiempo a cuantos supuestos se produzcan, características esenciales de toda norma jurídica por oposición a los meros actos administrativos, de carácter concreto, y cuya eficacia se consume con su dictado.

En suma debe prosperar el recurso interpuesto, en la medida en que la orden recurrida vulnera el artículo 149.1.7ª CE, e infringe además el artículo 25 de la Constitución, y el artículo 40.2 LISOS.”

Otro grupo de sentencias en esta materia plantean la cuestión de la eventual vulneración del principio *non bis in idem* cuando unos mismos hechos en esta materia determinan que se exijan responsabilidades no sólo penales, sino también administrativas; al respecto, debe tenerse en cuenta que con carácter general no se puede hablar de la mencionada vulneración cuando la responsabilidad penal se sigue contra una persona física y la administrativa contra la empresa, pues faltaría la identidad subjetiva que requiere la aplicación del principio en cuestión. Este planteamiento subyace en la **STS de 15 de octubre de 2008**, Sala Tercera, I.L. J 1182, donde la responsabilidad penal se había seguido contra un sujeto que aparecía como trabajador autónomo, a quien luego se quería hacer pasar por administrador de hecho, y la administrativa contra la mercantil, si bien no entra en el fondo del asunto porque tratándose de un recurso de casación en unificación doctrina, la sentencia que se aportaba de contraste no era clara en punto a si las responsabilidades se imponían a un mismo sujeto o a dos distintos, como en la recurrida. Con todo, esta falta de identidad subjetiva no es obstáculo para apreciar la transgresión del principio constitucional cuando la persona física a quien se le imputan las responsabilidades penales ostenta la representación legal o la dirección de la empresa a la que se le imponen las responsabilidades administrativas, como señala la **STSJ de Murcia de 12 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 485/2005), recogiendo la jurisprudencia constitucional al respecto.

Algo más complejo, dentro de la misma temática, resulta ser el asunto resuelto por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 143/2008). Los hechos enjuiciados vienen referidos a una infracción administrativa en materia preventiva en el caso de una contratista: al haber sido sancionado en vía penal el gerente y administrador único de dicha empresa, por aplicación del *non bis in idem*, no se le exigieron responsabilidades administrativas a la misma; con todo, sí que se le exigieron tales responsabilidades a la empresa principal, por aplicación del artículo 42.3 LISOS que impone una responsabilidad solidaria en esta materia para estos casos de subcontratación. Pues bien, la empresa sancionada en vía administrativa niega que se le pueda exigir dicha responsabilidad

solidaria por un incumplimiento de la contratista cuando esta última no ha sido sancionada, pues por definición no resultaría posible, algo que niega la sentencia comentada:

“lo que establece el artículo 42.3 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, es la responsabilidad solidaria –de suerte que no depende una de la otra y sería posible que la Administración dirigiese el procedimiento contra cualquiera de los responsables– de la empresa principal con los contratistas y subcontratistas en el cumplimiento durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con los trabajadores que se indican, y en las condiciones que se señalan, previsión legal de la que cabe deducir, a los efectos que ahora importan, primero, que no es verdad que sea presupuesto de la responsabilidad de la empresa principal la responsabilidad administrativa de la subcontratada, y segundo, que también la principal viene obligada al cumplimiento de las obligaciones impuestas en relación con los trabajadores por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Así las cosas, y con este punto de partida, hay que concluir, uno, que escapa a toda lógica y sentido común que la empresa principal sólo haya de responder solidariamente si se declara la responsabilidad administrativa de la subcontratada pero no si lo que se declara es su responsabilidad penal, que es evidentemente mayor y que es lo que aconteció en el supuesto litigioso –repárese en que a tenor del artículo 3 del texto refundido antes citado la Administración sólo continúa el expediente administrativo si los hechos no han sido penalmente sancionados–, pues otra cosa favorecería injustificadamente al responsable solidario del infractor más grave (el sancionado penalmente) frente al que lo es del infractor menos grave (el sancionado administrativamente), y dos, que en cualquier caso, y de ello se hace eco la resolución sancionadora, la en su día actora también cometió la infracción grave que en esa resolución se consideró realizada, la del artículo 12.16.f) del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, pues como se ha apuntado el artículo 42.3 del mismo texto legal establece un vínculo de solidaridad entre las empresas que cita en orden al cumplimiento durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas en materia de prevención de riesgos laborales, de modo que la ahora apelada también es responsable, por ese vínculo, del incumplimiento de la normativa aplicable –determinante de un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores– en materia de medidas de protección colectiva o individual, lo que en el supuesto enjuiciado debe ponerse en conexión con el dato de que la caída del trabajador accidentado se produjo por una absoluta falta de medidas de seguridad en el desarrollo del trabajo que realizaba, acentuado en el caso por la innegable proximidad de la línea eléctrica aérea de alta tensión que sobrevolaba la valla publicitaria que se estaba desmontando (de la que, recuérdese, era titular la recurrente), incumpléndose de manera patente la reglamentación aplicable.

Tercero.–En conclusión, y a tenor de lo que ha sido expuesto, que en línea con lo manifestado por la Letrada de la Comunidad Autónoma puede resumirse que la responsabilidad solidaria no implica que no pudiendo ser sancionada en vía administrativa la contratista (por haber sido ya sancionada penalmente) decaiga la responsabilidad de la empresa principal y que en verdad aquélla supone que cuando concurren dos o más empresas –principal y subcontratas– prestando servicios laborales en el centro de trabajo de la pri-

XI. Administración Laboral

mera, todas ellas deben velar por el cumplimiento efectivo de la normativa de prevención de riesgos laborales (...).”.

Precisamente al hilo de la responsabilidad solidaria en materia preventiva prevista en el artículo 42.3 LISOS, y en relación con el tipo infractor recogido en el artículo 13.14 LISOS –se considera infracción muy grave la suscripción de pactos que pretendan eludir el sistema de responsabilidades establecidas en el artículo 42.3–, la **STSJ de Canarias, (Las Palmas) de 24 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 140/2006), confirma la sanción impuesta a una empresa principal por suscribir un pacto con la contratista de conformidad con el cual, sin negar que el acreedor pudiera dirigirse contra cualquiera de las empresas, facultaba a la principal para repetir contra la contratista las sanciones que se le pudieran imponer en materia preventiva por incumplimientos del contratista que desempeña labores en el centro de trabajo de la primera, quedando indemne la principal del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y coordinación en la materia de los que puede desatenderse, ya que la única empresa que termina pagando las sanciones, según indica la sentencia, es la subcontratista, que no sólo paga la suya por incumplimientos sino también la correspondiente al incumplimiento de sus deberes por parte de la principal.

En fin, no faltan pronunciamientos que proporcionan claves interpretativas sobre los concretos tipos infractores recogidos en la LISOS. Así, la **STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2008** (recurso 139/2006), al hilo del tipo recogido en el artículo 13.6 LISOS –superar los límites de exposición a agentes nocivos que originen daños para la salud sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes–, señala que el hecho de que las medidas correctoras se adopten con posterioridad al inicio de las actuaciones inspectoras no libra de responsabilidad a la empresa incumplidora. Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de septiembre de 2008** (recurso 498/2002), confirma la sanción impuesta a una empresa por el hecho de que la grúa móvil instalada con la que operaba un trabajador no cumpliera las disposiciones reglamentarias previstas para este tipo de equipo de trabajo, en particular, las relativas a los requisitos y condiciones de las comprobaciones de los mismos; el hecho de que el accidente de trabajo determinante de la actuación inspectora fuese ajeno a este equipo no elimina que se pueda entender cometida la infracción prevista en el artículo 12.16.b) LISOS –incumplimiento de las normas preventivas que cree riesgo grave para la integridad física o salud del trabajador especialmente en materia de diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos–.

b) Infracciones de las Empresas de Trabajo Temporal

El período analizado no sólo proporciona pronunciamientos relevantes sobre infracciones en materia preventiva, sino también en otras distintas, como las relacionadas con las ETT. Así, la **STS de 2 de diciembre de 2008**, Sala Tercera, I.L. J 1443, confirma la sanción impuesta a una ETT por incumplir la prohibición de puesta a disposición de trabajadores para la realización de trabajos especialmente peligrosos, a los que se refieren el RD 1627/1997 y el RD 216/1999, algo que aparece tipificado como infracción muy grave en el artículo 18.3.b) LISOS; en concreto, se trataba de la contratación de un peón para tareas de limpieza de obra y movimiento de materiales, siempre a nivel de suelo; pues bien, el hecho de desempeñar las labores a nivel de suelo no excluye el riesgo de sepultamiento, por lo que se entiende procedente la apreciación de la infracción señalada. Un razonamiento similar sigue la **STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2008** (recurso 126/2006), para confirmar la sanción impuesta a otra ETT que

cede un trabajador como mozo de almacén a una empresa que realizaba unas obras determinadas, pues el riesgo de sepultamiento existía incluso en ese puesto de trabajo.

c) Infracciones en materia de Seguridad Social

Un pronunciamiento que ciertamente llama la atención por las razones que luego se indicarán es la STSJ de Extremadura de 9 de mayo de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 1381, en la que se confirma la sanción de suspensión de la prestación por desempleo por un período de tres meses a un perceptor de ésta por el hecho de rechazar una oferta de empleo adecuada bajo pretexto de padecer enfermedad: la conducta se reconduce al artículo 25.3 –no comunicar bajas en las prestaciones cuando se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho– y 25.4.a) LISOS –rechazo de oferta de empleo adecuada–. Al respecto, se indica que las dolencias que aquejan al perceptor, que generan una ineptitud para el trabajo, determinan que no esté justificado seguir percibiendo prestación por desempleo, sino en su caso el paso a una incapacidad temporal, razonamiento que no deja de resultar un tanto sorprendente por riguroso, teniendo en cuenta las consecuencias de estar en una situación u otra.

d) Actas de obstrucción

En fin, la crónica se cierra con dos sentencias que confirman las sanciones impuestas a dos empresas con motivo del levantamiento de actas de obstrucción, en ambos casos derivadas de la negativa a identificar a supuestos trabajadores presentes en el centro de trabajo; se trata de las SSTSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2212/2005), y de 24 de octubre de 2008 (recurso 750/2006).

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Litigios relativos a contratos administrativos denominados de “consultoría y asistencia técnica”. B) Acuerdo entre empresa, un sindicato y su sección sindical en la empresa. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Contrato de mandato. B) Cese en la condición de socio cooperativista por liquidación de la sociedad cooperativa. C) Expediente de regulación de empleo. Carácter discriminatorio de las previsiones en materia de prejubilación. **4. Conciliación extrajudicial. Presentación de la papeleta de conciliación en órgano administrativo distinto del de conciliación. 5. Demanda. Modificación sustancial. 6. Acumulación. Autos. Indefensión por falta de citación. 7. Excepciones.** A) Prescripción. B) Caducidad. C) Cosa juzgada. D) Litispendencia. E) Falta de legitimación activa. F) Inadecuación de procedimiento. G) Falta de acción. **8. Práctica de la prueba.** A) Carga de la prueba. B) Denegación de prueba. C) Prueba lícita. No existe vulneración del derecho a la intimidad. D) Prueba testifical. La falta de citación no conlleva la nulidad de actuaciones. **9. Sentencia.** A) Motivación. B) Incongruencia. a) Inexistencia. b) Existencia. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación. B) Exención. C) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. **11. Recurso de suplicación.** A) Consignación defectuosa de la condena. Defecto subsanable. B) Acceso al recurso. a) Cuantía litigiosa. b) Afectación general. C) Modificación de hechos probados. D) Infracción de la normativa. No cabe invocar principios generales del derecho. E) Cuestión nueva. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Inadmisión por razón de la cuantía. B) Escrito de preparación. Inexistencia de núcleo básico de contradicción. C) Escrito de interposición. Necesidad de estudio comparativo de las sentencias. D) Imposibilidad de revisar hechos probados. E) Sentencia de contraste. Requisitos. F) Falta de contradicción. **13. Recurso de casación. Modificación de hechos probados. 14. Recurso de revisión.** A) Caducidad de la acción. Fijación del *dies a quo*. B) Documentos a efectos revisorios. **15. Ejecución de sentencia. Ejecución provisional. Mejoras de la Seguridad Social.**

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 9 al 12 (ambos inclusive) del año 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. Se destaca por su importancia la **STS de 3 de noviembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1250, dictada en materia de limitación del devengo de salarios de tramitación por reconocimiento de la improcedencia del despido. El TS declara que la conciliación a la que se refiere el artículo 56.2 ET es la judicial (y no la conciliación previa ante el órgano administrativo), por lo que a tales efectos el empresario podrá reconocer la improcedencia del despido, depositar las cantidades legalmente previstas y comunicar todo ello al trabajador hasta la fecha de esa conciliación judicial.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Litigios relativos a contratos administrativos denominados de “consultoría y asistencia técnica”

En su **STS de 14 de octubre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1235, el Alto Tribunal reitera su previa doctrina sobre la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de los litigios derivados de aquellos contratos temporales formalmente suscritos por las Administraciones Públicas para la realización de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales, pero que encubren la prestación de una actividad. En este punto, el TS insiste en que la previsión de la normativa reguladora de la contratación administrativa que permite la celebración de aquellos contratos, tiene por objeto la prestación de trabajos específicos y concretos entendidos como un producto delimitado de la actividad humana y no la actividad en sí misma (lo que en definitiva permite identificarlos con los que tradicionalmente se han denominado contratos de arrendamiento de obra). Por tanto, cuando el contrato tiene por objeto la realización de una actividad no encaminada a la obtención de un resultado concreto (servicios docentes, en el caso en cuestión) no puede predicarse la naturaleza administrativa del contrato, por carecer tal prestación de soporte en la normativa reguladora de la contratación pública, lo que determina la competencia del orden social para el conocimiento de los litigios derivados de aquél.

B) Acuerdo entre la empresa, un sindicato y su sección sindical en la empresa

Frente a la naturaleza privada esgrimida por la empresa demandada, la **STS de 14 de octubre de 2008**, Sala de lo Social, I.L. J 1395, afirma la naturaleza laboral del acuerdo alcanzado entre una empresa y un determinado sindicato y su sección sindical en la empresa, al regular cuestiones tales como garantías sindicales y mejoras en las condiciones de empleo, que al dotarle de una indudable dimensión colectiva lo incardina en la rama social del Derecho, lo que determina la competencia del orden social.

XII. El Proceso Laboral

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Contrato de mandato

La STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008, I.L. J 1140, declara la incompetencia del orden social para conocer de la acción planteada por el demandante, ante la terminación del contrato de mandato en que ostentaba la condición de mandatario. El TSJ incide en la ausencia de la nota de subordinación o dependencia característica del contrato de trabajo, en un supuesto en el que el mandatario realizaba tareas de recaudación para el mandante, utilizando incluso sus locales para determinadas tareas administrativas, pero sin sujeción a horario, y con facultades para buscar un sustituto o ayudante. Por otra parte, y frente a la pretensión de declaración de nulidad de actuaciones, el TSJ recuerda que, en virtud del artículo 9.6. LOPJ, no es necesario dar audiencia al Ministerio Fiscal cuando la falta de jurisdicción del orden social ha sido alegada por la parte demandada.

B) Cese en la condición de socio cooperativista por liquidación de la sociedad cooperativa

Ante la demanda de despido planteada por quien vio extinguida su condición de socio de una cooperativa por liquidación de ésta, la STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1451, declara la incompetencia del orden social para conocer de este tipo de litigios. Partiendo de que, efectivamente, dicho orden tiene atribuido el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las sociedades cooperativas y sus socios trabajadores, el TSJ pone especial cuidado en especificar que dicha atribución competencial se extiende únicamente a las materias propias del vínculo sociolaboral, entre las que pueden incluirse la percepción de anticipos laborales y retornos, situaciones de suspensión y excedencia, impugnación de sanciones y ceses en la condición de trabajador, si bien, no puede asimilarse a estos últimos supuestos el del objeto del litigio, en el que la pérdida de la condición de socio deriva de la decisión de liquidación de la cooperativa, lo que no tiene una incidencia directa en la condición de trabajador, sino en la de socio. Por ello, es el orden civil el competente.

C) Expediente de regulación de empleo. Carácter discriminatorio de las previsiones en materia de prejubilación

Siguiendo la doctrina del TS al respecto, la STSJ de La Rioja de 1 de septiembre de 2008, I.L. J 1347, declara la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión indemnizatoria de un trabajador afectado por un ERE, basada en el carácter discriminatorio de las previsiones en materia de prejubilación contenidas en el acuerdo alcanzado en su seno (que para diferentes colectivos establecía modalidades de prejubilación voluntarias u obligatorias en función de su edad y carrera de cotización a la Seguridad Social). Según el razonamiento del TSJ tal pretensión supone en realidad la impugnación del contenido de la resolución administrativa que aprobó el ERE, lo que determina la competencia del orden contencioso-administrativo.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. PRESENTACIÓN DE LA PAPELETA DE CONCILIACIÓN EN ÓRGANO ADMINISTRATIVO DISTINTO DEL DE CONCILIACIÓN

La STSJ de Extremadura de 7 de julio de 2008, I.L. J 1290, conoce del supuesto de un demandante que presentó la papeleta de conciliación por despido en el registro de un órgano admi-

nistrativo distinto del de conciliación; dicho órgano receptor envió la papeleta al órgano de conciliación en fecha posterior, siendo ésta la tenida en cuenta por el Juzgado de lo Social para la suspensión del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, lo que condujo a la desestimación de la demanda en la instancia por caducidad de la acción. Frente a dicho posicionamiento, la Sala de duplicación, recordando la previa doctrina del TS al respecto, admite la validez de la presentación de la papeleta de conciliación en el registro de cualquier órgano administrativo de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.4. de la Ley 30/1992, siempre que el escrito se dirija efectivamente al órgano de conciliación, dando así plena eficacia a la fecha de presentación de la papeleta en aquel registro a efectos de la suspensión del cómputo del plazo de caducidad, por lo que estima el recurso.

5. DEMANDA. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

La STSJ de Extremadura de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1591, declara procedente un despido, pese a que el trabajador fue representante de los trabajadores durante el año anterior al cese y no se siguió el expediente contradictorio. El TSJ argumenta que “(...) tanto en la solicitud de conciliación como originariamente en la demanda, nada se hacía constar sobre la posible condición del demandante que determinara la necesidad de expediente contradictorio previo (...)”, por lo que se reprocha al actor que no hiciera constar ese hecho en la conciliación, al ser de gran trascendencia para enjuiciar el despido.

6. ACUMULACIÓN. AUTOS. INDEFENSIÓN POR FALTA DE CITACIÓN

Ante la interposición de dos demandas de reclamación de cantidad por un trabajador contra la misma empresa, se generaron dos autos ante el mismo juzgado, que fijó dos señalamientos en fechas distintas. Tras ello, el juzgado acordó de oficio la acumulación de ambos procedimientos y lo notificó a las partes, pero no señaló fecha para el juicio de los autos acumulados, sino que dejó en pie los dos señalamientos acordados antes de la acumulación. La empresa no compareció al acto del juicio del primero de los señalamientos fijado antes de la acumulación, y el juzgado la tuvo por no comparecida y la condenó dictando sentencia *in voce*. El recurso ante esta sentencia ha sido resuelto por la STSJ de Baleares de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1366, que declara la nulidad de lo actuado desde el momento inmediatamente posterior al auto de acumulación, al considerar que se produjo indefensión a la demandada por utilizar su ausencia para tenerla por confesa.

7. EXCEPCIONES

A) Prescripción

La STS de 2 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1116, aclara en materia de recargo de prestaciones de Seguridad Social que “(...) la suspensión del procedimiento administrativo por seguirse causa penal tiene efectos interruptivos sobre el plazo de prescripción para imponer el recargo (...)”. Por su parte, la STS de 3 de noviembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1252, desestima la alegación de prescripción en una demanda contra el FOGASA para el cobro de

XII. El Proceso Laboral

cantidades devengadas contra una empresa que fue declarada en situación de quiebra voluntaria. El TS establece que la tramitación del procedimiento concursal suspende el cómputo de la prescripción de las acciones. En el ámbito de las infracciones laborales, la **STSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2008**, I.L. J 1343, se ha pronunciado fijando el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción de las infracciones cometidas por el trabajador en el momento en el que el empresario tiene conocimiento de los hechos. Y, en este sentido, no puede tenerse en cuenta que un encargado hubiera tenido conocimiento en una fecha anterior, porque es sólo un empleado, no el empresario con facultad disciplinaria.

B) Caducidad

La **STS de 6 de octubre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1219, resuelve un recurso de revisión interpuesto por una empresa condenada en un proceso de despido al abono de la correspondiente indemnización más los salarios de tramitación. La empresa imputó al trabajador maquinación fraudulenta por la ocultación y no presentación del nuevo contrato de trabajo suscrito con otra empresa. El TS considera que la acción de revisión alegada es extemporánea —y por tanto, ha caducado— por haberse planteado fuera del plazo de tres meses, considerando que el *dies a quo* debió ser la fecha en que se registró el contrato de trabajo con la nueva empresa ante el INEM. De otro lado, la **STS de 26 de septiembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1093, reitera la doctrina sobre los días inhábiles a efectos de computar el plazo de caducidad de 20 días hábiles de la acción de despido, confirmando que deben considerarse inhábiles los sábados, domingos, festivos y los días 24 y 31 de diciembre. Por su parte, la **STSJ de Extremadura de 7 de julio de 2008**, I.L. J 1290, recuerda que, si bien los escritos pueden presentarse ante los registros de cualquier órgano administrativo, debe tenerse en cuenta que la suspensión de la caducidad se extiende como máximo 15 días hábiles desde la fecha de presentación de la solicitud de conciliación, entendiéndose por tal no la fecha en que por una vía administrativa indirecta el documento llega al verdadero servicio de conciliación, sino cuando ésta es depositada en el registro de ese otro órgano administrativo elegido. En un supuesto de despido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2008**, I.L. J 1471, desestima la excepción de caducidad: el *dies a quo* a considerar debió ser el de la segunda notificación realizada al trabajador, por cuanto la primera fue ineficaz. La **STS de 22 de diciembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1541, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido. El TS fundamenta tal decisión en que el trabajador presentó la demanda judicial en plazo y, posteriormente y a requerimiento del juzgado, presentó la papeleta de conciliación fuera del plazo de 20 días hábiles; razona el Tribunal que lo esencial a efectos de caducidad es la presentación en plazo de la demanda judicial.

C) Cosa juzgada

La **STSJ de La Rioja de 10 de julio de 2008**, I.L. J 1489, desestima la excepción de cosa juzgada en un supuesto de reclamación de cantidad de una gratificación establecida en el convenio colectivo por pasar a situación pasiva desde una situación de prejubilación. El TSJ entiende que la pretensión de este proceso se fundamenta en el paso de la demandante a la situación de jubilación, mientras que en el proceso anterior —cuya pretensión fue desestimada— la pretensión se amparaba en que la trabajadora pasaba de estar en activo a estar prejubilada.

D) Litispendencia

La STSJ de Navarra de 10 de marzo de 2008, I.L. J 1370, desestima la excepción procesal de litispendencia. Argumenta el TSJ que no es posible entender que entre el proceso de conflicto colectivo anterior interpuesto por la empresa y el proceso de tutela de libertad sindical actual seguido a instancias de los empleados concurren con la necesaria exactitud e intensidad las tres identidades de personas, cosas, acciones o causa de pedir: la demanda de conflicto colectivo estaba encaminada a obtener por parte de la empresa demandante la declaración de ilegalidad de la huelga, mientras que en el presente caso la demanda planteada por los trabajadores se dirige a obtener la nulidad radical de las conductas del empresario, requiriéndole el cese inmediato del comportamiento antisindical.

E) Falta de legitimación activa

La STS de 30 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1195, estima la falta de legitimación activa del comité de empresa de un centro de trabajo, tanto para promover la demanda de conflicto colectivo cuyo resultado podría afectar a trabajadores de otros centros de trabajo distintos, como para obtener información relativa a otros centros de trabajo que no han participado en su elección. El TS razona que el ámbito en el que actúa un comité de empresa que promueve el proceso de conflicto colectivo ha de coincidir con el ámbito del conflicto y, consecuentemente, con el ámbito de afectación de la sentencia que le ponga término. A estos efectos, no se considera relevante que los restantes centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria.

F) Inadecuación de procedimiento

La STS de 14 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1208, declara que el hecho de que se haya dictado una sentencia desestimatoria de la demanda, por inadecuación de procedimiento, no supone que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante originándole indefensión. El TS aclara que cuando la sentencia que desestima una demanda, con fundamento en la excepción de inadecuación de procedimiento, se halla razonada y fundada, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues este derecho no exige una sentencia de fondo cuando se aprecia un incumplimiento de las exigencias procesales establecidas en la legislación aplicable, tal como reiteradamente viene proclamando el TC. Por su parte, la STS de 23 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1155, establece que el procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por un sindicato es el adecuado para conocer de una reclamación de derecho al incremento salarial previsto en el Convenio General de la Industria Química, para los trabajadores pertenecientes a los colectivos de agentes comerciales y marketing, al existir grupo genérico de trabajadores e interés general.

G) Falta de acción

La STSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2008, I.L. J 1338, estima la existencia de falta de acción en un proceso de despido, dado que los letrados de la actora, debidamente apoderados, habían aceptado la oferta de la empresa.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Carga de la prueba

La **STC 125/2008, de 20 de octubre** (recurso de amparo 2899/2006), I.L. J 1203, analiza el amparo solicitado por una trabajadora que alega vulneración de su derecho a la indemnidad, pues fue despedida tras haber interpuesto demanda por la que impugnaba una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Razona el TC sobre la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba: al existir grandes dificultades probatorias para que el trabajador acredite la vulneración de un derecho fundamental, la prueba indiciaria a la que viene obligado tiene la finalidad de evitar que no se declare la lesión de tal derecho ante la imposibilidad de probar el verdadero móvil del empresario. Sin embargo, esa prueba indiciaria no queda cubierta con la mera alegación de la vulneración, sino que recae sobre el trabajador la carga de poner de manifiesto el motivo oculto de la empresa para permitir deducir la posibilidad de que se ha producido la lesión. Sólo cubierto este inexcusable presupuesto, corresponderá al empresario la carga de probar que los motivos de su decisión son reales, de entidad suficiente y absolutamente extraños a la vulneración pretendida. En el caso enjuiciado, entiende el TC que como quiera que del relato fáctico de las sentencias recaídas en el proceso resultan hechos suficientes para considerar evidenciada una posible represalia del trabajador, debe concluirse que, trasladada la carga de la prueba a la empresa, ésta no acreditó hechos que permitan despejar toda sospecha de la represalia invocada. La **STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2008**, I.L. J 1314, se pronuncia en idéntico sentido e, igualmente, en un supuesto de vulneración de la garantía de indemnidad (despido por represalia). Reitera la **STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2008**, I.L. J 1283, la doctrina unánime sobre la carga de la prueba de la realización de horas extraordinarias: corresponde a la parte que las alega acreditar la prestación de servicios tras la jornada ordinaria y en días festivos, día a día y hora a hora. De otro lado, los requisitos para desplazar al empresario el *onus probandi* son también analizados en la **STS de 3 de noviembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1413, en un supuesto en el que se alegan indicios de discriminación, por razón de afiliación sindical, en la afectación de empleados a un expediente de regulación de empleo (el número más elevado de afectados por el ERE estaban afiliados a un concreto sindicato –al que pertenecía el demandante–). En este supuesto se tienen por acreditados dos datos indiciarios de vulneración del derecho a la libertad sindical –el desequilibrio en la afectación de los empleados al ERE– y, por ello, siendo obligada la inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la doctrina de TC, se concluye la ausencia total de prueba alguna por parte de la empresa, a quien correspondía justificar suficientemente la medida adoptada.

B) Denegación de prueba

“(…) El derecho al acceso y a la práctica de la prueba no es ilimitado, como tampoco es una obligación de inexcusable cumplimiento el que, interesada la práctica de la prueba pericial del médico forense al amparo del artículo 93.2 de la LPL, el Magistrado de instancia haya de acordarla (…)”. Éste es el razonamiento que lleva a la **STSJ de Extremadura de 3 de julio de 2008**, I.L. J 1464, a desestimar la suplicación fundamentada en quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento, al no existir indefensión de la parte.

C) Prueba lícita. No existe vulneración del derecho a la intimidad

La STSJ de Murcia de 3 de julio de 2008, I.L. J 1431, declara que el acceso por parte de la empresa demandada al ordenador puesto a disposición del trabajador no vulnera su intimidad; por ello, el documento al que se obtuvo acceso, mediante dicho control empresarial, es una prueba procesal lícitamente obtenida a los efectos de acreditar los hechos que motivaron su despido disciplinario. La sentencia razona sobre el poder de dirección y control de la actividad laboral por parte del empresario (artículo 20 ET) y si este control vulnera o no el derecho fundamental a la intimidad, al amparo de los tres requisitos establecidos por el TC: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si es necesaria –no existe otra más moderada para lograr el propósito empresarial– (juicio de necesidad), y si es ponderada –de ella se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los bienes o valores en conflicto– (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Y en este supuesto, se declara por el TSJ que la medida adoptada por el empresario al amparo del artículo 20 ET cumple esos tres requisitos: (i) el examen del ordenador se produce con el fin de constatar la realidad de las sospechas que se tenían (que el trabajador estaba realizando concurrencia desleal); (ii) el control limitado del ordenador era el idóneo para comprobar si se estaba incurriendo en ese incumplimiento; (iii) tal medida resultaba necesaria para constatar el perjuicio para la empresa –contactos con clientes para inducirles a trabajar con la competencia–, y (iv) la medida revestía caracteres de proporcionalidad, pues el control se limitó a acceder al contenido de un correo electrónico remitido al actor por otro trabajador de la empresa (sobre el que recaían iguales sospechas), por lo que se trataba de comunicaciones entre trabajadores de las que no era razonable presumir un cierto grado de intimidad. A juicio de la STSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1530, es lícita la prueba videográfica realizada por un detective. Éste siguió a la trabajadora despedida con el objetivo de constatar que estaba trabajando durante una situación de IT. Con apoyo en la STS de 19 de julio de 1989, la sentencia argumenta que, a la vista de todos los matices del caso, la investigación ordenada no fue caprichosa ni tenía el objetivo de satisfacer la mera curiosidad del empresario, máxime cuando ésta se centró en hechos relevantes de la conducta infractora de la actora. Entiende por tanto el TSJ que se cumplieron por la empresa los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos por la doctrina constitucional, sin que quepa oponer la propia dignidad o intimidad personal del trabajador. Considera igualmente la STSJ de Galicia de 21 de octubre de 2008, I.L. J 1531, que cumple el triple rasero de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecido por el TC, la medida consistente en grabar las conversaciones de una teleoperadora que prestaba servicios para una empresa de *telemarketing*, grabaciones que fundamentaron su despido disciplinario. Tras sistematizar la doctrina constitucional en la materia, la sentencia declara que estas grabaciones eran necesarias para conocer si las ofertas que se hacían a los clientes eran adecuadas y veraces, habiéndose además acreditado que no se grababan conversaciones personales sino sólo profesionales y que los empleados eran conocedores de este sistema de control. Por ello, se concluye que no existió vulneración del derecho fundamental alegado por la recurrente.

D) Prueba testifical. La falta de citación no conlleva la nulidad de actuaciones

No causa indefensión a la empresa, ni por tanto es susceptible de provocar la nulidad de actuaciones, la falta de citación judicial del testigo propuesto por aquélla en quien concurría

XII. El Proceso Laboral

la condición de trabajador. Así lo ha considerado la **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008**, I.L. J 1528. Razona esta sentencia que, al ser la nulidad de la sentencia un remedio último y excepcional por “(...) la conmovición procedimental que representa (...)” no toda irregularidad procesal infringe un derecho fundamental [en este caso el de tutela judicial efectiva], por lo que se precisa revisar la conducta procesal de quien alega tal vulneración; y en este caso, como el testigo propuesto era un trabajador de la empresa proponente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 82.2 LPL, ese testigo debía ser traído por la propia parte, al tener la empresa disposición sobre el testigo para llevarle a la vista oral. Con apoyo en la doctrina constitucional, la **STSJ de Extremadura de 30 de octubre de 2008**, I.L. J 1349, resuelve que no es procedente declarar la nulidad de actuaciones por la mera falta de citación de una serie de testigos propuestos por la recurrente en la instancia. A estos efectos, el TSJ recuerda que la declaración de nulidad de actuaciones por esta causa requiere que el recurrente acredite si la testifical propuesta era decisiva en términos de defensa, debiendo razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y dicha prueba, así como argumentar de modo convincente que la resolución de la instancia podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia.

9. SENTENCIA

A) Motivación

“(…) El derecho a la motivación de las sentencias no autoriza a exigir su razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión planteada, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión, sin que exista, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (...)”.

Con este razonamiento, la **STSJ de Navarra de 14 de marzo de 2008**, I.L. J 1369, desestima la alegación de falta de motivación de la sentencia recurrida, y entiende que ésta valoró y se pronunció de forma suficiente sobre un determinado incidente recogido en la carta del despido impugnado, como causa de éste.

B) Incongruencia

a) Inexistencia

En una reclamación sobre ilicitud de horas extraordinarias, los actores solicitaban que la empresa demandada fuera condenada a cesar en sus órdenes de realizar tales horas y a indemnizar a cada uno de ellos en una determinada cantidad por daños morales. El Juzgado *a quo* estimó parcialmente la demanda: no accede a la primera de las pretensiones, pero acoge la segunda aunque reduce la cantidad indemnizatoria. Se alza la empresa en suplicación alegando, entre otras cuestiones, la nulidad de la sentencia por incongruencia *extra petitum*, porque desestimada la primera pretensión no cabe que se condene por daños morales. La **STSJ de Canarias (Las**

Palmas) de 11 de julio de 2008, I.L. J 1142, desestima el motivo fundamentado en la citada incongruencia, ya que la sentencia se pronunció en plenitud y de forma razonada sobre las dos pretensiones, adecuando por tanto su pronunciamiento a lo que se le solicitaba, incluida su razón de ser. También desestima la existencia de incongruencia la **STS de 24 de septiembre de 2008**, Sala de lo Social, I.L. J 1156, en un proceso de impugnación de un pacto colectivo por nulidad de algunos de sus apartados. Mientras que la parte recurrente entiende que la sentencia recurrida omite toda mención a una de las alegaciones puesta de manifiesto en la demanda, el TS declara que se da respuesta a todos los pedimentos, así como se razona extensamente el contenido del fallo en sus fundamentos de derecho, por lo que no puede en modo alguno predicarse la existencia de incongruencia. Desestima igualmente la pretensión de incongruencia la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de junio de 2008**, I.L. J 1274. La parte actora pretendía la nulidad de un despido que ya fue reconocido como improcedente por la empresa. Como quiera que en la instancia se declara la improcedencia de ese despido, la parte actora entiende que, al no haber solicitado dicha calificación, sino exclusivamente la de nulidad, la sentencia es incongruente por conceder algo distinto a lo pedido. El TSJ, con fundamento, entre otras, en la STS de 23 de marzo de 2005, declara que “(...) es congruente la sentencia que declara improcedente un despido cuando se había pedido únicamente su nulidad (...) la calificación del mismo [despido] no depende de lo que la parte diga o pida sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir (...) de conformidad con las distintas previsiones que se contienen en el artículo 55 ET, correspondiendo dicha calificación al órgano jurisdiccional (...)”. Resulta de interés en esta materia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2008**, I.L. J 1470. En ella se describen los cuatro tipos de incongruencia que ha analizado la doctrina jurisprudencial, y se desestima la pretensión de incongruencia de la sentencia de instancia planteada por el recurrente porque resuelve expresamente todas las cuestiones suscitadas y no incurre, por tanto, en ninguno de estos tipos: (1) Incongruencia interna (se aprecia clara contradicción entre los fundamentos de derecho y el fallo); (2) incongruencia *ultra petitum* (se concede más de lo pedido por el demandante); (3) incongruencia *extra petitum* (se resuelven cuestiones distintas y ajenas a lo solicitado, generándose vulneración al derecho de defensa contradictorio), y (4) incongruencia omisiva (no se resuelve sobre alguna de las cuestiones suscitadas por las partes, sin que además pueda deducirse que ese silencio es una desestimación tácita de la cuestión por inducirse del conjunto del resto de los razonamientos de la sentencia).

b) Existencia

La **STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2008**, I.L. J 1286, estima la nulidad de la sentencia de instancia por no haberse pronunciado sobre las alegaciones de la demandada (el INSS) contra la introducción de hechos nuevos en el acto de juicio por parte de la demandante. Se analiza un litigio en materia de incapacidad permanente, en el que la parte actora modificó en el acto de juicio su profesión habitual e invocó unas nuevas dolencias que no constaban en el expediente administrativo. Contra ello, la Entidad Gestora alegó indefensión, tanto en la fase de alegaciones como en la de conclusiones. El absoluto silencio que al respecto guarda el Juzgador *a quo* constituye a juicio del TSJ un claro vicio de incongruencia omisiva, al no resolverse todas las cuestiones planteadas en el litigio.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Limitación

En la STS de 3 de noviembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1250, se analizan los requisitos para que la comunicación del reconocimiento de improcedencia del despido limite el devengo de los salarios de tramitación hasta la fecha del depósito en el Juzgado de lo Social. El TS (con cita de anteriores sentencias de la Sala –SSTS de 30 de mayo de 2006 y 18 de septiembre de 2007–) declara que la comunicación al trabajador efectuada por el Juzgado de lo Social a instancias de la empresa depositante tiene plena eficacia a los efectos analizados. Igualmente y a los mismos efectos, el TS establece que dicho reconocimiento de improcedencia y la correspondiente comunicación al trabajador habrán de realizarse desde la fecha del despido hasta la de la conciliación, y entiende que el término “conciliación” previsto en el último inciso del artículo 56.2 ET se refiere a la conciliación judicial. Se apoya esta conclusión en la interpretación gramatical, histórica y finalística del ET: al referirse la norma únicamente a conciliación –sin adjetivo–, y no específicamente, como en otros artículos sí hace, a la conciliación previa, sólo cabe concluir que aquélla es la judicial; igualmente, el TS considera que al haber suprimido el legislador en la Ley 45/2002 el adjetivo “previa” que figuraba en la redacción proporcionada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se patentiza que la nueva intención legislativa fue que la conciliación no fuera la administrativa, sino la judicial; finalmente, y amparándose en una interpretación teleológica de la norma, la sentencia expresa literalmente que “(...) Tampoco es desdeñable atender al componente teleológico de la norma en sus dos versiones, pues en tanto que la debida a la Ley 11/1994, obedeció –según mayoritaria doctrina– tanto a la finalidad de favorecer la conciliación extrajudicial cuanto de corregir el abuso de injustificadas oposiciones a la conciliación que prolongasen los salarios de trámite, el objetivo de la reforma de la Ley 25/2002, fue claramente la de reducir el coste que para el empresario comportan los despidos improcedentes, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, finalidad esta que es innegablemente alcanzable hasta la fecha en que tiene lugar el acto de conciliación judicial, de manera que limitar temporalmente tal posibilidad (...) supone una interpretación restrictiva que no solamente es opuesta a la literalidad del precepto (apoyada en los antecedentes históricos), sino que es contraria al fin perseguido por la norma (...)”.

B) Exención

La STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2008, I.L. J 1445, con cita de la STS de 16 de octubre de 2006, declara que en el plazo de 48 horas establecido para depositar judicialmente el importe de la indemnización no pueden computar los sábados ni los domingos, al ser éstos días inhábiles a efectos procesales y ser procesal el plazo referido. A juicio del TSJ sería absurdo entender que el empresario no pueda lograr la exención del pago de estos salarios, por el hecho de no poder realizar la consignación en un día en el que precisamente no están abiertas las dependencias del órgano judicial. Cuando, una vez reconocida la improcedencia del despido, el abono de la indemnización se realiza en metálico directamente al trabajador, y con aceptación de éste que ingresa esa cantidad en su patrimonio sin protesta alguna y firma el finiquito, queda liberado el empresario de abonar salarios de tramitación, aun cuando no haya procedido al depósito judicial al que se refiere el artículo 56.2 ET. Ésta es la conclusión

que alcanza la STS de 12 de diciembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1568, con cita expresa de la STS de la misma Sala de 22 de enero de 2008.

C) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

La STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2008, I.L. J 1282, declara que la empresa cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 56.2 ET para que no se devenguen los salarios de tramitación, y ello por lo siguiente: no sólo la diferencia entre la cuantía de la indemnización depositada y la realmente procedente suponía un porcentaje poco significativo, sino que además dicha diferencia debe considerarse un mero error excusable al no poder deducirse que respondiera a una maniobra fraudulenta o de mala fe de la empresa depositante. En este caso, el salario establecido en las nóminas no incluía las percepciones por unas supuestas dietas, cuya naturaleza se discute, pues de haber obedecido éstas a desplazamientos no serían salario y, en tal caso, la indemnización depositada sería de cuantía superior a la procedente.

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Consignación defectuosa de la condena. Defecto subsanable

La STS de 3 de noviembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1259, declara que, en el caso de condena por despido improcedente, la falta de consignación de la indemnización, cuando se optó por la readmisión y se consignaron los salarios de tramitación, no constituye causa de inadmisión del recurso de suplicación. La condena es única, aunque comprende diversos conceptos (indemnización y salarios de trámite), de forma que si bien el incumplimiento total de la obligación de consignar determina la imposibilidad de acceder al recurso, un cumplimiento defectuoso o parcial da lugar a la apertura del trámite de subsanación. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de noviembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1537.

B) Acceso al recurso

a) Cuantía litigiosa

Cuando se reclama el reconocimiento de un derecho, el acceso a la suplicación y a la unificación de doctrina está condicionado por el valor económico de lo pedido, que ha de superar la cuantía de 1.803 euros, siendo indiferente que el actor deduzca demanda declarativa autónoma, que reclame sólo la cifra dineraria a que tal derecho se traduce o que aúne ambas acciones. Así lo declara la STS de 15 de diciembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1569. En procedimientos en materia de Seguridad Social, la STS de 30 de diciembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1607, distingue entre (i) los casos en que la prestación ya ha sido concedida y se plantean cuestiones que incidan en el importe de la misma, sin determinar la cuantía de lo reclamado, en los que habrá de atenderse al importe anual de las diferencias como si de una reclamación de cantidad en forma de prestación periódica se tratase, y (ii) aquéllos en que sí se hace constar el importe de lo reclamado o se facilitan datos que permiten su cálculo, en los que habrá de estarse a dicho importe y aplicar la regla de valoración del artículo 189.1 LPL.

b) Afectación general

Según la STS de 7 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1117, el requisito de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y de las características intrínsecas de la cuestión sujeta a debate, por lo que es necesario un conflicto generalizado sobre los derechos de todos o un gran número de los trabajadores frente a su empresa, que debe tener una plantilla suficientemente extensa. No es necesario, sin embargo, la existencia de un gran número de procesos judiciales, pues el conflicto existe aunque éstos no se haya iniciado. La STS de 7 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1177, destaca que no es necesaria la previa alegación ni la prueba de la afectación general cuando (i) la misma es notoria (apreciada razonadamente por el Juez o Tribunal) ni (ii) cuando la controversia posea claramente un contenido general no puesto en duda por las partes.

c) Modificación de hechos probados

La STSJ de Navarra de 2 de abril de 2008, I.L. J 1141, recuerda que la modificación de hechos probados implica una cuestión trascendente para la solución del litigio, con proposición de una redacción alternativa basada en un documento auténtico o pericial obrante en autos que, de forma clara e incuestionable, ponga de manifiesto el error del juzgador sin necesidad de acudir a hipótesis o conjeturas. El Juez de instancia (principio de inmediación procesal) es quien debe apreciar los elementos de convicción para establecer la veracidad procesal valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada. Por su parte, la STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2008, I.L. J 1283, manifiesta que las declaraciones de testigos (aunque consten en el acta del juicio) son un medio inhábil para acreditar el error del juzgador de instancia y modificar los hechos probados. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de septiembre de 2008, I.L. J 1324, que insiste en que la modificación de hechos probados sólo puede pretenderse mediante prueba documental y pericial. La STSJ de Extremadura de 9 de mayo de 2008, I.L. J 1378, declara que corresponde a la parte invocante del error razonar de forma adecuada por qué los documentos citados denotan la manifiesta equivocación del juzgador que se denuncia en el recurso.

D) Infracción de la normativa. No cabe invocar principios generales del derecho

La STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de septiembre de 2008, I.L. J 1322, declara que los principios generales del derecho alegados por el recurrente, relativos a la seguridad jurídica y el enriquecimiento injusto, no pueden ser indicados como infringidos en suplicación, dado que éstos no son normas sustantivas. Sin embargo, sí podría invocarse la infracción de la jurisprudencia que interpreta tales principios.

E) Cuestión nueva

No puede prosperar la alegación de cuestiones nuevas ajenas a la instancia, de las que la parte contraria no tuvo ocasión de defenderse ni de aportar medios de prueba apropiados para combatirlas. Así lo ha entendido la STSJ de Extremadura de 17 de julio de 2008, I.L. J 1487.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Inadmisión por razón de la cuantía

La STS de 22 de diciembre de 2008, Sala Tercera, I.L. J 1517, recuerda que para acceder a la casación contencioso-administrativa por razón de la cuantía, tratándose de débitos a la Seguridad Social, deben tenerse en cuenta el importe de las cuotas que se autoliquidan e ingresan por el obligado mes a mes. Por tanto, es inadmisibile el recurso si ninguna de esas cuotas mensuales supera la cuantía mínima para el acceso al recurso (18.030,36 euros), aunque la cuantía total de las cuotas sí la supere.

B) Escrito de preparación. Inexistencia de núcleo básico de contradicción

La STS de 7 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1172, declara que el escrito de preparación ha de citar la sentencia o sentencias con las que la contradicción se produce y exponer el núcleo básico de dicha contradicción, consistente en la determinación del sentido y objeto de la divergencia entre las resoluciones comparadas, sin que baste un escueto relato carente de dicha concreción.

C) Escrito de interposición. Necesidad de estudio comparativo de las sentencias

La STS de 1 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1114, establece que el escrito de interposición debe contener un estudio comparativo y preciso de las dos sentencias comparadas para demostrar que coinciden hechos, fundamentos y pretensiones de las partes para conocer si existe contradicción entre las resoluciones.

D) Imposibilidad de revisar hechos probados

La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina impide la revisión de los hechos probados y la alteración de la conclusión sobre los hechos a la que llegó el juez a quo, al valorar la prueba. Así lo recuerda la STS de 25 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1105.

E) Sentencia de contraste. Requisitos

La STS de 21 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1216, desestima el recurso declarando que la sentencia que se designa como contradictoria ha de ser firme antes de la publicación de la sentencia recurrida. La STS de 23 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1245, dispone que el requisito de firmeza responde a una finalidad de seguridad jurídica y de economía procesal: si la sentencia no es firme, la doctrina que contiene es susceptible de rectificación o anulación en sede de recurso. Sin embargo, en este supuesto concreto se declara la validez de la sentencia de contraste, pues fue sustituida por un acuerdo transaccional, lo que no impli-

XII. El Proceso Laboral

ca ni anulación ni casación del contenido doctrinal de la misma. Por último, la **STS de 6 de noviembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1416, establece que no es válida, como contradictoria, una sentencia del TS, si no entra a resolver el fondo del asunto, ya que carecen de virtualidad las consideraciones que este tipo de sentencias hacen *obiter dicta*.

F) Falta de contradicción

La **STS de 25 de septiembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1100, en un supuesto sobre el valor liberatorio del finiquito en un despido disciplinario, declara la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, pues analizan distintos supuestos de extinción contractual (disciplinario en la recurrida y objetivo por causas económicas en la de contraste) y determina que la imposibilidad de negociar la indemnización sólo es predicable del despido objetivo y no del disciplinario. La **STS de 29 de septiembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1108, aprecia igualmente falta de contradicción en un supuesto en que se discute la naturaleza del procedimiento seguido para la reclamación de la diferencia de indemnización percibida por despido objetivo y la relativa a un despido disciplinario. En el caso de contraste no existe discrepancia sobre la calificación del despido ni respecto de la cuantía indemnizatoria, sino que el litigio surge de la falta de abono de la indemnización reconocida y adeudada, por lo que debe seguirse el procedimiento ordinario; sin embargo, en la sentencia recurrida la cantidad no es pacífica por existir discrepancia en la calificación del despido, y es en consecuencia necesario que la reclamación se efectúe mediante el procedimiento por despido.

13. RECURSO DE CASACIÓN. MODIFICACIÓN DE HECHOS PROBADOS

La **STS de 5 de noviembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1404, recuerda los requisitos procesales necesarios para la modificación de hechos probados: fijación concreta de los hechos que han de adicionarse, modificarse o suprimirse, sin inclusión de normas de derecho o su exégesis; cita concreta de la prueba documental o pericial que por sí sola demuestre el error del juzgador; proposición de la nueva redacción, y su influencia en la variación del pronunciamiento judicial.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Caducidad de la acción. Fijación del *dies a quo*

La **STS de 6 de octubre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1219, dispone que la acción de revisión se encuentra sujeta a un plazo de caducidad de 3 meses, y al recurrente corresponde indicar la oportunidad del recurso y la fijación clara del *dies a quo*, lo que se deberá acreditar con prueba concluyente. Dice literalmente la sentencia que "(...) La determinación del momento en que se descubre el fraude, como el día inicial para el cómputo de su plazo, no puede quedar al arbitrio de una de las partes (...)". Por su parte, la **STS de 9 de octubre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1240, declara que sólo son revisables las sentencias firmes, por lo que el *dies a quo* es aquel en que se produce dicha firmeza. En este caso concreto, la firmeza (y por tanto el *dies a quo*) se produce con la notificación del auto del TS que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de duplicación.

B) Documentos a efectos revisorios

La STS de 9 de octubre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1240, declara que el proceso de revisión, de naturaleza extraordinaria y excepcional, exige una interpretación respecto de la aparición de nuevos documentos decisivos. Se han de cumplir los siguientes requisitos: (i) que se trate de documentos existentes en el momento de dictarse la sentencia cuya revisión se pretende; (ii) que no se hubiera podido disponer de ellos por fuerza mayor u obra de la parte favorecida por el fallo, y (iii) que sean decisivos para el signo del pronunciamiento.

15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. EJECUCIÓN PROVISIONAL. MEJORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2008, I.L. J 1377, en un supuesto sobre devolución del complemento de mejora de pensión de incapacidad, abonado en ejecución provisional de sentencia durante la tramitación del recurso de suplicación y ulterior de casación, declara la obligación de abonar la prestación durante la tramitación del recurso sin que el beneficiario esté obligado a devolver tales cantidades en caso de revocación (total o parcial) de la sentencia, pues estas mejoras se equiparan a las prestaciones que vienen a mejorar y se les aplica la misma regulación.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

DAVID MARTÍNEZ SALDAÑA

IKER RAMÓN PRIOR GARCÍA

SANTIAGO PULIDO CUESTA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario

Consideración preliminar. 1. Recargo de prestaciones. A) Incumplimiento de velar por el uso efectivo de las medidas de seguridad. B) Imprudencia del trabajador. C) Alcance del recargo. D) Empresario responsable: responsabilidad solidaria. E) Ausencia de responsabilidad del empresario principal. F) Ausencia de responsabilidad del empresario: accidente de circulación. **2. Expediente administrativo del recargo.** A) Falta de audiencia. B) Prescripción. C) Caducidad.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1087 a 1632), correspondientes a los meses de diciembre de 2008, enero, febrero y marzo de 2009, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

Destaca el tema relativo a la responsabilidad del empresario ante el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo y el estudio de la concurrencia de los elementos configuradores del recargo de prestaciones que son cuestiones ya habituales en la aplicación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. También se repiten las decisiones judiciales que tratan de buscar al empresario infractor en supuestos de contratas y subcontratas y, finalmente, son de relativa importancia los temas relacionados con la tramitación del expediente administrativo del recargo y de la aplicación del concreto porcentaje.

1. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Incumplimiento de velar por el uso efectivo de las medidas de seguridad

La STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de septiembre de 2008, I.L. J 1324, contempla el supuesto en que un trabajador, a pesar de tener las instrucciones concretas, desconoce que tuviera que revisar los accesorios del equipo de elevación y colocar los pestillos de seguridad. La citada Sentencia aplica la doctrina aplicativa del artículo 14 LPRL proclamada por el Tribunal Supremo, en base a la cual “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, en relación con el artículo 17.1 LPRL que establece la obliga-

ción empresarial de adoptar las medidas oportunas a fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse de forma que se garantice la seguridad y salud de los trabajadores,

Por otro lado, se cita en la misma decisión judicial el artículo 15.4 LPRL por el cual el empresario, incluso, debe prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador, convirtiéndose el deber de protección del empresario en incondicionado y prácticamente ilimitado, como así lo recuerda la STS de 8 de octubre de 2001 (recurso 4403/2000). A la vista de esta fundamentación jurídica, concluye la Sentencia comentada que

“el empresario no puede desplazar el cumplimiento de su deber de seguridad al trabajador, por más que éste también asuma obligaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo (artículo 29 LPRL), de forma que, aunque este último asuma sus obligaciones no por ello el empresario queda exonerado del deber de seguridad que le imponen las leyes, debiendo incluso asumir y corregir el incumplimiento del trabajador, salvo evidentemente la imprudencia temeraria del trabajador que constituye el límite de su deber de previsión”.

De esta manera la deuda de seguridad no queda satisfecha con la formación del trabajador, con la comunicación de las instrucciones, facilitación de herramientas y equipos de trabajo y con la formación del trabajador, sino que

“su responsabilidad llega a la vigilancia y comprobación de que la formación es efectiva y que las instrucciones particulares se cumplen y que los equipos de trabajo se utilizan correctamente”.

En parecido sentido la **STSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2008**, I.L. J 1332, aborda el mismo incumplimiento de medidas de seguridad por parte del empresario al caer la cabecera del vertedero en el que el siniestro se produjo de un resalte o murete de seguridad que sirviera eficazmente para llamar la atención al conductor del jumper sobre la necesidad de detener el vehículo para su descarga, no sólo porque así lo exige la norma específica (RD 485/1997, de 14 de abril) sino por el artículo 14 LPRL.

Igualmente la **STSJ de Andalucía de 16 de abril de 2008**, I.L. J 1525, aborda el caso de la falta del deber de seguridad por parte del empresario al desplazarse el trabajador por un techado sin cinturón de seguridad ni protección personal. Dicho trabajador, incluso siendo maquinista, en el cumplimiento de las órdenes emanadas por la dirección de la empresa realizó otras funciones diferentes sin que se adoptaran las medidas de seguridad correspondientes, como era el cinturón de seguridad y la pasarela o punto de sujeción para enganchar, lo que constituye una infracción de las medidas de seguridad con el nexo causal exigido en el artículo 123 LGSS.

B) Imprudencia del trabajador

Es más, aunque concurra imprudencia por parte del trabajador, ésta no desvirtúa la responsabilidad del empresario. Así, lo declara la **STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2008**, I.L. J 1526, en un caso en que se constata un derrumbe del pilar que se estaba hormigoneando

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

por causa de un deficiente aplomado o por defecto de acuñamiento del mismo en la base del pilar, a consecuencia del cual arrastra en su caída la plataforma en la que se encontraba el trabajador accidentado, cierto también que como consecuencia del incorrecto enroscado de la manguera del vibrador en el castillete, que previamente se había introducido en el interior del cofre del pilar por parte del accidentado. Estos hechos revelan la existencia de una duplicidad de causas generadoras del accidente. La Sentencia aplica tajantemente el artículo 15 LPRL sin que el comportamiento del trabajador desvirtúe la responsabilidad del empresario al carecer de entidad suficiente para alterar la imputación de la infracción a la empresa.

Concluye la Sentencia aduciendo que

“el empleador es el que está obligado a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo siendo de resaltar que la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas precisan prever la distracción o imprudencia que pudiera cometer el trabajador”.

Al incluirse en el artículo 15 LPRL dentro del deber preventivo empresarial las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador es obligado –para la exclusión del recargo– determinar: a) Si se trata de imprudencias con dinámica exclusiva en la producción del siniestro, es decir, que el siniestro ocurra por intervención exclusiva de la imprudencia del trabajador y b) que esa imprudencia no sea ordinariamente previsible desde la óptica de una correcta política de prevención. Sólo si ocurren ambas circunstancias –el acto imprudente y la inexistencia de omisión preventiva– se podría entender roto el nexo de causalidad a los efectos del recargo.

Ciertamente, los requisitos que determinan la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo son: a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siempre es posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando que se violen normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empresario; b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador, y c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado. Desde esta perspectiva, aduce la **STSJ de Valencia de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1150, que el deber de protección contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

Y aclara que

“no quiere decir ello que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.

C) Alcance del recargo

La **STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 2008**, I.L. J 1373, estudia la aplicación del alcance del artículo 123 LGSS partiendo de que ha habido infracción de la empresa de una norma de

seguridad y nexo causal entre la conducta de la empleadora y el siniestro, así como participación de culpa del trabajador accidentado, hechos no discutidos en el proceso. Se discute, en definitiva, el alcance de la responsabilidad empresarial respecto al daño causado que en este caso fue la muerte del trabajador accidentado que incumpliendo la norma contenida en el Plan de Seguridad de mantenerse fuera de la zona de desprendimientos no lo hizo. La empresa posteriormente aumentó las medidas de seguridad ya que no estaba delimitada la zona de desprendimientos donde ocurrió el accidente.

Aduce la Sentencia citada que para que pueda apreciarse la procedencia del recargo en las prestaciones derivadas de un accidente de trabajo es necesario que quede constancia de que esta contingencia se ha producido, que se haya incumplido una concreta medida de seguridad, higiene o salud laboral o de aquellas que aconsejen la lógica más elemental, y que se aprecie un nexo causal entre el incumplimiento y el resultado lesivo generado. A continuación, aprecia la Sentencia la participación de culpa del trabajador accidentado y se reduce del 50% al 30% el recargo de prestaciones, ya que

“la actitud (del trabajador) tiene que ser calificada, cuando menos, de negligente e incidente en la causación del siniestro, y por consiguiente, determinante de una responsabilidad en el mismo que, aunque no elimina la del empresario, que incluso ha de prever las posibles imprudencias del trabajador, concurre con ella. Tanto la actuación del empresario como la del trabajador han sido causas necesarias del accidente producido, de tal modo que la ausencia de cualquiera de ellas lo hubiera evitado, y siendo ello así es correcto que se aminore la cuantía del recargo en las prestaciones”.

En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2008, I.L. J 1138, analiza el principio de proporcionalidad “entre la culpabilidad o falta de previsión del encargado de velar por la seguridad de los trabajadores y la conducta del trabajador para a modo de concurrencia de culpas aminorar las consecuencias económicas del evento lesivo”.

D) Empresario responsable: responsabilidad solidaria

En la STS de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1270, se sienta doctrina unificada sobre el alcance de la responsabilidad por recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad y salud en relación con una empresa principal que no se dedica a la misma actividad que la contratista, si bien el accidente de trabajo ocurrió en un centro de trabajo de la empresa principal, cual era un Centro Regional de Menores de la Junta de Castilla y León. Así, se declara en primer lugar que

“el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene es lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que presten servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

Por otro lado, con cita de los artículos 24.3 LPRL y 42.3 RDL 5/2000 en relación con el artículo 123 LGSS se analiza, sin discutirse la distinta actividad de la empresa principal y contratista y la falta de medidas de seguridad, la extensión de la responsabilidad a la empresa principal, ya que los trabajadores de la contratista prestaban sus servicios en un centro de trabajo de la principal, y eso es lo decisivo que, con cita de la STS de 18 de abril de 1992,

“el trabajo se desarrolle bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de este trabajo repercutan en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias, muchas entre estas tres partes que en ella se encuadran”.

Y así, declara la **STS de 7 de octubre de 2008**, I.L. J 1270, que ahora se analiza, que

“es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado”.

También se observa en la **STSJ de Extremadura de 6 de mayo de 2008**, I.L. J 1123, la responsabilidad solidaria de la empresa principal, promotora, sin dedicación a la misma actividad de construcción que la contratista, porque en la búsqueda del empresario infractor se trata no de una extensión *in peius* de la imputación de responsabilidad a supuestos no subsumibles en el artículo 123.2 LGSS, sino una mera interpretación teleológica de la expresión “empresario infractor” como ya manifestó la STC 81/1995, de 5 de junio.

La citada sentencia declara que

“aunque fuese distinta la actividad de la empresa promotora y de la contratista, si bien no se daría el supuesto del artículo 42 LET ello no es óbice para el recargo de prestaciones de Seguridad Social, máxime cuando el fundamento del artículo 24.3 LPRL es la protección de la vida y la integridad física del trabajador”.

En efecto.

“Lo relevante es que la vida e integridad física del trabajador sea protegida, por lo que debería ser indiferente que la actividad contratada fuese propia o ajena, pues a efectos del recargo el elemento decisivo es la idea de empresario infractor y que el accidente se produzca en la esfera de responsabilidad de la empresa principal. Por ello, como ocurre con el requisito de la propia actividad, la delimitación del concepto de centro de trabajo (que la contrata se desarrolle en el centro de trabajo de la empresa principal), el otro requisito necesario para que se dé el deber de vigilancia y la correspondiente responsabilidad, no se ha vinculado al del artículo 1.5º LET, sino que se entiende como el lugar en que el trabajador presta sus servicios o lugar de trabajo, de acuerdo a las normas internacionales y comunitarias que inspiran la LPRL”.

La misma argumentación se obtiene en la **STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 2008**, I.L. J 1136, en un supuesto de una contrata entre empresa principal y contratista dedicadas ambas a la actividad de la construcción en el que

“ambas incurren en responsabilidad pues una y otra son conocedoras de la infracción de normas de seguridad en el trabajo (...) y en la omisión de las medidas de seguridad son copartícipes las dos”.

Partiendo del artículo 24.3 LPRL se declara que

“al imponerse la misión de vigilar a quien es propietario de la obra, éste responde solidariamente con aquel contratista o subcontratista del que depende el trabajador lesionado, por falta de medidas de seguridad (...), porque cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso, que esta actuación sea la causa determinante del accidente laboral (...); en estos casos el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 123 LGSS”.

Esta misma doctrina es seguida por la **STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2008**, I.L. J 1148, donde se precisa qué se entiende como lugar de trabajo a efectos de participación de las dos empresas, el cual no debe ser entendido como lo establece el artículo 1.5 LET, sino que el lugar donde se realice el trabajo por la contratista

“no es absolutamente ajeno a la empresa principal, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información y control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario”.

E) Ausencia de responsabilidad del empresario principal

No es obligación de la empresa principal “la exigencia de un control máximo y continuado” sobre todas y cada una de las actuaciones de la empresa contratista, como en el caso de la **STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2008**, I.L. J 1138, donde, tras declararse que en la obligación de coordinación de actividades empresariales contenida en el artículo 24 LPRL, los criterios de “propia actividad” y “centro de trabajo” son válidos y extensibles, la culpabilidad del empresario como base del procedimiento sancionador, no puede extenderse a quien es del todo ajeno a la actuación productora del evento. Por ello, en el caso estudiado, “la exigencia de diligencia debe hacerse en términos razonables”, ya que lo causante del accidente fue la rotura de un tubo que soportaba la palometa que era plataforma en la que se situaba el trabajador y no era obligación de la empresa principal el análisis del estado de ésta, ni de todas aquellas otras plataformas o soportes que han de ser examinadas por la contratista”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

F) Ausencia de responsabilidad del empresario: accidente de circulación

La apreciación de la responsabilidad civil del empresario por falta de medidas de seguridad exige acreditar que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora debe acreditarse que medió relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de quedar ciertamente probado, pues no se presume.

En la STSJ de Navarra de 14 de julio de 2008, I.L. J 1358, se estudia la imputación al empresario acerca del accidente producido a un trabajador en una furgoneta que revienta la rueda trasera izquierda de la misma tras llevar a cabo el empresario las oportunas transformaciones para su adaptación a vehículo mixto de carga y transporte de personas sin cumplir las disposiciones reglamentarias al efecto en especial el panel de separación de la carga. Pero, tras acreditar la empresa la transformación de la furgoneta con arreglo a las disposiciones reglamentarias, se observa que el accidente se produjo como consecuencia fortuita del reventón de la rueda y el exceso de velocidad del trabajador así como la inobservancia de llevar el cinturón de seguridad.

Así las cosas

“se trata de un suceso acaecido fuera del ámbito de la organización y dirección del empresario, cuya prevención está más allá de la diligencia exigible al prudente empleador y a la deuda de seguridad de los trabajadores, atendidas las circunstancias concurrentes”.

A mayor abundamiento, declara la Sentencia comentada que

“las imputaciones de falta de medidas de seguridad resultan excesivamente genéricas y faltas de la necesaria tipicidad de toda norma sancionatoria, siendo responsabilidad administrativa el control del cumplimiento de las condiciones técnicas de circulación del vehículo, y admitida la autorización preceptiva (artículo 11 RD 2822/1998, modificado por RD 711/2006) parece no se puede imputar genéricamente al empresario el incumplimiento de medidas que son propias de la ITV y no de seguridad del empresario, que están fuera de su propio ámbito de organización empresarial”.

2. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DEL RECARGO

A) Falta de audiencia

Se declara en la STS de 11 de diciembre de 2008, I.L. J 1556, que en el expediente administrativo por recargo de prestaciones la falta de audiencia a que se refiere el artículo 62.1 LRJPAC es un simple defecto de forma que sólo determinaría la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar el fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, siendo lo cierto que dicha omisión de ese trámite de audiencia no ha impedido alcanzar su fin ni tampoco ha producido indefensión ya que la empresa recurrente tuvo conocimiento de la iniciación del expediente y del acta de infracción y de la incoación del expediente de recargo de prestaciones de cuya solicitud dio “traslado”.

B) Prescripción

Desde la perspectiva de la naturaleza mixta del recargo de prestaciones y en su faceta de indemnización adicional satisfecha en forma de prestación atípica –pues no cabe el desplazamiento de la responsabilidad de la empresa a la aseguradora–, declara la **STS de 2 de octubre de 2008**, I.L. J 1116, que la imposición del recargo se halla sometida a las previsiones del artículo 43.3 LGSS, precepto relativo al reconocimiento de las prestaciones, y conforme al cual, en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite (...). Y, es más, ante cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho (los beneficiarios) y restrictivo de la prescripción, ya que al ser la prescripción extintiva una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho objetivo, ella debe ser objeto de tratamiento cautelar y aplicación restrictiva. Así, la suspensión del procedimiento administrativo por seguirse causa penal tiene efectos interruptivos sobre el plazo de prescripción para imponer el recargo.

C) Caducidad

La Entidad Gestora dispone del plazo de 135 días para resolver el expediente administrativo de reconocimiento del recargo de prestaciones en cumplimiento del artículo 14 de la OM de 18 de enero 1996 de desarrollo del RD 1300/1995. Si en este plazo no se dictase resolución alguna –continúa el párrafo primero del citado precepto– se entenderá la desestimación de la solicitud, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el artículo 71 TRLPL. Pero, como así entiende la **STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 2008**, I.L. J 1136, de este tenor literal no se desprende que el efecto de la no resolución en ese plazo sea la caducidad del expediente. La razón es que

“la relación jurídica del recargo de prestaciones establecida en el artículo 123 LGSS es una relación triangular en la que, de una parte, se halla la Entidad Gestora de la Seguridad Social como Administración y, de otra, el empresario afectado, opuesto al trabajador beneficiario del importe del recargo, y la inactividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador que ninguna intervención tuvo en el expediente”.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

GAVIN WEIGHTMAN

Los revolucionarios industriales. La creación del mundo moderno, 1776-1914

[Editorial Ariel, Barcelona, 2008]

MAUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Al profesor ALONSO OLEA le hubiera gustado leer este libro y lo citaría con agrado dentro de lo que llamó “la formidable bibliografía” sobre la Revolución Industrial y que con tanto profusión enumeró y comentó en su *Introducción al Derecho del Trabajo* (Civitas, 6ª ed., 2002).

Los revolucionarios industriales integra los decisivos inventos del S. XIX con la personalidad de los promotores del uso de aquellas nuevas tecnologías. Ese hilo conductor de la indagación pone de relieve que en la Revolución Industrial tuvo tanta importancia la tecnología alcanzada como la forma de aplicarla para terminar con el uso masivo y apabullante que de ella se hizo.

Estudiar la Revolución Industrial siempre ha suscitado las preguntas de por qué en Gran Bretaña y por qué a finales del siglo XVIII. Libros como éste ayudan a contestar estas preguntas que se enmarcan en cuestiones nunca bien resueltas sobre la cronología, la interacción de factores y los hechos sociales y culturales subyacentes en la Revolución Industrial. Las contestaciones (o las nuevas preguntas que surgen) se ven favorecidas y dirigidas con solvencia al estudiar qué empresariado y con qué organización se construyeron esos lugares de trabajo que

hemos denominado “fábricas”. La necesidad de estos estudios ha sido una constante demanda y la puso de manifiesto hará ya más de treinta años un estudioso del fenómeno industrial tan sólido como A. THOMPSON (*The Dynamics of the Industrial Revolution*, ed. Arnold, Londres, 1975; traducción española en ed. Oikos-tau, Barcelona, 1976, págs. 166 y siguientes)¹.

La necesidad de estos estudios nace de buscar la contestación a la más elemental pregunta, pero no la más sencilla, de qué es un industrial. Son artífices de un nuevo capitalismo que rompe con el capitalismo comercial y centra sus esfuerzos en la producción de bienes industriales. Su fuerza no radica sólo en el uso de los nuevos inventos o de las nuevas técnicas; su empuje surge de su capacidad de organizar desde el suministro de las materia prima hasta el resultado final del proceso productivo. Ellos forman parte esencial del conjunto de fenómenos que dieron lugar a la Revolución Industrial, la que dice F. BRAUDEL, es producto “a la vez de una serie de acontecimientos vivos y de un proceso evidentemente lento. Un juego sobre los dos registros a la vez” (*Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV-XVIII Siècle. Le temps du monde*, Tomo 3, ed. A. Colin, Paris, 1979, págs. 465 y 516). Sobre el pivote de la organización, que para su primer teórico, SAINT-SIMON, es el camino común entre el interés particular y el interés general o la búsqueda del interés social a través de la división del interés individual, se construye la Revolución Industrial de tal manera que la capacidad organizativa es el lazo que une progresos de diversos tipos y sectores y

(1) Sobre el necesario mestizaje entre economía e historia véanse los fundamentos y el método de la historia económica en C. M. CIPOLLA, *Entre la Historia y la Economía. Introducción a la historia económica*, ed. Crítica, Barcelona, 1991 y destacar para España la importante y pionera obra de G. TORTELLA CASARES, *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, industria y ferrocarriles en el siglo XIX*, Madrid, Tecnos, 1973.

los empuja, apoyándose unos en los otros hasta dar como resultado “el sistema industrial” que es tarea de propietarios-empresarios que organizan el trabajo industrial.

Los revolucionarios industriales está dividido en veintinueve capítulos que plantean, con habilidad expositiva y correcta redacción, fenómenos lo más amplios posible de esa “pequeña historia de la ciencia y la tecnología”. Tiene páginas sin desperdicios: las que se refieren al espionaje industrial entre franceses e ingleses o a las ganas de averiguar qué hacían en Occidente cinco ingenieros japoneses a la búsqueda de los secretos de la tecnología occidental. En mi opinión, son tres los puntos más sobresalientes del libro: a) la odisea del nacimiento y desarrollo de las máquinas de vapor y cómo controlar y aplicar esa nueva fuerza, en particular, su pionera aplicación en el transporte por ferrocarril; b) la fundición del hierro (Escocia) con carbón de coque (combustible fósil) en lugar de carbón vegetal (Francia) y, después, la revolucionaria producción de aceros con el método Bessemer y, c), la larga y épica tarea de la industrialización en los EEUU.

Es bien conocida la afirmación de C. MARX (*El capital*, FCE, TI, pág. 369) de que la Revolución Industrial fue la revolución de la recolección del algodón que tuvo lugar en EEUU (aumento de la demanda de esclavos porque la desgranadora de algodón de Whitey permitía plantar algodón en cada vez mayores extensiones de tierra) y de cómo esa materia prima alimentó a la industria textil inglesa, corazón mismo de su Revolución Industrial. Menos conocido es, sin embargo, la importancia en la industrialización americana de un número reducido, pero altamente formado, de inmigrantes europeos (artesanos, ingenieros); la importancia de las relaciones entre Inglaterra y su ex colonia; o la importancia de la madera como llamativa anomalía en el nacimiento de la industria americana: el crecimiento de la potencia industrial dependió no del carbón sino de la madera como combustible de

sus máquinas de vapor y como elemento constructivo de primer orden.

Los capítulos del libro no son largos y todos entretenidos y llenos de anécdotas que van desde la dieta alimenticia de los ingleses constructores del primer ferrocarril francés, Paris-Rouen (*les hommes rosblifs*) hasta las demandas y contrademandas que rodearon a Morse, su telégrafo eléctrico y su código.

Los capítulos ya más cercanos a los años finales del siglo XIX y primeros del XX son también interesantes; los pioneros del petróleo, la construcción del “caballo de vapor”; la construcción de neumáticos para los automóviles y las primeras electrificaciones. La llegada del acero y del petróleo supone una segunda Revolución Industrial que acaece, y así lo señala el autor, hacia el último tercio del siglo XIX, donde ya Gran Bretaña ha dejado de llevar la primacía de la innovación y explotación de las nuevas tecnologías que ostentó desde la mitad del siglo XVIII. No olvida el autor que la industrialización no sólo produjo riqueza sino que daba poder. El epílogo deja abiertas preguntas de enorme importancia sobre los mecanismos económicos y sociales que dieron lugar al progreso industrial: la política de alianzas entre las grandes potencias, la política proteccionista americana o las claves de la industrialización japonesa son ejemplos de esos interrogantes.

Todo el libro descansa, además, en referencia a los avances de la física y de la química, pero siempre unidos a esos personajes, geniales y brillantes o sólo constantes y emprendedores, que lograron, ni más ni menos, que transformar la sociedad en la que vivieron y sin la que no entenderíamos la nuestra. En suma, un libro recomendable para todos los que tengan curiosidad histórica y para todos los que deseen renovar las preguntas acerca del origen del Derecho del Trabajo, que nació para regular el trabajo asalariado indisolublemente unido a la Revolución Industrial.

J.F. MARTÍNEZ SEPTIEN

La jubilación. régimen jurídico y procedimiento para su cálculo

[Lex Nova, 6ª ed., Valladolid, abril 2009, 430 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su sexta edición, realiza un profundo estudio, teórico y práctico, que recoge las últimas modificaciones formativas referidas al cálculo de las pensiones de jubilación.

Esta incuestionable obra se estructura en doce capítulos que parten de un primer acercamiento a los aspectos más generales —exención de tasas fiscales, prescripción, incompatibilidades existentes con otras prestaciones o con la actividad laboral, etc.—, para posteriormente ir abordando las cuestiones de fondo del régimen jurídico en cuestión, es decir, requisitos generales de acceso, hecho causante (con especial atención a las situaciones de alta, asimilada al alta y de no alta), edad, período previo de cotización, base reguladora y porcentajes aplicables en función de los años cotizados.

A continuación, la monografía recoge el concreto y pormenorizado examen tanto de las distintas jubilaciones de carácter especial —en función de la situación de alta y dependiendo de circunstancias concretas de edad, pluriactividad o parcialidad en la jubilación— como de las relativas a los trabajadores encuadrados en los diferentes Regímenes, aparte del General, de la Seguridad Social (agrarios, por cuenta propia o autónomos, del mar y empleados de hogar).

No menos destacables son los tres últimos capítulos que abordan el análisis de la figura del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), el dedicado al procedimiento y jurisdicción (alegaciones, presentación,

plazos, resolución, reclamaciones y revisiones), que incluye formularios y modelos de solicitud y, por último, el capítulo en el que se exponen las consecuencias y efectos derivados del desempeño de trabajos por parte del beneficiario.

Así mismo, el autor, José Fernando MARTÍNEZ SEPTIEN, funcionario de la Seguridad Social y profesor de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Valladolid, ha querido acompañar cada capítulo por una serie de ejemplos y ejercicios prácticos para la mejor comprensión por el lector, así como de la más reciente doctrina judicial.

Finalmente, la obra incluye un apéndice con legislación que sirve de cierre a la monografía y un práctico CD-ROM que permite calcular la pensión de jubilación de los trabajadores adscritos al Régimen General de la Seguridad Social y asimilados.

En definitiva, el hecho de que nos encontremos ante una sexta edición pone de relieve la óptima aceptación disfrutada por la obra, constituyendo, por tanto, un práctico instrumento para el estudio de la pensión de jubilación, ya que proporciona al interesado en la materia una eficiente herramienta de cara a la resolución de los problemas surgidos en la obtención de su cuantía.

J. CASSINI GÓMEZ DE CÁDIZ

Cómo implantar e integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa

[Lex Nova, 4ª ed., Valladolid, febrero 2008, 372 páginas]

LEX NOVA

La intensa actividad legislativa en el campo de la prevención de riesgos laborales ha generado un número importante de normas en continua modificación. Además, este proceso se encuentra pendiente de un gran cambio legislativo en nuestro país a raíz de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 elaborada por el

Gobierno. Tampoco podemos olvidar la importancia social y económica que tiene la prevención de riesgos laborales en las empresas, cuyo objetivo último es evitar, en la medida de lo posible, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

Por todo ello, se hace necesaria una obra que busque facilitar, a los técnicos en prevención, la creación del Plan de Prevención al que obliga la Ley 54/2003 de Reforma del Marco Normativo en Prevención de Riesgos Laborales y los reglamentos que la desarrollan.

En el presente manual, CASSINI GÓMEZ, se ocupa de esta gran asignatura pendiente en materia de prevención de riesgos laborales y, lo hace, de una forma sencilla y clara, permitiendo a cada técnico complicarlo o simplificarlo aún más en función de las necesidades. La claridad expositiva y la utilización justa de tecnicismos, en esta obra, permite que sea de utilidad, tanto para los especialistas en esta materia, como para los que se estén formando en ella.

La publicación se estructura en nueve apartados, los cuales despliegan un conjunto de protocolos o procedimientos que sirven al especialista como punto de arranque para afrontar el análisis de los distintos pasos a seguir en las principales áreas de la materia (formación, medicina en el trabajo, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva, etc.)

Tras unos apartados introductorios —cabe destacar la reproducción en uno de ellos de los Criterios Deontológicos de Buenas Prácticas para la actividad de Servicio de Prevención Ajeno, que fueron elaborados para la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos, ASPA, cuyo Presidente prologa la obra— la monografía prosigue con una concreta exposición de la documentación que debe hallarse ineludiblemente a disposición de la Autoridad Laboral en toda entidad empresarial, a tenor de lo tipificado en el artículo 23 de la LPRL.

De modo inteligible y para profundizar en las diferentes interrelaciones preventivas que llegan a desarro-

llarse en el marco laboral, se facilita al lector el *modus operandi* de la implantación progresiva de los medios de prevención en la empresa.

Algunos de los aspectos abordados en el estudio, como son la creación y puesta en marcha del sistema de gestión, nombramientos necesarios, Comité de Seguridad o las múltiples actuaciones a realizar ante los distintos supuestos que puedan llegar a surgir, constituyen el bloque más extenso del libro dedicado a los protocolos de funcionamiento y al pertinente control y revisión del propio sistema.

Una selección básica y esencial de textos normativos actualizados sirve de cierre al manual, que, a su vez, viene acompañado de un CD-ROM en el que se reproducen las disposiciones legislativas más importantes en Prevención de Riesgos Laborales.

En conclusión, la gran claridad y rigor expositivo y la necesaria dedicación que demanda la propia realidad cotidiana, hacen de la obra, que ya alcanza una tercera edición, una imprescindible referencia de cara a su utilización por organismos, empresas y profesionales, ya que la misma se erige en punto de partida del tratamiento de la cuestión.

A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ

El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta

[Lex Nova, Valladolid, abril 2009, 380 páginas]

LEX NOVA

«Despido: acción a través de la cual un empleador da por finalizado unilateralmente el contrato laboral con su empleado».

Este término, aunque ha gozado siempre de una gran relevancia en el ámbito laboral, está adquiriendo en los últimos tiempos un especial protagonismo debido, en parte, a la nueva realidad que atraviesa la economía.

Esta nueva realidad ha supuesto un considerable aumento del número de despidos, lo que ha provocado que los conflictos existentes entre trabajadores y empresarios se hayan visto también incrementados. Estos hechos reflejan la oportunidad de una obra, como la actual, que se encuentra dedicada al estudio del despido en todas sus posibles variantes.

Podemos decir, por tanto, que nos encontramos ante una guía imprescindible a la hora no sólo de entender, sino también de aplicar la materia, puesto que aborda con acierto y precisión los distintos aspectos y la gran diversidad de situaciones que podemos encontrar en torno al despido.

La obra se encuentra estructurada en seis capítulos en los cuales se tratan temas de indudable trascendencia, tales como: los distintos tipos de despido, su impugnación, la sentencia de despido y su ejecución provisional y definitiva, entre otros.

Todos y cada uno de los capítulos cuentan con una excelente selección de la jurisprudencia más destacada dictada por el Tribunal Supremo.

Así mismo, y como claro ejemplo de la faceta práctica que predomina en el manual, nos encontramos al finalizar cada uno de los capítulos con un apartado al que el autor ha querido denominar «preguntas con respuesta». Consiste, esta parte, en una serie de preguntas que frecuentemente se plantean las partes a lo largo de la tramitación del proceso por despido, cuestiones estas que son respondidas con brillantez por el autor, permitiendo así al lector conocer con exactitud la solución acertada.

Es esta obra una auténtica recopilación de legislación y jurisprudencia que se ve completada y aclarada por el amplio conocimiento del autor sobre la materia, lo que hace de ella un medio sumamente útil a la hora de orientar al maestro y al aprendiz en este terreno.

A.B. MUÑOZ RUIZ

El sistema normativo de prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, Valladolid, marzo 2009, 430 páginas]

LEX NOVA

Desde la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se han adoptado numerosas normas de desarrollo cuya aplicación ha suscitado multitud de interrogantes en relación con el alcance y contenido del deber de seguridad del empresario.

El Derecho de la Seguridad y Salud Laboral debe ser considerado como una rama autónoma dentro del ordenamiento laboral. En materia de salud laboral se concentran normas que tienen orígenes distintos, funcionalidades diferentes y naturalezas muy variadas. Además este grupo normativo está expuesto a cambios constantes derivados de la actualización permanente de su contenido. Todas estas cuestiones justifican sobradamente la calificación de singular y complejo del cuadro normativo resultante y hace necesario su análisis.

Este libro constituye el primer estudio integral de las fuentes del derecho de la prevención de riesgos laborales, y en él se revisa y analiza el bloque normativo desde el plano internacional y comunitario, pasando por el marco constitucional y continuando con la normativa nacional y convencional, todo ello completado con un estudio exhaustivo de los casos judiciales dictados en esta materia.

A lo largo de esta monografía se reflexiona y se otorga un gran protagonismo al llamado “principio de precaución”. Este principio

adquiere significado cuando se promulga el Tratado de Maastricht en 1992. La ausencia de definición del principio en este Tratado ha generado importantes dificultades en su aplicación práctica. Ha tenido que ser la jurisprudencia comunitaria la encargada de concretar los presupuestos de aplicación de este principio con el propósito de evitar un uso arbitrario o desproporcionado del mismo.

Especial mención merece el capítulo dedicado a la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. La negociación colectiva está interviniendo de manera creciente en la introducción de la cultura de la prevención en las empresas incorporando nuevas experiencias que vienen a enriquecer la tutela de los intereses de los trabajadores. De ahí que la Ley de Prevención de Riesgos reconozca al convenio colectivo como fuente del Derecho y que le asigne la tarea de mejora y desarrollo de esta materia.

Asimismo, se analizan los efectos jurídicos de otro tipo de normas como son las llamadas normas técnicas —Reglamentos técnicos, notas técnicas de prevención, normas UNE, guías técnicas, protocolos sanitarios, etc.— que tienen una especial trascendencia en la seguridad y salud en el trabajo. La categoría de norma técnica es muy atractiva para el Derecho, por varios motivos. En primer lugar, estas normas son elaboradas por expertos científicos y técnicos. Por otro lado, los procesos de actualización y revisión de los contenidos técnicos de las mismas son mucho más flexibles que los propios del Derecho formal. Y por último, estas normas técnicas quedan extramuros del ordenamiento.

Esta monografía hace referencia a los criterios judiciales que se han pronunciado sobre el coste-beneficio de las medidas de prevención o los elementos definitorios del estrés laboral, entre otros.

Finalmente el último de los capítulos del presente estudio se centra en el rasgo diferenciador del sistema normativo de la prevención de riesgos, como es el de su alta volatilidad. Junto a normas dotadas de un

alto grado de precisión, también abundan las reglas formuladas de un modo muy general y que se caracterizan por su imprecisión.

En definitiva, este libro constituye un estudio novedoso y de gran utilidad para los profesionales y prácticos de la prevención de riesgos laborales.

J.M. VIÑAS ARMADA

La formación básica en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico

[Lex Nova, 3ª ed., Valladolid, marzo 2009, 276 páginas]

LEX NOVA

Con este manual, que ya alcanza su tercera edición, se pretende dar respuesta a una de las necesidades formativas que emanan del nuevo marco normativo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y con el Reglamento de los Servicios de Prevención.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales recoge dos presupuestos imprescindibles para que el empresario lleve a cabo el correcto cumplimiento del deber de protección del trabajador: Por un lado, señala la necesaria información sobre los riesgos a los que el trabajador está expuesto y, por otro, la adecuada formación, para que éste conozca los medios de protección que tiene a su disposición y las condiciones en que éstos deben de ser utilizados.

En efecto, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tiene presente el trascendental papel que la formación constituye como instrumento eficaz para la puesta en práctica de la nueva cultura preventiva, de tal manera que, además de concretar el alcance del deber

empresarial en esta materia, va a incluirla de manera destacada entre los objetivos de la política de prevención que deben llevar a cabo las distintas Administraciones, pues como exige esta Ley, los poderes públicos deberán promover la mejora de la educación en materia preventiva en los diferentes niveles de enseñanza, de manera especial en la oferta del sistema nacional de cualificaciones profesionales, y, en general, la adecuación de la formación de recursos humanos necesarios para la protección frente a los riesgos laborales.

La presente obra se centra en el estudio de la formación de los trabajadores puesto que se trata no sólo de un deber de protección, sino que es un instrumento clave para hacerlo efectivo. Para el cumplimiento de este deber, todo empresario, bien sea público, bien privado, deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia de formación.

Para la correcta aplicación del nuevo marco legal de la prevención de riesgos laborales, y, sobre todo, para adoptar una buena cultura preventiva, es necesario conocer las distintas actividades preventivas que se deben realizar en la empresa y asumir que todas ellas están íntimamente relacionadas, y, sobre todo, que la actividad preventiva no se acaba en un acto o momento determinado. De esta manera la obligación empresarial de garantizar la seguridad y la salud laboral de los trabajadores se estructura en varias fases: evaluación inicial de riesgo, planificación de la acción preventiva, asignación de medios y conocimientos técnicos y por último la auditoría como elemento de evaluación del proceso y de su eficacia.

A lo largo de cinco capítulos, José M^a Viñas Armada, de forma clara y concisa, hace un análisis de los conceptos básicos sobre seguridad y salud en el trabajo, de los riesgos generales y su prevención, así como centrados en el sector de la construcción, de los buques de pesca, de la actividad minera y en el ámbito del sector público, además, recoge los elementos básicos de la gestión en la materia y dedica su último tema a los primeros auxilios.

Este libro, además, responde estricta y adecuadamente a los contenidos que el Anexo III del Reglamento de los Servicios de Prevención establece para la elaboración del proyecto y programa formativo necesario para el desarrollo de las funciones básicas.

En definitiva, ya el mero hecho de que sea ésta su tercera edición pone de manifiesto que nos encontramos ante un manual muy didáctico que se ha realizado teniendo en cuenta que los destinatarios de toda esta materia no tienen por qué poseer conocimientos jurídicos, el autor utiliza numerosos cuadros explicativos, recordatorios y cuestionarios de autoevaluación, logrando con ello un libro muy práctico y ameno que respeta la estructura y contenidos del programa de formación recogido en el Anexo IV del Reglamento de Servicios de Prevención.

F. MENÉNDEZ DÍEZ

Higiene industrial. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 9^a ed., Valladolid, marzo 2009, 633 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su novena edición, representa una trabajada obra técnica, pionera en su género, que nos proporciona una explicación práctica de los supuestos tipificados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

MENÉNDEZ DÍEZ (cuyo quehacer académico en la materia es sobradamente conocido) aporta claridad de ideas a un ámbito tan complejo y de tan reciente eclosión como es la higiene industrial, con el único fin de alcanzar una mayor y más completa profesionalización del especialista. Esto lo lleva a cabo teniendo en cuenta la prácticamente nula conciencia social que sobre esta realidad ha habido hasta hace unos pocos años.

A lo largo de quince capítulos, este manual constituye una útil herramienta científica con el solo objeto de evitar, en la medida de lo posible, todo ese sinfín de experiencias negativas —a menudo con trágicos resultados— que se producen en el transcurso del desempeño de la profesión u oficio. Cada uno de los apartados en los que se desglosa el libro está íntegramente dedicado a un riesgo laboral en particular, examinando meticulosamente cualquier peligro, por pequeño e improbable que parezca, susceptible de producir un perjuicio para el trabajador. Dentro de este amplio abanico, se estudian desde los riesgos toxicológicos hasta los de última generación —como son los referentes a la telefonía móvil—, pasando por los medioambientales, químicos, acústicos, biológicos o aquellos ocasionados por cualquier otro agente externo (vibraciones, iluminación, radiaciones, etc.)

Merece destacarse el perfecto modelo expositivo que ha seguido el autor en el desarrollo de la obra, ya que sus coherentes explicaciones se ven constantemente acompañadas de ejemplos, esquemas, gráficos, dibujos y fórmulas que facilitan, aún más si cabe, el entendimiento y la comprensión de los distintos supuestos contenidos en ella.

Todo el análisis que aquí se realiza pone de relieve que la seguridad y salud en el trabajo se ha erigido en uno de los fines constitucionales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, no recayendo tan sólo sobre la responsabilidad del trabajador sino también sobre todas y cada una de las esferas sociales y consiguientes administraciones.

Estamos, pues, ante un excelente instrumento para cursar esta especialidad, con arreglo al anexo IV del Reglamento de los Servicios de Prevención, suponiendo, también, una guía orientada hacia el empleador o empresario acerca de la adecuación de su estructura profesional a los nuevos procesos industriales y crecientes exigencias del avance tecnológico de cara a la consecución de todos los fines preventivos.

Esta novena edición es aún más didáctica ya que incluye cuestionarios de autoevaluación y un CD-ROM con normativa y documentación complementaria que le permitirá acceder a contenidos gratuitos *on line* sobre esta materia.

En definitiva, ya el mero hecho de que sea ésta su novena edición pone de manifiesto que nos encontramos ante un manual de una gran calidad práctica y muy valorado por los interesados, ya que viene a aportar una visión crítica y profunda de este campo tan relevante en el presente mundo laboral.

A. BENAVIDES VICO

Análisis práctico de la cotización a la Seguridad Social

[Lex Nova, Valladolid, marzo 2009, 442 páginas]

LEX NOVA

Nuestro sistema de Seguridad Social, al que se le atribuye un carácter esencialmente contributivo y que lleva aparejada una relación jurídica obligacional con los ciudadanos, pone de manifiesto la relevancia de la que goza la cotización en nuestra economía.

Este equivalente a la aportación económica que realizan las personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social, que es la cotización, constituye el eje central sobre la que se estructura la presente obra.

No debe considerarse el actual estudio tan sólo como un análisis teórico de la materia, ya que éste proporciona al lector una visión práctica de todos aquellos aspectos relacionados con la cotización a la Seguridad Social, tales como el procedimiento de ingresos o los documentos de necesaria aportación, entre otros.

Se divide esta monografía, para su mejor estudio, en catorce capítulos a lo largo de los cuales el autor nos muestra la gran variedad de regulaciones sobre cotización existentes en los distintos Regímenes Especiales que integran el sistema de la Seguridad Social. En este sentido y con la intención de presentar un manual claramente actualizado, se han querido introducir las nuevas modalidades de cotización establecidas para el Régimen Especial Agrario desde el 1 de enero de 2009, modalidades que gozan de sumo interés por las importantes modificaciones que conllevan respecto al régimen anterior.

Finaliza la obra con tres anexos imprescindibles en la práctica del día a día, puesto que en los mismos se encuentran comprendidos los modelos de documentos de cotización vigentes para la liquidación e ingreso de cuotas, una relación de los plazos reglamentarios de ingreso y las bases y tipos de cotización de los últimos cinco años.

El carácter práctico de la obra, que anteriormente hemos mencionado, viene a confirmarse con la inclu-

sión de ejemplos de supuestos prácticos y un gran número de criterios administrativos cuyo objetivo principal es interpretar los aspectos fundamentales de la normativa de cotización y recaudación de la Seguridad Social.

Así mismo, se incorpora una excelente y variada selección de la jurisprudencia más relevante que ha sido vertida sobre esta materia por el Tribunal Supremo.

Completa la obra un CD-ROM que cuenta con normativa, modelos de aplicación y criterios administrativos.

Se trata, en definitiva, de una monografía que se enfrenta con acierto a una de las complejas realidades de nuestros días a través de la cual se hallan respuestas y soluciones fácilmente comprensibles.

Todo lo señalado hasta ahora permite realizar una positiva valoración de la obra y aconsejar su estudio.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Laboral* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Laboral*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación externa.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación Externo, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S

