

revista

Justicia
Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial

LEX NOVA

REVISTA Justicia Laboral

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

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.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO LABORAL DE URÍA MENÉNDEZ. ABOGADOS.

SECRETARÍA TÉCNICA

Jesús R. Mercader Uguina

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.

© LEX NOVA 2008

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
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] **Controvertidos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre desplazamiento transnacional de trabajadores: los asuntos Viking, Laval y Rüffert**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] **El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales**

AURELIO DESDENTADO BONETE
PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

- [33] **Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora**

ANA M^a. BADIOLA SÁNCHEZ

- [55] **Novedades y lectura “comunitaria” de la Ley 38/2007: particular incidencia en los derechos de información y consulta**

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

- [143] **V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**
JESÚS R. MERCADER UGUINA

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

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

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

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

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

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

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

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

[249] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

CONTROVERTIDOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES SOBRE DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES: LOS ASUNTOS VIKING, LAVAL Y RÜFFERT

Es innegable que el desplazamiento transnacional de trabajadores por cuenta ajena es una pieza central del engranaje de un mercado integrado de servicios en Europa. Hasta la fecha, la relativa escasez de intercambios transnacionales de servicios en el seno de la Unión ha provocado que el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios no sea, ni mucho menos, un fenómeno masivo, y que aparezca relativamente concentrado en el sector de la construcción y obras públicas, así como en las ingenierías.

El artículo 6 del Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 18 de junio de 1980 (en adelante, CR), establece que si el trabajador desarrolla su actividad en un solo país, se aplicará al contrato, a falta de elección, la ley de dicho país, “aun cuando con carácter temporal fuera enviado a otro país” [artículo 6.2.a) CR]. Esta regulación se considera insuficiente en el caso de desplazamientos temporales de trabajadores, pues favorece la introducción temporal de trabajadores en el territorio de un Estado provocando una clara situación de *dumping* social (Carrascosa). Para evitar dicho efecto, se aplica la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Dicha Directiva ha sido incorporada a nuestro Derecho por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre. En todo caso, la regulación establecida por la Directiva y por la Ley 45/1999 prima sobre el CR (artículo 20 CR).

La Ley 45/1999 define como “trabajador desplazado” al trabajador, “cualquiera que sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley del desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento”.

La empresa puede desplazar a los trabajadores con los que tenga una relación laboral habitual, en cuyo caso el desplazamiento constituye una fase más de la ejecución de dicho contrato, o bien concertar un contrato de trabajo celebrado al solo objeto de llevar a cabo la prestación de servicios transnacional. Lo anterior significa, por un lado, que ha de existir un contrato de trabajo previo al desplazamiento –aun cuando éste tenga por objeto la

prestación de un trabajo en otro país—, y que dicho contrato de trabajo necesariamente se ha de concertar en un país distinto del destinatario de la prestación. Por otra parte, la Ley 45/1999 supedita el concepto de desplazado al mantenimiento de la relación laboral con la empresa durante todo el tiempo que dure el desplazamiento. Es necesario dejar claro que el concepto de trabajador aplicable es el correspondiente al país en el que se efectúa la prestación de servicios.

La directiva europea sobre el desplazamiento de trabajadores para la prestación de servicios en otro Estado miembro indica que si una empresa de un Estado traslada a sus trabajadores para realizar una actividad en otro país de la Unión Europea, el Estado que los acoja deberá aplicarles las mismas garantías mínimas laborales. La Ley 45/1999 establece que las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación deberán garantizar a sus trabajadores las condiciones de trabajo previstas en disposiciones legales o reglamentarias, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate, relativas a determinadas materias tales como el tiempo de trabajo, la cuantía del salario, la igualdad de trato y no discriminación directa o indirecta, el trabajo de menores o la prevención de riesgos laborales. Esto quiere decir que en todas las materias a las que se refiere la Ley se aplicará la legislación laboral española, sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de otras normas o acuerdos que establezcan condiciones de trabajo más favorables. No se podrá exigir la garantía de condiciones de trabajo equivalentes en materias no incluidas en esta Ley.

Con el anterior telón de fondo, se vienen produciendo a lo largo de los últimos años diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades que valoran el difícil equilibrio que, en una economía globalizada, deben mantener libre prestación de servicios y respeto de los derechos laborales.

Pese a que el Tribunal ha mantenido posiciones netamente tutelares para los trabajadores en algunos pronunciamientos, lo cierto es que los más recientes manifiestan una clara línea liberalizadora que se aleja del afán tutelar que debería guiar su labor interpretativa. Buen ejemplo de la primera línea apuntada pudiera ser la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto *Pereira Félix*). En la misma, el Sr. Pereira Félix, de nacionalidad portuguesa, trabajó de albañil en una obra en Berlín, en calidad de trabajador de una empresa constructora con domicilio social en Portugal. Esta empresa efectuó en dicha obra trabajos de hormigón y de hormigón armado por cuenta de la empresa principal llamada “Wolff & Müller”. El citado trabajador reclamó al empresario de la contrata para la que trabajaba y a la empresa principal “Wolff & Müller”, en calidad de deudores solidarios, el pago de determinados salarios que no le habían sido abonados. Se cuestionaba, en este caso, la adecuación comunitaria de la normativa existente en Alemania que establecía la solidaridad entre la empresa principal y la contratista en materia salarial. En la citada sentencia, el TJCE admitió expresamente que la imposición legal de una responsabilidad solidaria de los empresarios principal y contratista en los procesos de contratación para la realización de una obra resulta plenamente justificada en la medida en que beneficia a los trabajadores desplazados debido a que añade al primer deudor del salario mínimo un deudor

adicional, el empresario que está solidariamente obligado con éste y que, generalmente, es más solvente. La sentencia considera, igualmente, que cabe justificar la procedencia de una normativa como la referida si, tal y como expresamente recoge la Directiva 96/71/CE, puede inferirse que la eventual restricción de la norma nacional tiene precisamente por finalidad garantizar que dicha libre prestación se ejerza en igualdad de condiciones, en la medida en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador nacional consista en evitar la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo.

La anterior línea interpretativa parece querer ser modulada por el TJCE en sus recientes pronunciamientos. Si bien es cierto que el principio de competencia libre y no falseada, elevado a base constitucional del ordenamiento jurídico comunitario, trata de asegurar la existencia de un mercado común de libre intercambio de bienes, servicios y personas, parece necesario que el mismo quede adecuadamente equilibrado con los intereses laborales de los trabajadores. Dudosamente se alcanza esta debida conciliación en la STJCE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto Viking). El litigio objeto de la sentencia surge cuando una naviera finlandesa decide enarbolar un buque de su propiedad en Estonia, con el propósito de ajustar las condiciones de trabajo a las de este país, argumentando dicha decisión en las pérdidas derivadas de la competencia directa de los buques de aquel país. Ante esta situación, el sindicato finlandés de marinos –FSU– remitió una petición a la Federación Internacional de Sindicatos de Trabajadores de Transporte –ITF–. En ella, se instaba a todos los sindicatos afiliados a que no negociaran con Viking, aplicando su política relativa a los pabellones de conveniencia, cuyo objetivo esencial es eliminar el *dumping* social y garantizar la protección de los trabajadores y la mejora de las condiciones de trabajo. El FSU también amenazó a Viking con la convocatoria de una huelga y la empresa se aquietó entonces a las condiciones exigidas por el sindicato para firmar un convenio colectivo, comprometiéndose inicialmente a que el cambio de pabellón no supusiese ningún despido. Un año después, sin embargo, la empresa presentó una demanda ante un tribunal inglés (ya que ITF tiene su sede en Londres), para que se declarase que la medida impulsada por la ITF y el sindicato finlandés era contraria a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 43 TCE. En base a lo anterior, la empresa solicitó la retirada de la circular que prohibía negociar con ella y, por otra parte, que el sindicato finlandés no obstaculizase la libertad de establecimiento de Viking.

Se planteó entonces una cuestión prejudicial al TJCE para determinar si es contraria al principio de libertad de establecimiento de una medida de conflicto contra una empresa con el fin de conseguir que se celebre un convenio colectivo, cuyo contenido puede dificultar el ejercicio de la libertad de establecimiento. Y aunque el TJCE reconoce el derecho de huelga “como Derecho Fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”, admite que su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones. Entre las posibles limitaciones a este derecho está el de la libertad de establecimiento que constituye, en palabras del TJCE, “uno de los principios fundamentales de la Comunidad” y considera que “una medida de conflicto colectivo como la proyectada por el FSU tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil, el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento”. El TJCE concluye que las medidas de conflicto ejercitadas por los sindi-

catos constituyeron una restricción a la libertad de establecimiento, pero entiende que la valoración sobre la justificación de tales medidas corresponde al juez nacional.

Un segundo supuesto de enorme interés es el resuelto por la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (Asunto *Laval*), *Laval un Partneri Ltd*, empresa letona de construcción con sede social en Riga, desplazó en 2004 a 35 trabajadores para la construcción de un colegio en Vaxholm, cerca de Estocolmo, cuyo contrato había firmado con la empresa sueca *L&P Baltic Bygg AB*. Ante la negativa de *Laval* a pagar a sus trabajadores letones el salario reivindicado por el sindicato sueco de la construcción “*Byggnads*” y la sección sindical número 1 de dicho sindicato “*Byggettan*”, éstos adoptaron medidas de conflicto colectivo consistentes en el bloqueo de la actividad, que primero se vieron reforzadas con las acciones solidarias del sindicato de electricistas “*Elektrikerena*” y posteriormente por otros sindicatos suecos. *Laval* presentó una demanda ante los tribunales suecos contra *Byggnads*, *Byggettan* y *Elektrikerena* para que se declarara la ilegalidad tanto del bloqueo de las actividades como de la acción de solidaridad que afectaban al conjunto de sus proyectos de obra y se pusiera fin a estas medidas. También solicitó que se condenara a estas organizaciones sindicales a indemnizar por el perjuicio sufrido.

El tribunal sueco competente planteó una petición de decisión prejudicial al TJCE sobre la interpretación de los artículos 12 y 49 CE así como de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. En concreto, el Tribunal sueco duda sobre la licitud de las medidas de conflicto colectivo que tratan de imponer la aplicación del convenio colectivo sueco a los trabajadores desplazados, máxime cuando el convenio colectivo en cuestión contenía beneficios superiores a los reconocidos legalmente y algún derecho o ventaja no previsto en la legislación estatal. En segundo lugar, la Ley sueca contempla la prohibición de adoptar medidas de conflicto colectivo con el propósito de desplazar, inaplicar o derogar convenios colectivos celebrados por terceros, pero esa prohibición sólo opera respecto de las condiciones de trabajo reconocidas en el ámbito del ordenamiento sueco.

De la STJCE de 18 de diciembre de 2007 se extrae la doctrina según la cual en este campo el Derecho Comunitario ofrece garantías de mínimos (legales) y para su cumplimiento sí cabe adoptar medidas de conflicto proporcionales, pero no de máximos (convencionales) y, por tanto, no exige una igualdad real entre las condiciones de trabajo que disfrutaban los desplazados y las reconocidas a los nacionales del Estado de destino. Apoyándose en la Directiva 96/71/CE, el TJCE rechaza la pretensión de los sindicatos suecos de exigir al empresario que desplace trabajadores una negociación salarial caso por caso. El hecho de que en Suecia la normativa estatal no haya fijado un salario mínimo, reservando esa actuación para los interlocutores sociales, hace inoperativa la garantía salarial de la Directiva, y convierte en injustificadas las medidas de conflicto adoptadas con la finalidad de que el empresario acepte esa negociación. Asimismo, no cabe exigir a un empresario que acepte un convenio colectivo que contiene mejoras sobre los mínimos legales, u obligaciones no previstas en la legislación estatal (en el caso concreto, un canon sindical, entre otras). Respecto de la segunda cuestión prejudicial, el TJCE considera contrario a la libertad de

prestación de servicios, pues tiene efectos discriminatorios, que las leyes del Estado de destino exijan a las empresas que desplacen trabajadores el cumplimiento de los convenios colectivos de ese Estado receptor, ignorando las condiciones de trabajo del Estado de origen (que incluso podrían ser más favorables).

El último de los pronunciamientos aparecidos en esta materia se contiene en la STJCE de 3 de abril de 2008 (Asunto Riffert). El caso sobre el que se solicitaba interpretación se basa en un litigio entre el Estado de Baja Sajonia y la empresa Objekt und Bauregie. Esta compañía fue adjudicataria en 2003 de un contrato público de obras para la construcción de una cárcel en Alemania. Dicho contrato contenía el compromiso de pagar a los trabajadores el salario recogido en el convenio de Edificios y Obras Públicas. Pero, para realizar las obras, Objekt und Bauregie subcontrató a una empresa polaca, que abonó a sus trabajadores sólo el 46% del salario fijado en el convenio colectivo aplicable en Alemania. Esto sirvió para que las autoridades de Baja Sajonia rescindieran el contrato con la empresa Objekt und Bauregie, porque contravenía la ley de contratos públicos del Estado alemán. La normativa alemana que suscita la duda, del land de Baja Sajonia, pretendía luchar contra las distorsiones de la competencia, en el sector de la construcción y de los transportes públicos de cercanías, derivadas del empleo (por parte de empresas adjudicatarias provenientes de otros Estados miembros) de mano de obra más barata y de la consiguiente reducción de las cargas sociales. Para ello, establecía que la entidad pública adjudicadora sólo podría adjudicar contratos de obras y de transporte público de cercanías a empresas que abonasen a sus trabajadores los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios. Además, el adjudicatario debería comprometerse a imponer a sus subcontratistas esas mismas obligaciones y a controlar su cumplimiento. Los tribunales sancionaron a dicha empresa, retirándole el crédito otorgado para la obra.

La compañía recurrió esta sentencia y el tribunal solicitó a Luxemburgo la interpretación de la ley comunitaria. Se plantea al Tribunal europeo si el compromiso de aplicación del convenio colectivo está justificado por razones de interés general. Surge, en efecto, la duda de si tal exigencia redundaría en la pérdida de la ventaja competitiva que las empresas radicadas en otros Estados miembros pueden tener como consecuencia de sus más bajos costes laborales. Si fuese así, la obligación de respetar los convenios representaría un obstáculo para las personas físicas o jurídicas procedentes de esos otros Estados. Y ello podría constituir una restricción injustificada de la libre prestación de servicios.

El Tribunal de Justicia, al resolver la cuestión prejudicial, comienza recordando que, en virtud del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, guiones primero y segundo, de la Directiva 96/71, deben garantizarse a los trabajadores desplazados, en relación con las prestaciones de servicios transnacionales en el sector de la construcción, las condiciones de trabajo y de empleo relativas a las materias a que se refieren las letras a) a g) de dicha disposición, entre las que figuran, en la letra c), las cuantías de salario mínimo. Dichas condiciones de trabajo y de empleo se establecen mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y/o mediante convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. Según el apartado 8, párrafo primero, del mismo artículo, los convenios colectivos y laudos arbitrales en el sentido de dicha disposición son aquellos que deben respetar todas las empresas pertenecientes al sector o a la profesión de que se

trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de aquéllos. El artículo 3, apartado 8, párrafo segundo, de la Directiva 96/71 ofrece además a los Estados miembros, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales, la posibilidad de basarse en los convenios colectivos o laudos que produzcan efectos generales en todas las empresas similares pertenecientes al sector de que se trate o los convenios celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas en el plano nacional y que sean aplicados en el conjunto del territorio nacional.

Ahora bien, añade, una disposición legal como la Ley del Land, que en sí misma no haya establecido ninguna cuantía de salario mínimo, no puede considerarse una disposición legal, en el sentido del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, primer guión, de la Directiva 96/71, que haya fijado un salario mínimo como el previsto en la letra c) de ese mismo párrafo. Entiende, además, que el efecto vinculante de un convenio colectivo como el controvertido en el asunto principal sólo se extiende a una parte del sector de la construcción comprendida en el ámbito de aplicación territorial de aquél, en la medida en que, por una parte, la normativa que le otorga tal efecto sólo se aplica a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados y que, por otra, dicho convenio colectivo no ha sido declarado de aplicación general. Los salarios fijados en él no son, por tanto, salarios mínimos a efectos de la directiva, ni pueden considerarse, en los términos de ésta, una condición de empleo y de trabajo más favorable para los trabajadores.

A juicio del TJCE, la Directiva 96/71 no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima. En efecto, en relación con las materias a que se refiere su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio. Todo ello sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular, en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable. En todo caso, señala el TJCE, un Estado miembro no puede exigir, en virtud de la Directiva 96/71, a las empresas establecidas en otros Estados miembros, mediante una medida como la controvertida en el asunto principal, una cuantía de salario como la prevista en virtud del convenio colectivo. Obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo, supone una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 49 CE. Sin que, tampoco, pueda considerarse esa imposición justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores, ni necesaria para evitar un riesgo grave para el equilibrio financiero

de la Seguridad Social. La Directiva 96/71 se opone, pues, a una medida de carácter legal que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarias de contratos públicos únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan a pagar a sus trabajadores, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución del contrato.

Lo que sí parece evidente es que los anteriores pronunciamientos abren tras de sí todo un “océano de problemas”. Problemas en los que el siempre difícil equilibrio entre intereses laborales y empresariales parecen haber cedido del lado de estos últimos.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales*

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Letrada del Tribunal Supremo

Resumen

EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO SOCIAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Ley prevé en el ámbito laboral la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, por el interés público que concurre en la defensa de estos derechos. Ahora bien, aun-que conforme a la literalidad del artículo 175.3 de la LPL esta intervención se produce siempre en condición de parte, hay que preguntarse si efectivamente actúa como tal y si tiene sentido que así ocurra. Especialmente si se atiende a las particularidades de este proceso especial. Este trabajo tiene precisamente como objetivo

dar respuesta a este interrogante, tomando en consideración también la extensión que la jurisprudencia ha hecho de las garantías del proceso especial de tutela a otros cauces procesales en los que se ventilan potenciales lesiones de derechos fundamentales. Se niega que el Ministerio Fiscal sea una parte en sentido estricto y se propone una selección de los procesos en los que el Ministerio Público ha de comparecer, para evitar que, en un intento de abarcarlo todo, su intervención pierda eficacia y tenga un coste desproporcionado.

(*) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por Aurelio DESDENTADO BONETE en la Jornada de especialistas del Ministerio Fiscal en el orden social celebrada el 5 de noviembre de 2007 y coordinada por la Excm. Sra. Dña. Pilar Barrero Juan, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo para el orden social. Se ha revisado y ampliado el texto inicial y se han introducido notas con las referencias bibliográficas básicas.

Abstract

THE FISCAL MINISTRY IN THE SOCIAL PROCEDURE ABOUT THE TUTELAGE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

The Law foresees in the labor scope the contribution of the Fiscal Ministry in the procedure of tutelage of the syndical freedom and other fundamental rights, because the public interest that converges in the defense of these rights. Now then, although according to the literality of the article 175.3 LPL this intervention always takes place in the condition of part, it is necessary to wonder if indeed it acts as such and if it has sense that happens this way. Especially if one assists to the particularities of this special procedure. This work in fact has as objective to

give answer to this query, also taking in consideration the extension that the jurisprudence has made of the guarantees of the special procedure of tutelage to other procedural channels in which are treated potential lesions of fundamental rights. It's denied that the Fiscal Ministry be a part in strict sense and it's proposed a selection of the procedures in which the Public Ministry must appear, to avoid that, in an intent of embracing everything, its contribution loses effectiveness and have a disproportionate cost.

Sumario:

I. Un punto de partida: la regulación vigente. II. ¿Por qué está el Ministerio Fiscal en el proceso de tutela y en qué condición? A) ¿Por qué está el Ministerio Fiscal en el proceso de tutela de los derechos fundamentales? B) ¿En qué condición interviene el Ministerio Fiscal en el proceso de tutela? III. ¿Qué es el proceso de tutela de los derechos fundamentales en el orden social? Un apunte sobre el riesgo de desbordamiento. IV. ¿En qué procesos de tutela está prevista la intervención del Ministerio Fiscal? V. ¿Tiene que intervenir el Ministerio Fiscal en todos los procesos en los que se alegue la infracción de un derecho fundamental? Un examen de las consecuencias de la falta de citación del Ministerio Fiscal en el proceso. VI. ¿Cómo seleccionar los procesos en los que debe comparecer el Ministerio Fiscal?

I. UN PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN VIGENTE

El artículo 175.3 de la LPL establece que el Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos sociales de tutela de los derechos fundamentales, y añade que en virtud de esa intervención adoptará en su caso “las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”¹. No estamos ante una norma específica del proceso laboral. Podemos encontrar disposiciones similares en el proceso civil y en el contencioso-administrativo; en relación con el proceso penal, tanto su objeto² como la posición que en él tiene el Ministerio Fiscal, determinan que no sea necesaria una previsión específica en este sentido. En el proceso civil, como es sabido, no hay un procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales³, pero hay normas específicas para encauzar esa tutela. Así el artículo 249.1.2º LEC prevé que se tramitarán por el juicio ordinario las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales, salvo las que se refieran al derecho de rectificación⁴, y añade: “en estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”. En el proceso contencioso-administrativo hay, como en el social, un procedimiento especial para las pretensiones de tutela. También está prevista en ese procedimiento la intervención del Ministerio Fiscal. Pero esta intervención no se califica ya con la atribución expresa de la condición de parte⁵. Las normas aplicables se limitan, de forma más cauta, a prever la audiencia del Ministerio Fiscal en la comparencia por inadmisión (artículo 117.2 LJCA), a dispo-

**EL MINISTERIO FISCAL
ES SIEMPRE PARTE
EN LOS PROCESOS
SOCIALES DE TUTELA
DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

(1) El Ministerio Público en el ámbito laboral toma parte en los procesos de impugnación de convenios colectivos (artículos 162.6 y 163.4 LPL), en los de impugnación de estatutos sindicales o de su modificación (artículo 165.2 y 171.3 LPL) y en los procesos de impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el depósito de los estatutos de las asociaciones empresariales o que declaren no conforme a Derecho dichos estatutos (Disposición Adicional Sexta de la LPL). Por su parte, en el ámbito civil actúa como parte en la reconstrucción de autos judiciales (artículo 232), en los procesos sobre incapacidad, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación (artículo 749.1). Además, se le reconoce legitimación para recurrir en interés de Ley (artículo 491) y se requiere su informe acerca de si ha lugar o no a la estimación de la demanda para el caso en que se formule recurso de revisión (artículo 514.3). Sobre los distintos procesos laborales en los que el Ministerio Fiscal toma parte, C. ARROYO MENA, “Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso laboral”, *La Ley*, núm. 4211, 21 de enero de 2007; VVAA, *Puntos críticos de la Ley de Procedimiento Laboral*, ACARL, Madrid, 1991, págs. 80 y 81.

(2) La pretensión penal en el ámbito de los derechos fundamentales se referirá normalmente a la reacción represiva contra las violaciones de los derechos, aparte de las cuestiones que puedan surgir en relación con la garantía internas al propio proceso (tutela judicial efectiva, presunción de inocencia).

(3) El preámbulo de la LEC justifica esta opción, en su apartado X, señalando que para los derechos cuya violación se produce en la realidad extraprocésal se establece un cauce procedimental de tramitación preferente más rápido que el establecido por la Ley de 1978. Para las vulneraciones internas al proceso, que lógicamente quedan referidas a la tutela judicial, se descarta un procedimiento especial para establecer que las posibles violaciones deben “remediarse en el seno del proceso donde se han producido”.

(4) Que se tramitarán por el juicio verbal, según establece el artículo 250.1. 9º LEC.

(5) Sobre este proceso especial, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en VVAA, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, Civitas, 1998 (REDA, monográfico, núm. 100), págs. 803-811.

ner el traslado de la demanda para la presentación de alegaciones (artículo 119 LJCA) y a establecer su intervención en la audiencia especial prevista en los casos de prohibición o de propuesta de modificación de las reuniones, cuando estas limitaciones no hayan sido aceptadas por los promotores (artículo 122 LJCA)⁶.

Podríamos ver en estas normas la presencia de dos principios de regulación dentro de los que actúan las correspondientes variantes. Por una parte, la opción por el proceso especial (modelo laboral y contencioso-administrativo) frente al esquema que se limita a recoger simples especialidades dentro de un proceso ordinario (modelo civil)⁷. Por otra parte, la atribución expresa de la condición de parte al Ministerio Fiscal en los procesos de tutela (modelo civil y laboral) frente a la solución que se limita a prever esa intervención sin calificarla (modelo contencioso-administrativo). Pero las oposiciones que sugieren los textos legales no tienen una base demasiado firme y la reflexión sobre el procedimiento nos desviaría del objetivo más modesto de tratar de responder a algunas preguntas menos ambiciosas, aunque quizá más prácticas. Esas preguntas serán las que trataremos de abordar en este trabajo: ¿a qué responde la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela?, ¿cuál es la condición procesal en que se produce esa intervención?, ¿es realmente el Ministerio Fiscal parte en ese proceso?, ¿qué alcance tiene su intervención? Al hilo de esas preguntas surge otra cuestión más instrumental o económica: ¿tiene sentido realmente establecer una intervención de esta amplitud?, ¿puede el Ministerio Fiscal llevarla a cabo de una manera eficiente? Y de ahí podríamos pasar a la última pregunta: ¿qué tendría que hacer realmente el Ministerio Fiscal en los procesos de tutela?

II. ¿POR QUÉ ESTÁ EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO Y EN QUÉ CONDICIÓN INTERVIENE?

A) ¿Por qué está el Ministerio Fiscal en el proceso de tutela de los derechos fundamentales?

El artículo 124 CE asigna al Ministerio Fiscal una función constitucional consistente en promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Esta función, que puede cumplir de oficio o a instancia de parte, se delimita en los mismos términos en el artículo 541 de la LOPJ, y en el artículo 1 del Estatuto Orgánico de este Ministerio⁸.

(6) Sobre el papel del Ministerio Fiscal en estos casos, M. CLAVERO ARÉVALO, en VVAA, "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa", Civitas, 1998 (REDA, monográfico, núm. 100), págs. 813-816.

(7) En este sentido, F. VALDÉS DAL-RÉ, "El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", en J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS DAL-RE, *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 464-471.

(8) En adelante, EOMF.

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales

En concreto, como expresamente se advierte en el artículo 3 del EOMF, para el cumplimiento de la misión constitucionalmente encomendada tiene el Ministerio Fiscal, entre otras cosas, las siguientes funciones:

- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (artículo 3.3).
- Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otro cuando proceda (artículo 3.4).
- Tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley (artículo 3.6).
- Intervenir en los procesos civiles cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación (artículo 3.7).
- Intervenir en los procesos judiciales de amparo y en las cuestiones de inconstitucionalidad (artículo 3.11).
- Interponer el recurso de amparo constitucional (artículo 3.12).

Hemos destacado estas funciones dentro del marco más amplio del artículo 3 del EOMF porque en ellas queda expresada, dentro de una eventual conexión con la protección de los derechos fundamentales, la doble posición del Ministerio Fiscal, que, por una parte, tiene encomendada la función primordial de ejercer ante los órganos jurisdiccionales determinadas pretensiones de interés público —en particular, la acción pública penal—, mientras que, por otra parte, asume también una función adjetiva de colaboración con los órganos jurisdiccionales. En este sentido y como puso de relieve GUASP⁹, el Ministerio Fiscal actúa como “parte” en determinados procesos, pero en otros su actuación es la de un “colaborador del órgano judicial”. Un esquema similar de clasificación de las competencias es el que recoge VEGAS TORRES, cuando se refiere a las dos formas de actuación del Ministerio Fiscal: la actuación como “promotor de procesos” y la “intervención en los procesos promovidos por otros sujetos”. La primera se produce para evitar que, cuando existe un interés público en el ejercicio de una determinada actuación jurisdiccional, tal actuación no se produzca porque no hay nadie dispuesto a ejercitar la correspondiente acción. Esto es lo que ocurre con el ejercicio de las acciones penales y con algunas civiles, como las de incapacitación¹⁰ o nulidad del matrimonio¹¹. La segunda forma de intervención resulta más variable y puede referirse, según el es-

(9) J. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 162 y 163.

(10) Artículo 757.2 LEC: el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas legitimadas de forma principal en el número 1 de ese artículo no existieran o no lo hubieren solicitado.

(11) Artículo 74 CC: la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo.

quema de VEGAS¹², a todo el proceso (revisión de sentencias y error judicial¹³), a incidencias que afectan a determinadas materias (jurisdicción, competencia, recusación, recursos de casación), aparte de la misión genérica de defender la legalidad procesal y la de asumir la representación de menores e incapacitados. Si aplicamos ese esquema dual –actuación fuerte como parte, actuación débil o difusa de contenido variable– al ámbito de la protección de los derechos fundamentales, podemos observar que el artículo 3 del EOMF nos remite a ambas. El Ministerio Fiscal actúa claramente dentro del primer nivel cuando ejercita las acciones penales y civiles dimanantes de delitos contra los derechos fundamentales (artículo 3.4) y cuando se le faculta para interponer el recurso de amparo (artículo 3.12)¹⁴, pero se mueve en la zona más difusa cuando simplemente se alude a su competencia genérica para velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 3.3)¹⁵ y se prevé para él una simple intervención en los recursos de amparo que no ha interpuesto (artículo 3.11)¹⁶.

Pero volvamos ahora a la pregunta inicial, ¿por qué tiene que estar el Ministerio Fiscal, de una forma u otra, en los procesos sobre los derechos fundamentales? Hay, en principio, cuatro razones para ello. La primera y la más clara afecta al ejercicio de las acciones –penales y civiles– derivadas de delito y se sitúa en el plano de la tutela represiva de las conductas lesivas de estos derechos en el ámbito penal¹⁷. La legitimación del Ministerio Fiscal en estas acciones en relación con los delitos en que el bien jurídico protegido es un derecho fundamental constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado y deriva de las previsiones generales sobre la posición del Ministerio Fiscal en el proceso penal, conforme a los artículos 105 y 106 de la LECr., sin perjuicio de la renuncia o reserva de acciones (artículos 107, 108 y 112 de dicha Ley). La persona cuyo interés ha sido lesionado puede reservarse la acción civil o laboral de reparación, pero la acción penal no es disponible por la parte si el delito es público. Para el resto de las pretensiones de tutela –la tutela inhibitoria y la resarcitoria¹⁸–, que son las que interesan a efectos del proceso social de tutela, la razón de la intervención del Ministerio Fiscal resulta más cuestionable.

(12) En A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 187-193.

(13) En el proceso de revisión de sentencias la intervención del Ministerio Fiscal se realiza por la vía de informe (artículo 514.2 LEC); en el proceso de declaración de error judicial se atribuye al Ministerio Fiscal la condición de parte [artículo 293.1.c) LOPJ].

(14) VEGAS (*Derecho Procesal Civil. Introducción, op. cit.*, pág. 190) expresa cierta reserva hacia esta competencia cuando señala que no parece lógico que el Ministerio Fiscal interponga el recurso de amparo sin una previa solicitud de la parte lesionada.

(15) Aunque aquí, con algún exceso, también se le atribuyen las “actuaciones (que) exija su defensa”.

(16) La distinción entre estas dos funciones del Ministerio Fiscal en el recurso de amparo se advierte con claridad en los artículos 46 y 47 de la LOTC: el primero atribuye al Ministerio Fiscal la legitimación para interponer el recurso de amparo, mientras que el segundo se limita a prever que el Ministerio Fiscal intervendrá en todos los recursos de amparo en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley.

(17) Cabe también una tutela represiva de carácter administrativo, como se advierte de la consulta de la LISOS, pero aquí ya no hay intervención del Ministerio Fiscal, que es sustituido por los órganos administrativos competentes.

(18) Siempre que ésta no se ejercite en el proceso penal.

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales

Puede sostenerse que hay un interés público en la defensa de los derechos fundamentales que justifica la presencia en estos procesos del Ministerio Fiscal. Ésta sería la segunda razón, que tiene apoyo en el artículo 124 CE y el artículo 3.3 del EOMF. Pero ese interés puede satisfacerse permitiendo la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso, sin necesidad de convertirlo en parte, porque en ese caso se pueden producir consecuencias negativas en orden a la coordinación de intereses en el marco del proceso, como veremos más adelante. Castigar la lesión no es lo mismo que eliminar sus efectos o repararla. Para castigar –al menos respecto a los delitos públicos– puede bastar una acción del Ministerio Fiscal; para la tutela inhibitoria y la resarcitoria es difícil y poco realista prescindir del interés del lesionado. Nuestra legislación parece haber dado ese paso, al menos en el recurso de amparo, como se deduce del artículo 3.12 EOMF y del artículo 46 LOTC. El problema es si también es éste el caso del proceso de tutela laboral¹⁹. La tercera razón puede relacionarse con la subsidiariedad de la acción del Ministerio Fiscal: se recurre a la acción pública cuando no es posible el ejercicio de la privada, como en el supuesto del artículo 757.2 LEC para la incapacitación. Pero no ha sido ésta la opción de la LPL, pues la actuación del Ministerio Fiscal no se produce para suplir la falta de ejercicio de la acción por el afectado²⁰, sino para que aquél pueda participar en un proceso que ha iniciado éste. Por último, una cuarta razón podría relacionar la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela con la obtención de información para perseguir los delitos relacionados con los derechos fundamentales (*notitia criminis*). En este sentido apunta el artículo 175.3 LPL cuando, tras prever la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, se refiere a la adopción en su caso de “las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”, con lo que parece que hay cierta conexión entre la presencia en el proceso de tutela y el eventual ejercicio de acciones penales. No parece, sin embargo, que sea así, pues esa información puede obtenerse por otras vías más económicas.

B) ¿En qué condición interviene el Ministerio Fiscal en el proceso de tutela?

La respuesta en la letra de la ley es clara: el Ministerio Fiscal interviene “siempre como parte”, como dice el artículo 175.3 LPL. Pero es una respuesta cuestionable. Parte en un proceso es

**EL INTERÉS PÚBLICO
EN LA DEFENSA
DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES
JUSTIFICA LA PRESENCIA
DEL MINISTERIO FISCAL**

(19) El mismo problema se suscita en el proceso civil a la vista del artículo 249.1.2º LEC.

(20) Tampoco hay subsidiariedad en el proceso penal ni en el recurso de amparo; el Ministerio Fiscal puede ejercitar la acción, pero ese ejercicio no se subordina a que la correspondiente acción no haya sido ejercitada por el afectado.

el sujeto que pide o frente al que se pide la tutela judicial. De forma más concreta, partes son los sujetos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal²¹. En el proceso de tutela no se ejercita una acción pública como en el proceso penal; el Ministerio Fiscal no es titular del derecho fundamental controvertido; no se asimila al titular de ese derecho y está claro que ni ejercita la pretensión, ni padecerá las consecuencias de su estimación, porque no ha causado la lesión, ni responde por ella. Aquí es útil traer a colación de nuevo el artículo 3 del EOMF. El Ministerio Fiscal en el proceso laboral de tutela está actuando en el ámbito del número 3 de ese artículo: interviene para “velar por el respeto de los derechos fundamentales”, pero no ejercita la acción ni, en su caso, la resistencia, como ocurre en los casos de los números 4 y 12.

Desde una consideración dogmática, el Ministerio Fiscal es así un tercero que se convierte en parte por una declaración de la ley, por lo que hay que interrogarse sobre el alcance de esa asimilación legal y sus consecuencias. En primer lugar, hay que aclarar que se trata evidentemente de una parte muy peculiar, porque no cabe considerarla propiamente como demandante, ni como demandado. En este sentido –y valga la contradicción– el Ministerio Fiscal es, en principio, una parte que no es parte, porque no es parcial; es neutral, porque actúa el interés del ordenamiento jurídico en la protección de los derechos fundamentales. De esta forma, podrá intervenir a favor de la pretensión, en la medida en que considere que ésta es fundada, u oponerse a la misma, si la estima infundada. Su situación se aproxima más a la del órgano jurisdiccional en la medida en que irá perfilando su posición a partir del resultado de las alegaciones y de la prueba que practiquen las verdaderas partes y en este sentido no sería extraño que a lo largo del juicio pudiera producirse un cambio en esa posición.

Es además una parte impropia, porque ya hemos visto que carece de los elementos esenciales que definen esa posición en el proceso. Lo que viene a decir el artículo 175.3 LPL es que, aunque el Ministerio Fiscal no es parte, actuará como tal. ¿Qué significa esto? La respuesta hay que buscarla examinando la intervención de terceros en el proceso. Esa intervención suele definirse como la introducción en el proceso pendiente entre dos o más partes de un tercero que formula frente o junto a las partes originarias una determinada pretensión, encaminada bien a la defensa de un derecho propio o bien a la defensa del derecho de una de las partes²². Esa intervención, en lo que aquí interesa²³, puede ser: 1) principal –“tercería” en la denominación de GUASP²⁴–, cuando el tercero interviene con

(21) A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, CEURA, Madrid, 2000, págs. 109 y 110. En el mismo sentido, GUASP: “parte es quien pretende y frente a quien se pretende”, mientras que el tercero es “el sujeto que no goza o no padece la condición de parte” y el interesado es quien sin ser titular activo o pasivo de la pretensión puede ser afectado por la misma (op. cit., págs. 170 y 171).

(22) M. SERRA DOMÍNGUEZ, “Intervención de tercero en el proceso” en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 207.

(23) Se distingue también entre intervención voluntaria y provocada, esta última regulada en el artículo 14 LEC. Adviértase, sin embargo, que la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela no es una intervención voluntaria, ni tampoco una intervención provocada, sino una intervención legal en la medida que opera por ministerio de la ley. Así el Ministerio Fiscal podrá personarse en el proceso por iniciativa propia o ser llamado al mismo por iniciativa de las partes –normalmente mediante su designación como parte atípica en la demanda– o por el órgano judicial.

(24) J. GUASP, op. cit., pág. 205.

una pretensión conexas pero incompatible con la de las partes; 2) litisconsorcial, cuando el tercero interviene con un derecho propio que coincide con el que sostiene una de las partes originarias, y 3) adhesiva, cuando el tercero coincide con la posición de una de las partes originarias, pero no para mantener un derecho propio²⁵, sino en función de un mero interés en el éxito de la posición de una de las partes²⁶. La intervención principal no ha tenido recepción en nuestro ordenamiento procesal²⁷ y, desde luego, es una figura en la que no tendría encaje la posición del Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela.

Por su parte, la regulación de la intervención litisconsorcial y de la adhesiva²⁸ se realiza conjuntamente en el artículo 13 LEC²⁹. Esta regulación suscita bastantes problemas en la medida en que el régimen de las dos intervenciones no puede ser equivalente³⁰, pues en la intervención adhesiva la posición del tercero es subordinada y no asume poderes de disposición sobre el proceso³¹, mientras que en la litisconsorcial el tercero tiene autonomía y ejerce poderes propios³². De entrada el precepto nos dice, en su número 1, que el tercero puede ser admitido “como demandante o demandado”, lo que es lógico en una intervención litisconsorcial, pero resulta excesivo en una adhesiva. El número 3 reitera que, admitida la intervención, “el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos”. Si aceptáramos esta asimilación, los problemas del artículo 175.3 LPL se

(25) El interviniente litisconsorcial es, según DE LA OLIVA, un litisconsorte que entra en el proceso después de la iniciación de éste (*Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, Ramón Areces, 3ª ed., págs. 189 y 190).

(26) M. SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, págs. 213 y 214.

(27) DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, *op. cit.*, pág. 189. También P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, en el comentario al artículo 13 LEC, en AAVV, *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 183.

(28) La terminología puede variar, pues en ocasiones se utiliza como concepto genérico el término intervención adhesiva, dentro de la que se distinguen dos modalidades: la litisconsorcial y la simple.

(29) Vid. en este sentido DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, *op. cit.*, págs. 190 y 191. Para DE LA OLIVA “en el artículo 13 no se utiliza el concepto de intervención voluntaria ni el de intervención adhesiva y no se distingue entre intervención litisconsorcial e intervención simple”, pero “debe entenderse que lo que en dicho precepto se regula es lo que doctrina y jurisprudencia denominan intervención (...) y que las previsiones que en el mismo se contienen son aplicables tanto a la intervención simple como a la litisconsorcial, que, por tanto, tienen una regulación positiva conjunta o unitaria”. También C. SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 134-141. Para SAMANES en el artículo 13 están reguladas tanto la intervención litisconsorcial como la adhesiva, pero mientras que es lógico considerar como parte al interviniente litisconsorcial, no sucede lo mismo con el adhesivo. Por el contrario, BANACLOCHE (en el comentario al artículo 13 LEC, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 105 y 106) considera que la intervención adhesiva no está contemplada en el artículo 13 LEC, lo que interpreta como un rechazo legal de su existencia. Por su parte, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (*op. cit.*, págs. 193 y 195) entiende que tanto el interviniente litisconsorcial como el adhesivo están en el artículo 13 y ambos tienen el estatuto de parte procesal, aunque no podrán realizar actos de disposición material del derecho ni fuera del proceso. No podrán renunciar, allanarse o transigir, pero su actuación en el proceso no podrá ser perjudicada por los actos dispositivos de la parte originaria, es decir, que podrán seguir actuando en el proceso su interés, aunque la parte originaria renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento. Esta conclusión se justifica porque el interviniente más que para apoyar a la parte está en el proceso para prevenir un posible fraude procesal. Pero ello supone que el interés del interviniente ha de tener autonomía frente a la pretensión de la parte, lo que no parece que sea el caso de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela. En efecto, no hay un interés público autónomo que pueda satisfacerse al margen del éxito o fracaso de la pretensión de tutela y por ello la función del Ministerio Fiscal se limita a apoyar la pretensión o la resistencia.

(30) Así la referencia al interés directo y legítimo del tercero en el pleito sería aplicable a la intervención adhesiva, pero no a la litisconsorcial. DE LA OLIVA señala, sin embargo, que si puede entrar como interviniente el tercero que tiene sólo un interés directo, a fortiori podrá hacerlo también quien, como el litisconsorte, es titular de la relación litigiosa (*Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, *op. cit.*, pág. 191).

(31) M. SERRA DOMÍNGUEZ, “Intervención de tercero...”, *op. cit.*, págs. 249 y 250.

(32) M. SERRA DOMÍNGUEZ, “Intervención de tercero...”, *op. cit.*, págs. 241 y 242. El interviniente litisconsorcial puede recurrir, aunque no lo haga la parte principal, y puede también continuar el proceso, aunque haya renuncia o desistimiento de la parte principal, que tampoco podrá poner fin al proceso mediante transacción si el litisconsorte no la acepta.

eliminarían, aunque surgirían otros más graves ligados a la necesidad de coordinar la actuación del Ministerio Fiscal con los intereses de las partes. En este esquema el Ministerio Fiscal no sería parte, pero tendría sobre el proceso los poderes de disposición³³ propios de la parte y no los de un mero coadyuvante que se haya ligado de forma subordinada a la posición de la parte principal, de forma que puede cooperar o colaborar con la parte principal, pero sólo de un modo instrumental sin ejercer poderes de disposición sobre la pretensión o resistencia de la parte principal³⁴.

Los términos literales del artículo 13 LEC, relacionados con el artículo 175.3 LPL, llevarían a reconocer en todo caso que el Ministerio Fiscal actúa con poderes propios de la parte, es decir, como un interviniente litisconsorcial y no como un interviniente adhesivo. En este sentido no se limitaría a defender, mediante actos de alegación y prueba, la pretensión de la parte originaria y su propio interés en el proceso, que es obviamente el interés de la ley, sino que, como dice el artículo 13.3 LEC, podría mantener la pretensión o la resistencia, aunque la parte “renuncie, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”. Sin embargo, por lo dicho, la posición del Ministerio Fiscal en el proceso laboral de tutela debería ser más propia de una intervención adhesiva que de una litisconsorcial³⁵ y en este sentido hay que tener en cuenta que un sector autorizado de la doctrina procesalista ha mantenido que es posible encontrar en el artículo 13 LEC dos regímenes jurídicos diferenciados para la intervención adhesiva y la litisconsorcial. En ese sentido se pronuncia DE LA OLIVA, para quien la referencia del artículo 13.3 al litisconsorte pone de manifiesto que las facultades de disposición que en este apartado se atribuyen al tercero se refieren a la intervención litisconsorcial, pero no alcanzan a la adhesiva (simple), pues “de otro modo se produciría el anómalo resultado de que el poder de disposición de las partes se vería limitado por una persona que no es titular de la relación jurídica”³⁶. No es ésta una posición pacífica en la doctrina procesalista. Así, por ejemplo, para CORTÉS DOMÍNGUEZ el artículo 13 LEC está regulando la intervención litisconsorcial, de forma que, como también ocurre ahora en el proceso contencioso-administrativo³⁷, la intervención adhesiva desaparece para entrar en el régimen común, que es el propio de la litisconsorcial, pasando el antiguo coadyuvante a tener un status de parte³⁸.

(33) Esos poderes se enumeran en el artículo 19 LEC, a tenor del cual los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre los que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

(34) J. GUASP, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., págs. 208 y 209. Los actos del coadyuvante —dice GUASP— no valen en cuanto contradigan o perjudiquen a la parte principal y cita expresamente la renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción.

(35) La intervención adhesiva es también la que se aplica, según el artículo 175.2 LPL, a la actuación del sindicato en apoyo de la pretensión del demandante, lo que ciertamente podría interpretarse como un reconocimiento legal de que este régimen no es aplicable a la intervención del Ministerio Fiscal.

(36) DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, op. cit., pág. 192.

(37) Vid. artículo 21.1.b) LJCA que considera como parte demandada a las personas con derechos e intereses legítimos que pudieran quedar afectados por la estimación de la demanda. En este sentido, J. BERMEJO VERA y J.J. DIEZ SÁNCHEZ, en *VVAA Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., págs. 238-246.

(38) En general sobre la intervención de tercero a instancia de parte, T. LÓPEZ FRAGOSO, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 1990.

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales

La posición de DE LA OLIVA nos parece la más adecuada para resolver el problema del artículo 175.3 de la LPL. La determinación de la posición del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela debería resolverse aplicando el régimen de la intervención adhesiva en el sentido de que podrá promover la defensa del interés del ordenamiento jurídico, mediante actos de alegación y prueba, pero sin asumir poderes de disposición sobre el proceso, ni obviamente sobre los derechos en él implicados. Hay que reconocer que esta solución tiene dificultades importantes a la vista de la letra de la ley. Pero es la conclusión que nos parece más coherente con la posición real del Ministerio Fiscal en relación con el objeto del proceso. El Ministerio Fiscal podrá apoyar la posición de la parte demandante o de la demandada en la medida en que coincidan con el “interés de la ley”, pero no podrá sustituir a esas partes en el ejercicio de sus facultades de disposición. Esto es coherente con la configuración subjetiva del proceso: si el Ministerio Fiscal no tiene poderes para ejercitar la acción, parece lógico que tampoco pueda tenerlos para mantenerla cuando la parte demandante la retira; si no puede allanarse, porque no puede obligarse a satisfacer la pretensión, tampoco tiene sentido que pueda recurrir si la parte demandada consiente la condena y, por las mismas razones, resulta razonable que no pueda oponerse a una transacción que ponga fin al proceso. El Ministerio Fiscal sería parte, pero una parte impropia y con poderes limitados. Lo contrario respeta, sin duda, la letra de la ley, pero lleva a “oficializar” el proceso en un grado, que paradójicamente sería difícilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues privaría a las partes de una serie de facultades que hacen ese derecho reconocible. La tutela judicial efectiva no sólo consiste en entrar en el proceso y actuar en él; comprende también la facultad de salir.

**HAY PROCESOS DE TUTELA
FUERA DEL PROCESO
ESPECIAL DE TUTELA**

III. ¿CUÁL ES EN REALIDAD EL OBJETO DEL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN SOCIAL? UN APUNTE SOBRE EL RIESGO DE DESBORDAMIENTO Y SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA TUTELA AL CONTENIDO PROPIAMENTE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

El Ministerio Fiscal tiene que estar –ya hemos visto por qué y en qué condición– en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales. Ahora tenemos que plantearnos a qué proceso estamos refiriendo esa intervención. El proceso de tutela de los derechos fundamentales, que se regula en los artículos 175 a

182 de la LPL, es sin duda el que se ha establecido con esa finalidad en desarrollo de las previsiones del artículo 53.2 CE en el ámbito social³⁹. Pero conviene matizar que este proceso especial no es el único cauce del que se dispone para la protección laboral de los derechos fundamentales. Hay –valga la paradoja– procesos de tutela fuera del proceso de tutela.

Así, en primer lugar, el propio legislador ha excluido del proceso especial ciertas pretensiones que se enumeran en el artículo 182 LPL (extinción del contrato, despido, vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos e impugnación de convenios)⁴⁰. En segundo lugar, hay que tener presente que el proceso especial es un proceso optativo, en la medida en que el demandante puede tomar la decisión de encauzar su reclamación por un procedimiento diferente (SSTC 90/1997 y 19/1998 y SSTs de 18 de mayo de 1992, RJ 3562, 7 de noviembre de 1995, RJ 8353 y 30 de mayo de 2002, RJ 7565)⁴¹. Como advierte el propio TS, este carácter optativo “resulta de lo dispuesto por el invocado artículo 53.2 de la Constitución, que si bien impone la existencia de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, no concibe al mismo como cauce procesal único para obtener la tutela judicial frente a violaciones de derechos de tal clase, sino con el valor optativo indicado; así lo demuestra la expresión ‘podrá’ que incluye en su texto. Consecuentemente con tal previsión constitucional, la LPL, al instaurar el proceso correspondiente, lo configura como instancia optativa, permitiendo, por consiguiente, que el demandante decline utilizarlo, por preferir que su pretensión se sustancie por el cauce procesal que corresponda por razón de la materia sobre la que aquélla versa. Tal carácter optativo, resaltado por el artículo 174.1 de la Ley últimamente citada, resulta por otra parte solución lógica, teniendo en cuenta el estrecho objeto que, para el mencionado proceso, fija el artículo 175 de la misma Ley” (STS de 21 de marzo de 1995, RJ 2175).

Por otra parte, es necesario tener presente también que se trata de un proceso con un objeto limitado⁴². Es importante subrayar esto porque desde el primer momento quedó claro que una de las principales amenazas que se cernían sobre este proceso era el riesgo de desbordamiento. El proceso especial de tutela es un cauce privilegiado en cuanto procedimiento urgente y preferente. Por ello, para que funcione correctamente tiene que tener un uso selectivo. Es como el carril bus o los servicios de urgencia: si todos los utilizan pierden su funcionalidad; ya no sirven⁴³. Es necesario reconducir este cauce procesal a

(39) En este sentido, F. VALDÉS DAL-RÉ, “El proceso de protección de la libertad sindical...”, *loc. cit.*, págs. 464-471.

(40) Vid. I. ALBIOL MONTESINOS, “Modalidad procesal de la tutela de la libertad sindical de los derechos de libertad sindical”, en AAVV, *La nueva Ley de Procedimiento Laboral*, tomo XIII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1990, págs. 1212-1215.

(41) Sobre estas notas características de este proceso especial, R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “La tutela judicial de la libertad sindical (y II)”, *AL*, núm. 4, 1991, págs. 45-47.

(42) Sobre el carácter limitado de este proceso, I. ALBIOL MONTESINOS y A. BLASCO PEÑICER, *Proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 13 y ss.; I. ALBIOL MONTESINOS, “Modalidad procesal de la tutela...”, *loc. cit.*, págs. 1226-1231.

(43) A. DESDENTADO BONETE, “¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral?”, *La Ley*, núm. 4013, 1996. También F. CAVAS MARTÍNEZ, *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales

sus justos términos, evitando que se utilice para deducir pretensiones que en realidad se fundan en infracciones de la legalidad ordinaria⁴⁴.

Hay varias causas que impulsan el desbordamiento. Así, en primer término, hay que citar la doctrina constitucional sobre el contenido adicional de la libertad sindical (STC 39/1986)⁴⁵ y sobre su ampliación funcional a la actividad típica del sindicato (negociación colectiva y conflictos colectivos, señaladamente), que ha dilatado sustancialmente la materia sindical a la que alcanza este proceso (STS de 12 de noviembre de 2002, RJ 2326/2003). En segundo lugar, actúa en el mismo sentido una práctica forense que con excesiva frecuencia trata de llevar pretensiones ordinarias al proceso de tutela para utilizar sus ventajas. Hay, en tercer lugar, otra causa que puede asociarse a una especie de inflación alegatoria de los derechos fundamentales, que está llevando en la práctica a una banalización de la invocación de los derechos fundamentales, que en muchos casos se ha convertido en una cláusula de estilo (SSTS de 2 de abril de 2001, RJ 2723, y 21 de febrero de 2005, RJ 4612).

Para evitar este desbordamiento y garantizar, con ello, la efectividad de este cauce procesal, la doctrina judicial insiste en la cognición limitada del artículo 176 LPL, excluyendo del proceso especial las pretensiones que no sean de tutela de un derecho fundamental o que se basen en fundamentos distintos de la vulneración del derecho fundamental. No pueden tener cabida en este proceso las pretensiones que se funden en normas infraconstitucionales. Este criterio ha quedado definitivamente perfilado, tras un largo proceso de elaboración, en la STS de 14 de julio de 2006, RJ 6454⁴⁶. Dice esta sentencia que en un derecho fundamental, como la libertad sindical, cabe distinguir cuatro contenidos relevantes⁴⁷. El primero —el contenido esencial— es el que deriva directamente de la Constitución y forma un núcleo de facultades sin el cual el derecho fundamental no es reconocible; el segundo —el contenido constitucional— incorpora, junto al contenido esencial, un contenido histórico variable que introduce la Ley Orgánica; el tercer contenido adicional es que se añade por la regulación de normas infraconstitucionales (leyes ordinarias, reglamentos, convenios colectivos). Hay además en la libertad sindical una ampliación funcional que cubre el contenido típico de la actividad del sindicato (negociación colectiva, conflictos colectivos⁴⁸, representación en la empresa). La sentencia concluye que el contenido constitucional del derecho —el contenido esencial más el contenido histórico que introduce la Ley Orgánica— es el que entra dentro del ámbito del proceso de tutela, mientras que el contenido adicional, que no está en la Constitución, ni en la ley orgánica, queda fuera

(44) En este sentido, SSTS de 18 de noviembre de 1991, RJ 8245; 18 de mayo de 1992, RJ 3562; 21 de junio de 1994, RJ 6315; 14 de marzo de 1995, RJ 2007; 24 de enero de 1996, RJ 193; 12 de noviembre de 1996, RJ 8557; 14 de enero de 1997, RJ 24; 14 de noviembre de 1997, RJ 8312; 24 de noviembre de 1997, RJ 8617; 19 de enero de 1998, 18 de enero de 1998, RJ 994; 20 de junio de 2000, RJ 5960; 10 de julio de 2001, RJ 9583; 6 de octubre de 2001, RJ 3743; 28 de marzo de 2003, RJ 7134; 19 de enero de 2005, RJ 1570, y 14 de julio de 2006, RJ 6454.

(45) Vid. también SSTC 1/1994, 332/1994, 333/1994, 40/1995, 201/1999, 70/2000, 44/2004 y 281/2005.

(46) Un extenso comentario de esta sentencia en Y. MANEIRO VÁZQUEZ, “La sumariedad cualitativa como característica del proceso de tutela de la libertad sindical, con especial referencia a la STS de 14 de julio de 2006”, *AL*, núm. 20, 2007.

(47) La delimitación de estos contenidos es aplicable a otros derechos fundamentales, salvo en lo relativo a la ampliación funcional que cubre la actividad sindical típica que es una materia específica de la libertad sindical.

(48) Con excepción de la huelga que es objeto de un derecho fundamental específico.

del objeto del proceso de tutela. En cuanto a la ampliación funcional, señala la sentencia comentada que hay que ponderar en cada caso lo que constituye la actividad sindical típica y lo que son contenidos accidentales incorporados por las normas ordinarias. Esta doctrina acota de forma decisiva el ámbito del proceso de tutela y la intervención del Ministerio Fiscal en la medida en que ese ámbito queda limitado exclusivamente al contenido constitucional de los derechos fundamentales.

IV. ¿EN QUÉ PROCESOS DE TUTELA ESTÁ PREVISTA LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL?

En principio, la Ley prevé, como hemos visto, la intervención del Ministerio Fiscal únicamente en el proceso especial de tutela. No obstante, la jurisprudencia ha ido extendiendo esa intervención a otros procesos. El origen de esa ampliación está probablemente en la STC 257/2000, que aplicó la regla de la intervención del sindicato como coadyuntante, propia del proceso especial de tutela, a las modalidades procesales a que remite el artículo 182⁴⁹. En efecto, formalmente al menos, la remisión del artículo 182 LPL a un proceso distinto se hace con todas las consecuencias, lo cual supone, en principio, la desaparición de las garantías específicas del proceso de tutela, sin perjuicio de que alguna de ellas pudiera resultar aplicable fuera de la modalidad especial, como ocurre con la regla general del artículo 96 sobre carga de la prueba, que rige en los supuestos “en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación” o de lesión de derechos fundamentales. Pero el Tribunal Constitucional ha entendido que esta remisión no puede ser óbice para llevar a los procesos de tutela excluidos por el artículo 182 las garantías previstas para la tutela judicial de los derechos fundamentales.

En todo caso, el Tribunal Supremo ha seguido esta “tesis integrativa” (STC 10/2001) y la ha aplicado a la intervención del Ministerio Fiscal, aunque esto podría resultar ya más discutible. Así se establece en las SSTs de 29 de junio de 2001 (RJ 7796), 19 de abril de 2005 (RJ 5057), 9 de junio de 2005, (RJ 5851) y 15 de noviembre de 2005 (RJ 10074). En estas sentencias se sostiene que “el artículo 53.2 de la Constitución prevé un único proceso revestido de todas las garantías para la protección de los derechos fundamentales”, de forma que “el legislador ordinario puede desarrollar, pero no diversificar por razón del objeto de la pretensión o de la conducta que produce la lesión; y tal previsión se frustraría si se privara de las garantías inherentes al proceso de tutela, a los procesos que, por mandato legal, deben tramitarse inexcusablemente por alguna de las modalidades del artículo 182”, cuando además en algunos de estos procesos se debaten decisiones que tienen una

(49) Sobre esta sentencia, J. GARCÍA MURCIA y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La tutela de la libertad sindical y la intervención del sindicato como coadyuvante”, *Aranzadi Constitucional*, núm. 1, 2001. Algunos autores ya habían mantenido esta interpretación con anterioridad, vid. J. GÁRATE CASTRO, “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales”, *Revista Xuridica Galega*, 1999, págs. 47 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ, “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en *Poder Judicial*, número especial sobre la Ley de Procedimiento Laboral, Madrid, 1991, págs. 482 y 483.

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales

especial transcendencia para una correcta protección de los derechos fundamentales. De ahí que para el Tribunal Supremo “habría que considerar *ultra vires* toda regulación dual por parte del legislador delegado que privara a una sola de las modalidades procesales previstas, de las garantías propias de la tutela; y más en concreto que excluyera la presencia del Ministerio Fiscal como parte en el proceso”.

El círculo de la intervención se amplía, ya que hemos pasado de una intervención en función del procedimiento a una intervención en función de la materia y así en todo proceso que se alegue la lesión de un derecho fundamental tendría que intervenir el Ministerio Fiscal. Sin embargo, esta última afirmación hay que matizarla, porque no es esto lo que dice la doctrina a la que se acaba de hacer referencia. Lo que mantiene la Sala Cuarta del Tribunal Supremo es que la intervención del Ministerio Fiscal se extiende no sólo al proceso de tutela regulado como tal en la LPL, sino también a los procesos excluidos por el artículo 182 LPL. Pero hay otros procesos que no se sustancian como procesos de tutela, pero que no están excluidos por el artículo 182. Se trata de pretensiones que no han entrado en el proceso de tutela, porque el actor, en atención al carácter optativo de esta modalidad procesal, ha decidido seguir otro cauce ordinario o especial que no está comprendido en las exclusiones del precepto citado ¿Interviene también en estos procesos el Ministerio Fiscal?

La respuesta debería ser negativa, porque ha sido la propia parte la que ha renunciado a la garantía, al haber elegido libremente una vía en la que ésta no está prevista. Pero ¿es realmente la intervención del Ministerio Fiscal una garantía a la que se pueda renunciar? Si por garantía entendemos una facultad que se concede a la parte para lograr la efectividad de su tutela en el proceso, fácilmente se advierte que la intervención del Ministerio Fiscal no puede calificarse como una garantía de esta clase, porque, como ya hemos visto, esa intervención tiene otra función que se vincula al interés público en la defensa de los derechos fundamentales. Es una medida de colaboración con el órgano judicial o con la parte cuyo interés coincide con el de la ley, pero no es una garantía para esa parte. Si es así, la opción voluntaria de la parte demandante por un proceso distinto del de tutela no excluiría la intervención del Ministerio Fiscal, porque la causa que justifica esa intervención –la defensa del derecho fundamental– persiste, aunque el demandante haya excluido el cauce de la modalidad especial de tutela.

**LA JURISPRUDENCIA
HA IDO EXTENDIENDO
LA INTERVENCIÓN
DEL MINISTERIO FISCAL A
OTROS PROCESOS FUERA
DEL PROCESO ESPECIAL
DE TUTELA**

En resumen, tendríamos tres procesos con intervención del Ministerio Fiscal: el proceso formal de tutela, los procesos excluidos por el artículo 182 LPL, en los que se ejercite una pretensión de tutela, y los procesos por los que el actor haya optado para ejercitar esa pretensión en lugar de acudir al proceso de tutela.

V. ¿TIENE QUE INTERVENIR EL MINISTERIO FISCAL EN TODOS LOS PROCESOS EN LOS QUE SE ALEGUE LA INFRACCIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL? UN EXAMEN DE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CITACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE TUTELA

Comprobado ya que la Ley prevé la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso especial de tutela y que esa intervención se extiende o puede extenderse a todos los procesos en que se alega la lesión de un derecho fundamental, la siguiente pregunta que cabe formular es si esa intervención debe producirse de forma necesaria en todos y cada uno de estos procesos bajo sanción de nulidad. La respuesta negativa se impone con fuerza. La ley no ha podido establecer esto, porque sería una auténtica catástrofe tanto para la protección procesal de los derechos fundamentales, como para el funcionamiento del Ministerio Fiscal. Debemos considerar dos hipótesis: 1) que no se cite al Ministerio Fiscal y 2) que, citado el Ministerio Fiscal, éste no comparezca. La primera –bastante frecuente en la práctica⁵⁰– podría conducir a una serie de declaraciones de nulidad que acabarían perturbando una de las funciones básicas del proceso de tutela de los derechos fundamentales: la rapidez de la respuesta judicial a las lesiones de esos derechos. La segunda reviste menos gravedad, porque el proceso continúa, pese a la “rebeldía” del Ministerio Fiscal⁵¹, pero con ello se resiente la autoridad de la norma y el prestigio de la institución, si la ausencia del Ministerio Fiscal se considera como un incumplimiento de un deber procesal. Examinemos ahora una tercera hipótesis: que el Ministerio Fiscal sea citado y comparezca efectivamente en todos los procesos laborales en los que se alega la vulneración de un derecho fundamental. Es probablemente el peor de todos los escenarios, porque el Ministerio Fiscal carece de medios personales para atender esta tarea sin descuidar otras funciones más importantes y porque el coste de estas comparencias en términos de efectivos y de trabajo no se justifica en una asignación racional de recursos.

Para ello basta tener en cuenta el elevado número de procesos en que se alega la vulneración de los derechos fundamentales y la escasa seriedad de esta alegación en un número significativo de ellos, como consecuencia del complejo fenómeno de la banalización de la invocación de los derechos fundamentales. Un dato significativo. En Madrid hay dos fiscales asignados al orden social y las citaciones recibidas fueron 210 en el mes de junio

(50) Para personarse en el proceso, el Ministerio Fiscal tiene que tener conocimiento de éste, pero el demandante en ocasiones omite pedir en su demanda la citación del Ministerio Fiscal y no siempre esta eventual omisión puede corregirse por el órgano judicial. Además en los procesos que no se sustancian dentro del proceso de tutela la alegación expresa de la violación no puede siempre establecerse con claridad a partir de la demanda, pues ésta no tiene que contener la fundamentación jurídica.

(51) Artículo 83.3 LPL. Vid. STS de 22 de julio de 2004 (RJ 7480).

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales

de 2007⁵², lo que significa que es materialmente imposible atenderlas sin un aumento significativo de efectivos y sin una coordinación horaria con los juzgados, que no es nada fácil de instrumentar. Se dirá que siempre cabe aumentar la plantilla, pero hay que preguntarse si está justificada la asunción de este coste en función de algo contingente como es que en una demanda se invoque la violación de un derecho fundamental. En materia procesal, como en otras facetas de la vida, se puede ser hobbesiano o rousseauiano, pero sin duda constituye un exceso de rousseauianismo pensar que cada vez que se alega en una demanda la violación de un derecho fundamental existe realmente esa violación y afecta además al interés público, sobre todo cuando la alegación se produce en un proceso en el que no hay costas por vencimiento.

Pero volvamos al ámbito de lo estrictamente jurídico. Si el Ministerio Fiscal fuera parte en el proceso, tendría que ser citado y su falta de citación determinaría la nulidad de actuaciones. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo se inclinó al principio por esta tesis en la STS de 26 de diciembre de 1996 (RJ 9855), señalando que la intervención del Ministerio Fiscal “es un elemento esencial del procedimiento que por ello mismo pertenece al orden público” y en atención a este carácter “constituye en nulos de pleno derecho los actos judiciales seguidos” sin haber practicado la citación del Ministerio público, “según previene el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Esta conclusión se relaciona más adelante con la consideración del Ministerio Fiscal como parte y la consiguiente indefensión. La sentencia añade que la ausencia del Ministerio Fiscal tanto en la instancia como en el recurso de suplicación no queda suplida por el dictamen que emite en el recurso de casación⁵³.

Este criterio ha sido, sin embargo, rectificado con posterioridad como puede verse en las SSTS de 29 de junio de 2001 (RJ 7796), 19 de abril de 2005 (RJ 5057), 9 de junio de 2005 (RJ 5851) y 15 de noviembre de 2005 (RJ 10074). Estas sentencias utilizan dos argumentos complementarios: uno relativo al ámbito de los motivos de casación y otro relativo al carácter de la infracción procesal. Así, se dice que la falta de citación del Ministerio Fiscal no tiene entrada en el artículo 205.c) de la LPL como motivo de casación y tampoco tiene encaje, como causa de nulidad, en el artículo 238.3 de la LOPJ, porque la ausencia del Ministerio Fiscal en el proceso no ha podido determinar una situación real de indefensión. En estas sentencias se distingue también entre la intervención prevista en el artículo 175.3 LPL y la que establece el artículo 171 de la misma ley en el proceso de impugnación de estatutos sindicales, en la que el Ministerio Fiscal ejercita de forma directa una acción de interés público en el proceso, con lo que sí asume un papel real de parte⁵⁴. Pues bien, si la falta de llamamiento al proceso del Ministerio Fiscal es sólo una irregularidad no invalidante, eso significa que se está reconociendo que el Ministerio Fiscal no necesita defenderse en el proceso, porque no es parte, aunque pueda actuar en esta condición. El estatuto de parte impropia muestra aquí sus limitaciones: quien no sufre

(52) El desglose indica que se trata de 35 procesos de tutela, 130 despidos, 28 procesos exceptuados del artículo 182 LPL distintos del despido y 9 sin especificar.

(53) Vid. el criterio contrario en la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2003 (RJ 3041).

(54) Esta afirmación vale para el número 1 del artículo 171 LPL, que contempla la actuación del Ministerio Fiscal como demandante, pero no es aplicable para la intervención como parte impropia del artículo 171.3 LPL, que es igual a la que prevé el artículo 175.3 LPL.

los efectos del fallo no tiene una necesidad real de defenderse, aunque, por otras razones, pueda estimarse conveniente su presencia en el proceso. Esto tiene dos consecuencias. La primera es la ya examinada de que la falta de citación no determinará la nulidad de actuaciones; la segunda pone de relieve que habrá que ponderar en cada caso si la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso está realmente justificada por el interés público, lo que examinaremos en el apartado siguiente.

VI. ¿CÓMO SELECCIONAR LOS PROCESOS EN LOS QUE DEBE COMPARECER EL MINISTERIO FISCAL?

En realidad, si examináramos en términos de coste-beneficio la presencia del Ministerio Fiscal en los procesos de tutela, probablemente llegaríamos a la conclusión de que esa presencia resulta cuestionable en los términos tan amplios como se plantea. Quizá sería más efectivo en orden a la protección de los derechos fundamentales que el Ministerio Fiscal centrara sus esfuerzos en el ejercicio de la acción penal frente a las violaciones de esos derechos y en una participación más selectiva en los procesos laborales de tutela en lugar de asumir la carga de una presencia indiscriminada en cualquier proceso en el que se invoque la lesión de derecho fundamental. La ley coloca al Ministerio Fiscal en una posición difícil. Tiene que acudir a estos procesos sin posibilidad de obtener un conocimiento previo de los hechos, con una información muy sumaria, que es la que se desprende de la demanda, y sin poder realizar una investigación previa por su cuenta. En estas condiciones, sólo comenzará a formar criterio en el acto de juicio, a partir de la práctica de la prueba, con lo que la colaboración que puede prestar al órgano judicial y a las partes queda mermada en relación con el coste que supone su presencia en el pleito. A ello hay que añadir que, como hemos visto, el interés público en la protección de los derechos fundamentales no puede ejercitarse con autonomía, porque se trata de una materia que, al menos en el ámbito del proceso, queda dentro de la esfera de disposición de las partes. Por otra parte, la información que puede obtener por esta vía para el posible ejercicio de acciones penales podría conseguirse de forma menos costosa por otras vías⁵⁵.

Pero la ley ha previsto la intervención en los términos que se han examinado en los apartados anteriores, por lo que a ella hay que estar. Ahora bien, también ha quedado claro que, al no ser necesaria la presencia del Ministerio Fiscal para la viabilidad del proceso y al representar la intervención en el proceso un objetivo difícil de asumir en la práctica con la amplitud con que se suele concebir, tendría que aplicarse una cierta discrecionalidad a la hora de seleccionar los procesos en los que debe comparecer el Ministerio Público. De lo que se trata en definitiva es de ponderar en cada caso si existe el interés público que justifica la intervención.

(55) Si la intervención tiene una utilidad limitada, habría que preguntarse por qué se ha establecido con tanta amplitud y sobre todo por qué se mantiene con esa extensión después de comprobar sus problemas de aplicación práctica. Probablemente el legislador ha cedido a la función simbólica de la norma. Se prevé la intervención del Ministerio Fiscal porque de esta forma se transmite la imagen de una especial preocupación pública por los derechos fundamentales, mientras que si se elimina esa intervención se daría la imagen de que la protección de esos derechos no interesa a los poderes públicos.

El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales

Para hacer esta selección podrían considerarse los siguientes criterios:

En primer lugar, deberían eliminarse de entrada los procesos en los que las pretensiones de tutela denuncian lesiones que no se correspondan con el contenido constitucional del derecho fundamental. Esto permitiría excluir los procesos en los que se ventilan lesiones del llamado contenido adicional de la libertad sindical y de las ampliaciones funcionales que no correspondan a la actividad sindical típica del sindicato en el sentido precisado en el apartado 3. También quedarían fuera las pretensiones que se fundan en normas distintas de la CE o de la Ley Orgánica de desarrollo del correspondiente derecho fundamental.

En segundo lugar, habría que excluir las alegaciones sin una fundamentación seria en la demanda, es decir, las invocaciones meramente retóricas de los derechos fundamentales.

Por último, habría que excluir las pretensiones que no fueran especialmente relevantes para el interés público. Ésta es la exclusión más discutible, porque en principio toda lesión de un derecho fundamental afecta al interés público. Pero, puestos a aplicar un criterio económico de selección, hay que admitir que la afectación no es la misma en todos los casos. Habría que determinar si esa afectación del interés público queda suficientemente atendida estableciendo las normas y los cauces procesales necesarios para que los particulares defiendan su derecho o si es necesario algo más: en este caso la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso. Entramos en el ámbito de una valoración discrecional que tiene que utilizar criterios de justificación. Se puede atender a la afectación cuantitativa (número de personas afectadas) o a la cualitativa (gravedad de la lesión). Para el criterio cualitativo tendría un valor indicativo la tipificación: cuando se denuncien conductas lesivas de los derechos fundamentales que pueden constituir delitos estaríamos ante un supuesto relevante de intervención.

Con todo, la solución que se propone ni es segura, ni parece suficiente para superar el problema. Se impone, por tanto, la conclusión de que es necesario un cambio legislativo para plantear la actuación del Ministerio Fiscal en este campo sobre bases más realistas. De momento, la interpretación de la norma debe limitarse a no agravar el problema y a contribuir a reducirlo en la medida de lo posible.

**HAY QUE PONDERAR
EN CADA CASO SI EXISTE
EL INTERÉS PÚBLICO
QUE JUSTIFICA LA
INTERVENCIÓN
DEL MINISTERIO FISCAL**

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora

ANA M^a. BADIOLA SÁNCHEZ

Profesora Contratada Doctora.
Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Cantabria

Resumen

UN REPASO AL DESPIDO NULO POR EMBARAZO Y MATERNIDAD DE LA TRABAJADORA

La primera referencia normativa expresa al despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora tiene su origen en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Ese primer reconocimiento expreso ha sido recientemente mejorado y ampliado por la Ley de igualdad, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El presente trabajo analiza el origen y

evolución del despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora, las reglas generales sobre tutela de la discriminación por razón de sexo, la cobertura legal vigente, es decir, el período temporal de protección y otras cuestiones conceptuales relacionadas con este tema como son, entre otras, la relativa a la comunicación y conocimiento del embarazo y el despido durante el período de disfrute de excedencias por cuidado de hijos o familiares.

Abstract

A REVISION TO VOID DISMISSAL FOR PREGNANCY AND MATERNITY OF WOMAN WORKER

The first explicit normative reference with regard void dismissal for pregnancy and maternity leave against woman worker has its origin

in Law 39/1999, of November 5th, to promote conciliation between family obligations and labour responsibilities of worker people. This

first express recognition has recently been improved and extended in the Equality Law, Organic Law 3/2007, of March 22th, on the effective equality treatment between men and women. The present work analyzes the origin and evolution of the void dismissal due to pregnancy and maternity of the worker, the general protection rules of discrimination

based on sex, the legal current coverage, that is to say, the temporary period of protection and other conceptual matters related to this issue, such as, between others, relative to the communication and knowledge of the pregnancy situation and the dismissal during the enjoyment leave periods for child or relatives health care services.

Sumario:

I. Origen y evolución. II. Las reglas generales sobre tutela de la discriminación por razón de sexo: jurisprudencia constitucional y doctrina de suplicación. III. La cobertura legal: el período temporal de protección. IV. Algunas otras cuestiones: problemas conceptuales y carencias normativas. A) Comunicación y conocimiento del embarazo. B) Cómputo de faltas de asistencia consecuencia de enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia. C) Despido notificado durante el período suspensivo, pero aplicable a un momento posterior. D) Despido durante el período de disfrute de excepciones por cuidado de hijos o familiares.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

La primera referencia normativa expresa al despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora tiene su origen en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LC) que introduce importantes cambios normativos en materia de despido nulo.

Este primer reconocimiento expreso ha sido recientemente mejorado y ampliado por la Ley de igualdad, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LI), en los términos a que más adelante se hace referencia.

La LC, como primera norma referida al despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora, responde, básicamente a dos necesidades. Por un lado, a la necesidad de adaptar las normas a los cambios sociales consecuencia de la significativa incorporación de la

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

mujer al mercado de trabajo¹ y, por otro lado, a la necesidad de adaptar las normas internas a las normas internacionales y comunitarias preocupadas por fomentar un reparto equilibrado de tareas entre hombres y mujeres y por facilitar la conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales.

Se dice en el Preámbulo de la LC que “como consecuencia de la constatación de una evidente realidad social y de la valoración global de los cambios sociales efectivamente constatados a raíz de la incorporación masiva de la mujer al trabajo se toma conciencia de la necesidad de configurar un nuevo sistema de relaciones de trabajo que atienda, no sólo a las necesidades nacidas como consecuencia de las nuevas relaciones sociales surgidas, sino también a un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidad en la vida profesional y familiar”.

Antes de la promulgación de la LC resultaba criticable que la legislación española no tuviera normas dirigidas directamente a proteger contra el despido a la mujer embarazada o en situaciones próximas, relacionadas o posteriores al embarazo, teniendo en cuenta la Directiva comunitaria 92/85, de 19 octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia², y más en concreto la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el término del permiso de maternidad contenido en el artículo 10, apartado 1º, de la mencionada Directiva³.

Además, esta materia no sólo se contempla en normas comunitarias sino también en diversos Convenios de la OIT ratificados por España, y anteriores incluso a la Directiva comunitaria 92/85. Es el caso del Convenio de la OIT número 3, de 29 de octubre de 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y des-

**CON LA CRECIENTE
INCORPORACIÓN
DE LA MUJER
AL MERCADO LABORAL
SURGE LA NECESIDAD
DE ADAPTAR LAS NORMAS**

(1) J.F. LOUSADA AROCHENA, “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidos en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, *Actualidad Laboral*, núm. 25, 2000, pág. 441.

(2) Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE. Diario Oficial núm. L 348, de 28 de noviembre de 1992, págs. 0001-0008. Específicamente al respecto R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 260; J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 97, septiembre/octubre 1999, págs. 764 y 765.

(3) Incluso cuando el contenido protector de la maternidad y de la situación de embarazo de la mujer trabajadora contenido en esta última ya había sido objeto de una atención prioritaria en materia de prevención de riesgos laborales. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, coords. M.E. Casas Baamonde, M.C. Palomeque López y F. Valdés Dal-Ré, *La Ley/Actualidad*, Madrid, 1997, págs. 42 a 48.

pués del parto⁴, en cuyo artículo 4º se señala que tanto durante el período de descanso voluntario previo como durante el período de descanso obligatorio posterior al parto, e incluso durante un período posterior de ausencia al trabajo por enfermedad consecuencia del embarazo o parto “será ilegal que, hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique el despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”; asimismo del Convenio número 103, de 28 junio 1952, relativo a la protección de la maternidad⁵, que en su artículo 6º señala que cuando una mujer se encuentre ausente de su trabajo como consecuencia del disfrute del descanso por maternidad, del descanso prenatal suplementario o del descanso puerperal, será ilegal que su empleador le comunique su despido, o que la comunicación llegue a su conocimiento en fecha tal que el plazo de preaviso expire durante la mencionada ausencia, y el Convenio número 156, de 23 de junio de 1981, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares⁶, que en su artículo 8º dispone que “la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”⁷. Además, en el artículo 5 del Convenio número 158, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador⁸, en concreto en la letra e), se incluye “la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad” entre los motivos que no constituyen causa justa para la terminación de la relación de trabajo.

Con la LC se añaden a nuestro ordenamiento interno por vez primera una serie de supuestos de despido nulo vinculados con el embarazo y maternidad de la trabajadora y con la atención en general a deberes familiares por parte del trabajador. Estos despidos son nulos siempre, salvo calificación de procedencia.

Primero, se declara nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, o el notificado en fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

Segundo, se declara nulo el despido de los trabajadores con contrato suspendido por alguno de los motivos antes indicados o el notificado en fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

(4) Ratificado por España el 13 de julio de 1922 (Gaceta, 15), revisado por el Convenio núm. 103 de 1952.

(5) Ratificado por España el 26 de mayo de 1966 (BOE de 31 de agosto).

(6) Ratificado por España el 26 de julio de 1985 (BOE de 12 de noviembre).

(7) A.R. ARGÜELLES BLANCO, “La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral”, Tirant lo blanch, *Colección laboral*, núm. 69, Valencia, 1998, págs. 89-90. Consultados en L.E. DE LA VILLA GIL, I. GARCÍA NINET, M. NOGUEIRA GUASTAVINO, R. MORÓN PRIETO, D. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Leyes Sociales Internacionales y Comunitarias*, CEURA, Madrid, 1998, págs. 23 a 25, 373 a 378 y 597 a 600, respectivamente.

(8) Ratificado por España el 16 de febrero de 1985 (BOE de 29 de junio).

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

Tercero, se declara nulo el despido de los trabajadores, que hayan solicitado o estén disfrutando de los permisos a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 ET, esto es, el permiso de lactancia y la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, y el despido de los trabajadores que hayan solicitado la excedencia por cuidado de hijos o familiares a que se refiere el artículo 46.3 ET.

Es importante también que las nulidades como única alternativa a la procedencia en el caso de trabajadores con contrato suspendido no se refiere sólo a las extinciones disciplinarias sino que afecta a cualquier extinción que tenga su origen en alguna de las causas objetivas relatadas en el artículo 52 ET, porque esto supone una absoluta novedad, teniendo en cuenta que históricamente, cuando existía la nulidad como única alternativa a la procedencia en el caso de trabajadores con contrato suspendido⁹, esta nulidad sólo se aplicaba en caso de despido disciplinario.

Finalmente, la LI amplía el catálogo de causas de calificación de nulidad con la cobertura de una serie de supuestos adicionales.

Primero, se protegen los períodos de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, riesgo durante la lactancia natural y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural.

Segundo, se amplía la cobertura al período de solicitud y disfrute del permiso o reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier circunstancia tengan que permanecer hospitalizados a continuación del parto¹⁰, al período de disfrute, y no sólo de solicitud, de la excedencia del artículo 46.3 ET por cuidado de hijos o familiares, y se protege frente al despido a las trabajadoras víctimas de violencia de género, cuando éste tenga su origen en el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.

En tercer lugar, se protege a los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

A ello se añade de nuevo que “lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados”.

(9) Como es sabido, esta causa de nulidad del despido se incorpora al primer texto del ET y a la LPL del año 1980 y desaparece con la reforma del año 1994 –Ley 10 y Ley 11/1994, de 19 de mayo– cuando se elimina también la nulidad por defectos de forma en el despido disciplinario.

(10) Nuevo apartado bis del artículo 37.4 ET que añade la DA Octava.1 de la Ley 12/2001, de 9 de julio.

II. LAS REGLAS GENERALES SOBRE TUTELA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DOCTRINA DE SUPPLICACIÓN

La verdadera trascendencia de estas normas específicas se aprecia singularmente al analizar el resultado de aplicar en esta materia las reglas generales sobre tutela de la discriminación por razón de sexo.

Del análisis se deducen dos conclusiones evidentes. La primera, que las reglas generales no siempre han resultado efectivas en esta materia, y la segunda que, de hecho, se pueden encontrar sentencias que resuelven de modo distinto supuestos de hecho muy similares.

Por lo que respecta al cese por no superación del período de prueba de la trabajadora embarazada, o en situaciones próximas, relacionadas o posteriores al embarazo, resultan lo suficientemente significativas las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 94/1984, de 16 de octubre, 166/1988, de 26 de septiembre, y la más reciente STC 17/1007, de 12 de febrero.

En la STC 94/1984, de 16 de octubre, se analiza la demanda de amparo planteada por una trabajadora, enfermera de profesión, contratada temporalmente por una policlínica con un período de prueba de 3 meses de duración. Sucedió que transcurridos 8 días desde el inicio del contrato, la trabajadora permaneció de baja por amenaza de aborto, y el empresario decide comunicarle el término del contrato suscrito 13 días después de incurrir en tal situación de baja médica. La Magistratura de Trabajo había considerado discriminatoria la decisión extintiva y, en cambio, el Tribunal Central de Trabajo (TCT) consideró que la empresa había actuado en el ejercicio regular de un derecho no sujeto a motivación alguna, valorando una supuesta falta de adaptación de la trabajadora al sistema de trabajo en el Centro conforme lo señalado en el informe emitido por la Directora de enfermeras del Centro¹¹.

El TC, pese a señalar expresamente que la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales¹², concluye que la actora no fue discriminada por razón de sexo por dos razones: una, porque la policlínica contrataba habitualmente mujeres y, otra, porque la extinción de la relación laboral se produjo cuando la demandante de amparo ya no estaba en situación de embarazo.

En la STC 166/1988, de 26 de septiembre, se llega a una conclusión diferente. En este caso, también referido a una enfermera contratada temporalmente por el INSALUD, con

(11) Señala el TC que el Magistrado de trabajo había tratado la cuestión planteada como un despido y que, en cambio, el TCT la había enfocado como un caso de aplicación del artículo 14.2 ET.

(12) Que no se puede hacer valer por causas ajenas al propio trabajo.

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

un período de prueba de 15 días y destinada a la sección de diálisis, comunica su situación de embarazo y solicita traslado a otra sección en la que no hubiera incompatibilidad entre su estado y las exigencias del puesto de trabajo desempeñado. El INSALUD decide resolver el contrato de trabajo cuando aún no se había rebasado el período de prueba, sin motivar su decisión y sin dar explicación causal alguna. La Magistratura de Trabajo había considerado discriminatoria la extinción, pero el TCT había absuelto a la parte empleadora, lo mismo que en el supuesto anterior.

El TC señala que aunque la extinción durante el período de prueba no requiere causa se aprecian indicios de que el cese pudo ser por el embarazo y concluye que la empresa debió concretar que los motivos de la resolución eran ajenos al embarazo de la trabajadora a fin de justificar la razonabilidad de su conducta, pues la prohibición de discriminación es más intensa cuando el empleador es una Administración Pública¹³. Se rechaza que la libertad de desistimiento pueda excluir por principio la existencia de discriminación¹⁴ y se indica que “si la causa en virtud de la cual el contrato se resuelve ... es discriminatoria, la resolución es nula por atentar al principio de igualdad de la Constitución, artículo 14, y a su versión laboral del ET, artículo 17.1”¹⁵.

Más recientemente la STC 17/2007, de 12 de febrero¹⁶, en la que se analiza la legitimidad del despido de una trabajadora, empleada de Telefónica, cuyo contrato se extingue en base a una supuesta “no superación del período de prueba”, pero que se basa en las bajas laborales motivadas por sus dos embarazos. A la trabajadora se la despide cuando se encontraba nuevamente embarazada y se tienen en cuenta en este caso dos datos; por un lado, que antes de las bajas el rendimiento de la trabajadora había sido satisfactorio, dado que superó un período de prueba anterior de dos meses fijado en su primer contrato temporal y dado que se convirtió una relación laboral de carácter especial en otra ordinaria y de carácter indefinido;

**LAS REGLAS GENERALES
SOBRE LA TUTELA
DE LA DISCRIMINACIÓN
POR RAZÓN DEL SEXO
NO SIEMPRE
HAN RESULTADO EFECTIVAS**

(13) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación...”, cit., pág. 267; F. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 13.

(14) A. OLLERO, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pág. 124. Sobre ambas SSTC, págs. 128 y ss.

(15) Discriminación por razón de embarazo y no por razón de sexo como se concreta por M. ALONSO OLEA, “Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pág. 619.

(16) Comenta la Sentencia J.I. GARCÍA NINET, “Segundo período de prueba, embarazos, abortos y resolución del contrato (despido) por bajo rendimiento durante dichos períodos: suman y siguen las discriminaciones contra las mujeres a causa de sus embarazos”, *Tribuna Social*, núm. 196 de 2007, págs. 5 a 12.

por otro lado, que la empresa no acredita causa alguna, y la inexistencia de la causa de la extinción del contrato, dada la improcedencia de la fijación de un segundo período de prueba tras la novación contractual al ser las funciones a desempeñar idénticas¹⁷. Se indica finalmente que la empresa demandada no acredita la existencia de causa alguna, fundada y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión fue ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora¹⁸.

De la jurisdicción ordinaria y en el mismo sentido que las SSTC comentadas, varias sentencias. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 4 de junio de 1992¹⁹, que se refiere a una empleada de una empresa de seguros, que había formalizado un contrato escrito en el que se hizo constar un período de prueba de 90 días laborales. La trabajadora embarazada ve extinguido su contrato de trabajo por no superación del período de prueba. En este caso se indica, con cita de la jurisprudencia constitucional mencionada²⁰, que la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho y que ante el hecho conforme del embarazo de la actora, no se había dado razón alguna que acreditara, o al menos intentara hacerlo, la razón o valoración profesional o personal que se tuvo en cuenta para entender no superado el período de prueba de la actora. No se considera relevante que en la empresa había otra mujer también embarazada ni que la empresa empleara un número significativo de mujeres²¹.

En la STC 17/2007 se analiza precisamente un dato semejante y se dice que el hecho de que no se haya discriminado a otras embarazadas no puede considerarse determinante, pues ello no obsta a que en este concreto supuesto se haya producido la discriminación denunciada²².

En los mismos términos la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 16 de junio de 1994²³ se refiere al despido de una trabajadora, diplomada en enfermería que había suscrito contrato temporal de un año de duración con período de prueba de 15 días al objeto de impartir clases de enfermería, y que al cabo de unos días presentó baja por maternidad. En este caso, la entidad empleadora le remite una carta en la que se le comunica la decisión de dar por extinguido el contrato de trabajo²⁴.

(17) FJ 5°.

(18) FJ 7°.

(19) Ar. 3412.

(20) SSTC 94/1984 y 166/1988, FJ 2°.

(21) FJ 2°.

(22) FJ 6°, “no puede justificarse la corrección desde el punto de vista constitucional de las actuaciones de la empresa sobre la base de su previo comportamiento no discriminatorio por referencia a otras embarazadas”.

(23) Ar. 2362.

(24) En este caso se indica que “la propia invocación causal del cese que se hace en la carta lleva implícita la discriminación”, FJ Único.

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

Asimismo, entre otras, la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2000²⁵, referida a una trabajadora contratada como subencargada de una pizzería con contrato eventual por circunstancias de la producción y período de prueba de 6 meses. Se señala expresamente que “era exigible a la empresa una prueba completa de que la trabajadora no superaba el período de prueba al que estaba sometida la relación” y que “la insignificancia de las imputaciones que se le hacen pone de relieve la conexión clara de la decisión empresarial con la situación personal de la trabajadora y, por consiguiente, ha de motivar la declaración de nulidad del despido”²⁶.

Otras sentencias se refieren a extinciones por falta de prórroga o extinción anticipada del contrato de trabajo temporal de la trabajadora embarazada, o en situaciones próximas, o relacionadas con el embarazo. Favorables a la nulidad del cese la conocida STC 173/1994, de 7 de junio, y la más reciente STC 17/2003, de 30 de enero.

En la primera de ellas se llega a tratar como despido radicalmente nulo una situación en la que ni siquiera existía relación laboral, extendiéndose el marco protector de la tutela antidiscriminatoria a la potestad discrecional empresarial en materia de contratación²⁷. Se trataba en este caso de una trabajadora, vigilante de museos, que había formalizado sucesivos contratos temporales con el Ministerio de Cultura, quien decide no prorrogar el último de ellos por 6 meses más, como hizo con el resto de trabajadoras contratadas también temporalmente, tras conocer el embarazo de la trabajadora que recurre finalmente en amparo.

Con el valioso sustento de que le sirve al TC que entre los hechos declarados probados por la sentencia de instancia se incluyera que la razón de la no renovación del contrato había sido el embarazo de la empleada²⁸, concluye el Alto Tribunal que la no renovación del contrato no puede considerarse como un acto de libertad del empleador sino como un acto contrario al principio de igualdad y de no discriminación proclamado en el artículo 14 de la CE, por lo que sus efectos discriminatorios contrarían la efectividad de la decisión e implican necesariamente la concesión de la prórroga del referido contrato, en los mismos términos en que lo fueron los restantes contratos temporales²⁹. Recuerda el TC que la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada sino que también incluye estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan una relación de conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona.

(25) Ar. 1222.

(26) FJ Único, párrafo 13º. Más recientemente, STSJ de Cataluña de 23 octubre de 2001, Ar. 836.

(27) A. OLLERO, *Discriminación por razón de sexo...*, cit., pág. 128; F. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, cit., págs. 13 y 14, expresamente, pág. 14, “el Tribunal hace avanzar la eficacia de la prohibición constitucional de no discriminación por razón de sexo al estadio anterior a la relación laboral ya formalizada que es el acceso al empleo”; asimismo al respecto, A. MONTOYA MELGAR, “Discriminación por razón de sexo (Cuatro Sentencias del Tribunal Constitucional)”, *Documentación Laboral*, núm. 45, 1995, págs. 20 y 21.

(28) A. MONTOYA MELGAR, “Discriminación...”, cit., pág. 20.

(29) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación...”, cit., pág. 262; A. MONTOYA MELGAR, “Discriminación...”, cit., pág. 21; F. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, cit., pág. 14.

La posterior STC 17/2003 se refiere al despido de una trabajadora que trabajaba para el Instituto Municipal de Educación de Barcelona con contrato para obra o servicio determinado que se extingue cuando se queda embarazada. En este caso se valora como antecedente que con anterioridad otro cese habría estado motivado por el embarazo de una trabajadora del mismo centro de trabajo; también se tiene en cuenta la coincidencia en el tiempo del conocimiento del embarazo en el centro de trabajo y el cese, y la falta de motivación para resolver la relación laboral que se relaciona con la finalización de un programa, mucho tiempo antes de la ejecución del acto extintivo³⁰. Señala el TC, con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark, que de la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo y que la protección de esa Directiva frente a perjuicios causados por el embarazo protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con éste, ya sea temporal o indefinido el contrato³¹.

De la jurisdicción ordinaria, citar la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de abril de 1992³², referida a una trabajadora contratada como médico interino para sustituir a un facultativo en situación de incapacidad temporal (IT) cuyo contrato se extingue antes de finalizar la IT del trabajador sustituido y como consecuencia de su propio proceso de IT por maternidad; la STSJ de Valencia de 11 de diciembre de 1991³³, referida a una trabajadora contratada como recepcionista con contrato temporal que se extingue antes de la llegada del término en base a una supuesta amortización del puesto de trabajo, tras comunicar la trabajadora a su empleador su estado de embarazada³⁴; la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 5 de marzo de 1999³⁵ referida a una trabajadora contratada sucesivamente con diversos contratos de naturaleza temporal para desempeñar funciones como psicóloga y monitora en la Cruz Roja a quien no se le renueva el último de los contratos tras conocerse su situación de embarazo, y, entre otras, la STSJ de Aragón, de 28 de febrero de 2000³⁶, que se refiere al caso de una trabajadora contratada por el Ministerio de Educación y Cultura y la Diputación General de Aragón, como asesora lingüística en trabajo coordinado con los maestros de Educación Infantil, a quien no se le renueva el contrato temporal suscrito al inicio del nuevo curso escolar, cuando se encontraba en situación de descanso por maternidad³⁷.

(30) FJ 5º.

(31) FJ 3º.

(32) Ar. 6496.

(33) As. 6827.

(34) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "La aplicación...", cit., págs. 263 y ss.

(35) Ar. 1716.

(36) As.1600.

(37) Con cita, también en este caso, de las SSTC 94/1984 y 166/1988, y de la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 4º.

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

Como criterio más restrictivo, si bien es cierto que el TC no se pronuncia en este caso sobre el fondo del asunto, es obligado citar la STC 3/1995, de 10 de enero. En este caso, la recurrente en amparo suscribió un contrato de trabajo temporal para fomento del empleo, prorrogado a su término por un año más; la demandante quedó embarazada y la Dirección de la empresa le comunicó entonces verbalmente y de forma oficiosa su decisión de cesarla en su puesto de trabajo. Posteriormente causó baja por parto, y es cesada de la empresa. En este caso el problema de fondo era la reclamación por la trabajadora de una indemnización por daños y perjuicios al ser una acción no acumulable a la de despido, petición que había sido rechazada por el TSJ³⁸. El TC, como antes se apuntaba, no entra a resolver sobre el fondo del asunto al no haberse acudido previamente al recurso de casación para la unificación de doctrina señalando que mediante la formalización del mencionado recurso se hubiera conseguido, no sólo el restablecimiento de la unidad de doctrina jurisprudencial, supuestamente rota por la Sentencia impugnada en amparo, sino el examen por el Tribunal Supremo (TS) del problema planteado directamente ante el TC, problema planteado, por lo tanto, sin agotar los recursos procedentes en la vía judicial que exige el artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)³⁹.

En la misma línea restrictiva, citar las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 24 de diciembre de 1993 y de Andalucía, Granada, de 8 de enero de 1991⁴⁰. Más recientemente las SSTSJ de Cataluña de 8 de febrero de 1999⁴¹ y de Madrid de 14 febrero de 2000⁴².

**EL DESPIDO POR RAZÓN
DEL EMBARAZO
ES UNA DISCRIMINACIÓN
DIRECTA BASADA
EN EL SEXO**

(38) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "La aplicación...", cit., pág. 262.

(39) La Sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Presidente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer que discrepa de la decisión adoptada por la mayoría y que considera inadmisibile desde la perspectiva de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, el pronunciamiento judicial transcrito, al menos por un doble orden de razones. De un lado, porque según la doctrina del TC, una vez que la parte demandante ha asumido con éxito la carga de probar la existencia de indicios de discriminación en el contrato de trabajo, corresponde a la demandada alegar y acreditar los fundamentos de su decisión, excluyendo la posibilidad de que ésta pueda estar basada en un motivo discriminatorio, y ello es predicable de todos los poderes y facultades empresariales, tanto los que, por exigencia legal, han de estar fundados en causas concretas, como aquellos otros que en circunstancias distintas serían discrecionales, y en todo caso no estarían sujetos a la carga de exteriorizar su motivación. De otro lado, porque el pronunciamiento judicial se basa en que en el caso concreto no es posible considerar producida discriminación alguna porque, siendo como es libre la decisión de prorrogar el contrato, y no existiendo un derecho a que la prórroga se produzca, imponer al empresario el abono de una indemnización por no hacerlo supondría reconocer la existencia de una prórroga forzosa, contraria al espíritu y la letra de la norma. Sin embargo, se concluye que, conforme a lo ya señalado en la STC 173/1994, cuando dicha diferenciación peyorativa se materializa en la no contratación o en la falta de prórroga del contrato de trabajo, no puede sostenerse que sólo cuando está en curso una relación laboral puede generarse una conducta de esta naturaleza, mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga de no mediar la circunstancia del embarazo de la trabajadora, claramente vinculada con un factor prohibido de discriminación.

(40) Ar. 5432 y 448, respectivamente. Analizadas ambas por R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "La aplicación...", cit., págs. 264 y 265.

(41) Ar. 5522.

(42) Ar. 1543.

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de diciembre de 1993⁴³, se califica de improcedente el cese de una empleada de una empresa dedicada a la contrata de limpiezas vinculada a ella por diversos y sucesivos contratos de naturaleza temporal. El último de ellos se extingue cuando la trabajadora se encontraba de baja por maternidad. La Sentencia concluye que se trata de una extinción por mera llegada del término pactado y que no se trata de cesar a la trabajadora de baja por maternidad. Señala expresamente que “no estamos ante un supuesto encajable en el artículo 55.6 del ET, que se refiere al despido de los operarios por causa disciplinaria teniendo suspendido su contrato de trabajo, ni mucho menos ante un despido discriminatorio del artículo 108.2.d) al no atisbarse ni siquiera indicio de ello”⁴⁴.

Asimismo, la STSJ de Andalucía, Granada, de 8 de enero de 1991⁴⁵ referida a una trabajadora de Correos y Telégrafos contratada con contrato temporal de duración inferior a la del resto de trabajadores contratados con puntuación inferior a la suya en la relación confeccionada por la Jefatura Provincial para la selección de aspirantes a ser contratados por dicha Jefatura. En este caso, el carácter urgente de las funciones a desempeñar y el avanzado y evidente estado de gestación en el momento de la firma del contrato fueron motivos suficientes para que la Sala considerara que existía una situación razonablemente desigual a la que se le podía dar un tratamiento distinto sin infringir ni el artículo 17 ET ni el artículo 14 de la Constitución⁴⁶.

Finalmente, la STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 1999⁴⁷ considera la concurrencia en el tiempo entre embarazo y cese como una mera coincidencia, y además valora dos factores determinantes, por un lado, que no constaba que la empleadora realmente hubiera tenido la oportunidad de conocer que la trabajadora se encontraba embarazada antes de notificarle el cese y, por otro lado, el numeroso grupo de mujeres en plantilla. La STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2000⁴⁸, por su parte, se refiere expresamente ya a las nuevas nulidades implantadas con la Ley de Conciliación, subrayando, para declarar el despido improcedente, que no puede aplicarse su normativa por ser su entrada en vigor posterior a la fecha de término del contrato de trabajo⁴⁹.

III. LA COBERTURA LEGAL: EL PERÍODO TEMPORAL DE PROTECCIÓN

De la conjunción de supuestos de despido nulo que añaden la LC y la LI resultan cuatro períodos o lapsos temporales protegidos –artículos 53.4.a), b) y c) y 55.5.a), b) y c) ET

(43) As. 5432.

(44) FJ Único.

(45) As. 448.

(46) FJ 2°.

(47) As. 5522.

(48) As. 1543.

(49) FJ 2°.

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

y artículo 108.2.a), b) y c) LPL-, de los vinculados con la maternidad, paternidad y la atención, en general, a deberes familiares.

La primera secuencia temporal expresamente protegida es la que transcurre durante el embarazo, es decir, desde el comienzo del embarazo hasta el inicio del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad o riesgo durante el embarazo.

En palabras del TS, el despido de la trabajadora durante el embarazo se considera un supuesto particular de despido discriminatorio⁵⁰.

El segundo período temporal de protección abarca los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural.

El tercero de los períodos objeto de protección abarca el disfrute de los permisos previstos en el artículo 37.4, 4 bis y 5 ET, es decir, permisos y reducciones de jornada por lactancia, nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, guarda legal de un menor o discapacitado, o cuidado de un familiar, y las excedencias del artículo 46.3 ET, es decir, por cuidado de hijos o familiares.

Finalmente, se protege a los trabajadores con posterioridad al término de los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

IV. ALGUNAS OTRAS CUESTIONES: PROBLEMAS CONCEPTUALES Y CARENCIAS NORMATIVAS

A) Comunicación y conocimiento del embarazo

A pesar de la claridad con que se expresan las normas se han planteado algunos problemas conceptuales, además de detectarse ciertas carencias normativas, en buena medida atendidas por la LI.

De entrada, una de las principales cuestiones que se han planteado en relación con la protección frente al despido de la trabajadora embarazada ha sido precisamente el propio concepto de trabajadora embarazada. La explicación a esta singular duda interpretativa se encuentra en la lectura del artículo 10.3 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo en donde se dice que los estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere su artículo 2 contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1. A su vez en el apartado a) del mencionado artículo 2, bajo

(50) STS de 19 de julio de 2006 (recurso 387/2005).

la rúbrica “Definiciones”, se dice que es trabajadora embarazada “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Al hilo de esta definición, se plantean, por lo tanto, dos cuestiones. Por un lado, si se debe considerar como requisito necesario el conocimiento por parte del empresario del embarazo de la trabajadora o si la protección opera de forma automática por el hecho del embarazo. Por otro lado, se cuestiona también si es necesario para que se apliquen las normas del ET que la trabajadora le comunique su estado al empresario, según indica la Directiva comunitaria.

Los pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria, inmediatamente anteriores en el tiempo a las nuevas nulidades, habían venido valorando, como uno de los datos importantes a la hora de calificar como nulo el cese, o bien el estado de embarazo evidente, o bien la prueba sobre el conocimiento por parte de la empresa de la condición de embarazada de la trabajadora despedida, en tanto que así se deducían los indicios de discriminación a través de los que operaba la distribución de la carga de la prueba. Otro de los datos importantes, teniendo en cuenta que se estaban aplicando las reglas generales en materia de discriminación y despido nulo, había sido, hasta el momento, el reconocimiento de la improcedencia del despido en el acto de conciliación, en tanto que entonces la empresa no había intentado demostrar, siquiera, que la causa de despido alegada era cierta y descartaba los indicios discriminatorios precisamente acreditados a través de los datos anteriores⁵¹.

Al omitir el ordenamiento interno tal definición se entendió, en su día, que el criterio legal era el de no exigir a la mujer trabajadora que comunicara su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85/CEE⁵², y que la protección operaba de forma automática sin necesidad de probar que el empresario era conocedor de tal circunstancia⁵³.

La doctrina de suplicación señaló que “es pues clara la contradicción en este punto entre la normativa europea y la interna, en que la Ley interna establece una regulación más favorable para la trabajadora y que por tanto protege más su situación de mujer embarazada frente a los posibles despidos de que pueda ser objeto por esta causa, que no obstante

(51) Estado de embarazo evidente y reconocimiento de la improcedencia en el acto de conciliación en la STSJ de Asturias de 4 de diciembre de 1998, Ar. 4407; conocimiento por parte de la empresa del embarazo y reconocimiento de la improcedencia del despido en el acto de conciliación en las SSTSJ de Cantabria de 8 de marzo de 1999, Ar. 5337, y de Cataluña de 7 de enero y 6 de octubre de 1999, Ar. 1096 y 4204, respectivamente.

(52) STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000, Ar. 2651.

(53) J. CABEZA PEREIRO, “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, 2000, núm. 61, pág. 37. El TSJ de Cantabria, en Sentencia de 29 de diciembre de 2001, Ar. 284, señaló que “siempre que se produzca un despido estando embarazada la trabajadora, el despido sólo puede ser calificado como procedente, justificado en causas disciplinarias ajenas al embarazo, o nulo, y ello con independencia de que el empresario conozca o no la situación de embarazo de la trabajadora”. Con anterioridad a ésta, STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2001, Ar. 3511.

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

ha de resolverse no conforme al principio de primacía de la europea, sino conforme al principio de norma más favorable, propio del Derecho del Trabajo, reiteradamente aplicado por el Tribunal de Justicia, que ha declarado que en el caso de que la legislación nacional establezca una norma más favorable que la europea, es aquélla la aplicable”⁵⁴.

El TS en cambio, ha señalado que es necesario que el empresario conozca la situación de embarazo para que el despido sea calificado como nulo⁵⁵. Para probar ese conocimiento no es necesario demostrar que la trabajadora ha comunicado expresamente tal circunstancia al empresario, lo cual en ningún caso es exigible porque sería lesivo del derecho a la intimidad⁵⁶, bastando con que el empresario tenga conocimiento de tal situación, bien porque sea apreciable a simple vista, bien porque se trate de un hecho conocido en el centro de trabajo.

La primera y principal razón en que se basa el TS a favor de considerar el conocimiento por el empleador del estado de embarazo como elemento o requisito constitutivo del despido nulo de la trabajadora embarazada es que la LC concebiría dicha calificación “como un supuesto particular de ‘despido discriminatorio’, esto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares”.

Para esta posición mayoritaria, aunque no unánime⁵⁷, la tesis de la “nulidad objetiva” del despido por embarazo, tal como expresamente se indica⁵⁸, implica la nulidad del despido por el hecho en sí del embarazo, y no se ajustaría “a la finalidad de la norma expresa”. La configuración del despido nulo de la tra-

**NO SE PUEDE EXIGIR
A LA MUJER EMBARAZADA
QUE COMUNIQUE SU
ESTADO AL EMPRESARIO**

(54) STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2005 (AS 2006/453), con cita de las SSTJCE de 17 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 319), 9 de noviembre de 2000 (TJCE 2000, 268), Thelen, 5 de febrero de 2002 (TJCE 2002, 39), Kaske, entre muchas, según la cual “37. Según jurisprudencia reiterada, el Derecho comunitario no se opone a que un derecho nacional establezca normas más favorables que el propio derecho comunitario si las normas así impuestas resultan compatibles con éste. En este sentido se citan, entre otras, las Sentencias de 10 de diciembre de 1969, Duffy, 34/69, Rec. pg. 597, apartado 9; de 6 de marzo de 1979, Rossi, 100/78, Rec. pg. 831, apartado 14, y de 7 de julio de 1992, Singh, C-370/90, Rec. pg. I-4265, apartado 23”. La STSJ de Cataluña se refiere a una extinción por causas económicas y organizativas que, no obstante, se declara procedente por existencia de causa.

(55) STS de 19 de julio de 2006 (recurso 387/2005), Ar. 6653 y, en los mismos términos, STS de 19 de julio de 2006 (recurso 1452/2005), Ar. 8040.

(56) La STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3º, señala que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, incorpora las disposiciones comunitarias “sin requerir expresamente que se haya producido la comunicación formal al empresario”, FJ 6º, expresamente “no es exigible la comunicación al empresario, al pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (artículo 18.1 CE)”.

(57) 10 Magistrados a favor y 7 Magistrados formulan voto particular.

(58) FJ 4º.

bajadora embarazada como un supuesto especial de “despido discriminatorio” presenta, en cambio, al artículo 55.5 ET como norma dedicada íntegramente al despido nulo por lesión de derechos fundamentales.

Al respecto únicamente indicar que está claro que si el despido nulo de la trabajadora embarazada se considera como un supuesto especial de despido discriminatorio, debe existir una vinculación entre tal calificación de nulidad del despido y el conocimiento del embarazo por parte de quien despide. Sin embargo, la conclusión contraria también hubiera encontrado argumentos válidos.

Así, se puede argumentar, en primer lugar, que una interpretación literal del artículo 55.5 ET conduce a una conclusión distinta. El precepto indica que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” y a ello añade que “será también nulo el despido en los siguientes supuestos...”, distintos del despido discriminatorio. Tal como se indica en el voto particular de la STS comentada “los despidos discriminatorios están en el párrafo primero y los automáticos en el segundo ... a tal efecto es significativo que, después de recoger el precepto indicado en su apartado primero el despido discriminatorio, señale expresamente que ‘también’ serán nulos otros específicos supuestos de despido entre el que incluye el de la mujer embarazada...”.

En segundo lugar, también se puede considerar que los antecedentes históricos del propio concepto de despido nulo permiten sustentar una opción favorable a la tesis de la nulidad objetiva. Esto es así, en tanto que el original artículo 55.6 ET contemplaba la nulidad de los trabajadores con contrato suspendido, salvo calificación de procedencia, de modo que no cabía en estos casos la calificación de improcedencia. El fundamento de esta singular protección histórica, vigente desde el original texto del ET hasta la reforma del año 1994 cuando se elimina también la nulidad por defectos de forma en el despido disciplinario, se situaba en la debilidad o especial vulnerabilidad que se atribuía al trabajador con contrato suspendido. Teniendo en cuenta este dato se puede entender perfectamente que lo que ahora se recupera es la existencia de diferentes situaciones, vinculadas en este caso con el embarazo y maternidad de la trabajadora y con la atención en general a deberes familiares por parte del trabajador que, al margen de que supongan o no una suspensión del contrato, revelan un momento que requiere de especial protección frente al despido, ya tenga su origen éste en tales causas –despido discriminatorio– o se base en causas distintas, pero no acreditadas⁵⁹.

Esto significa, en definitiva, que no es la primera vez que la calificación de despido nulo se prevé como única alternativa a la procedencia, de modo que se puede interpretar perfectamente que la norma añade una relación expresa de supuestos a los que atribuye una específica y singular protección.

(59) C. MOLINA NAVARRETE, “La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados”, *Diario La Ley*, núm. 6615, 2006, pág. 9 de su versión en westlaw.

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

En tercer lugar, también se puede hacer hincapié en el hecho de que el heterogéneo catálogo de supuestos adicionales de despido nulo no obliga a identificar necesariamente despido nulo con despido discriminatorio. Así, junto a los despidos discriminatorios –lesivos de la prohibición de discriminar–, se encuentran los despidos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, los despidos nulos por defectos de forma o por fraude de ley en la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas –artículo 53.4 ET y artículo 122.2.a), b) y d) LPL–⁶⁰ o los despidos colectivos nulos, en aquellos casos en que la empresa no obtiene la previa autorización administrativa –artículo 124 LPL–.

Por todo ello, se puede entender perfectamente que los supuestos de despido nulo durante el embarazo, maternidad, y demás, específicamente protegidos, son supuestos distintos del despido discriminatorio nulo.

Finalmente, se puede interpretar que el legislador contempla el embarazo como cláusula de blindaje frente a despidos injustificados. Desde este punto de vista esta previsión específica se podría considerar una “acción positiva”, una cláusula de blindaje o garantía de indemnidad frente a despidos injustificados o arbitrarios al margen de que concurra o no un móvil discriminatorio.

Se puede considerar una medida de acción positiva en tanto que la protección es transitoria, teniendo en cuenta que el propio embarazo es transitorio, es una protección que se puede considerar adecuada y necesaria, en la medida en que sólo el despido nulo impide la extinción indemnizada y asegura la continuidad de la relación contractual de trabajo, y es proporcional, en la medida en que no es indiscriminada o incondicional, pues el empresario puede acreditar o justificar la existencia de causas razonables para despedir a la trabajadora y el despido será entonces procedente⁶¹.

El segundo argumento que utiliza el TS es el argumento de la “seguridad jurídica”. Se dice que, además de que el argumento anterior bastaría por sí solo para sustentar el necesario conocimiento por el empresario del estado de gestación de la trabajadora como requisito que condiciona la calificación del despido nulo, esta exigencia se ajusta al principio de “seguridad jurídica” (artículo 9.3 CE), lo que no sucede en el caso contrario⁶². Se dice que un entendimiento del precepto legal que prescindiera por completo del conocimiento que tenga el empleador del embarazo provocaría un “riesgo adicional”⁶³ al empleador que despide sin justificación a una trabajadora embarazada y que puede no conocer cuáles serán los efectos de su despido.

(60) En reciente STS de 18 de abril de 2007 (recurso 4781/2005), se confirma la nulidad del despido objetivo por causas económicas por no comunicar el cese a la representación de los trabajadores, tal como exige el artículo 53.1.c) ET.

(61) C. MOLINA NAVARRETE, “La garantía de indemnidad...”, cit., págs. 14 y 15 de su versión en *westlaw*. Sobre la jurisprudencia constitucional en materia de medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales, me permito citar a I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y A.M. BADIOLA SÁNCHEZ, “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia”, *Justicia Laboral*, núm. 15, agosto de 2003, págs. 37 y ss.

(62) FJ 5º.

(63) C. MOLINA NAVARRETE, “La garantía de indemnidad...”, cit., pág. 16 de su versión en *westlaw*.

En este sentido, se puede citar la jurisprudencia comunitaria expuesta en la STJCE de 4 de octubre de 2001, Caso *Tele Danmark*⁶⁴, asunto C-109/00, en donde se señala que “Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el perjuicio económico sufrido por el empresario o las necesidades inherentes al buen funcionamiento de su empresa no pueden justificar el despido de una trabajadora embarazada, dado que el empresario debe asumir el riesgo de las consecuencias económicas y de organización del trabajo producidas por el embarazo de sus empleadas”⁶⁵. En esta STJCE también se indica que tanto de la Directiva 76/207/CE como de la Directiva 92/85/CE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario, y que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado cuando éste no precise tener noticias de ello para el cumplimiento de sus obligaciones.

En tercer lugar, el TS acude a un argumento de interpretación histórica combinado con un argumento de interpretación conforme a Derecho Comunitario⁶⁶. Se dice que la LC se inspira en la Directiva 92/85, cuyo artículo 10 remite al artículo 2 de la Ley, y que en su letra a) indica que “A efectos de la presente Directiva se entenderá por trabajadora embarazada cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

El TS subraya que la jurisprudencia comunitaria no ha declarado inexigible dicho requisito, y cita la STJCE *Tele Danmark* indicando que en ese caso la trabajadora embarazada había comunicado a la empresa su estado de embarazo antes de que se produjera el despido.

Finalmente se indica que la exigencia de conocimiento del embarazo por el empresario para que se pueda considerar el despido nulo “no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del artículo 55.5.b) ET, (en tanto que) este precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal *iuris et de iure* ... del móvil discriminatorio”. A ello se añade que “a diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio ..., en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora sólo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación”⁶⁷.

Al respecto, únicamente reiterar la posible conclusión favorable a una regulación interna que mejora la normativa comunitaria⁶⁸, y reflexionar sobre la exigencia probatoria que

(64) C-109/00, que cita también, entre otras SSTJCE, la STC 17/2003.

(65) Fundamento 23°. C. MOLINA NAVARRETE, “La garantía de indemnidad...”, cit., pág. 16 de su versión en *westlaw*.

(66) FJ 6°.

(67) FJ 7°.

(68) En el voto particular de la STS comentada también se hace referencia a la superior garantía de la norma española y a la no transcripción literal de la norma comunitaria.

Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad

se requiere de la trabajadora, no especificada expresamente en la norma, y que en ocasiones puede presentar una especial dificultad.

En la STC 17/2003 se señala que el silencio de los hechos sobre si el empresario conoce o no el embarazo no es por sí solo suficiente para descartar la existencia de un panorama indiciario cuando concurren otros datos que permiten deducir la probabilidad de la lesión, sobre todo cuando el desconocimiento empresarial del embarazo tampoco fue declarado y cuando no es exigible la comunicación al empresario, como antes se ha indicado, por pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora⁶⁹.

B) Cómputo de las faltas de asistencia consecuencia de enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia

Otra de las novedades que introduce la LC en materia de despido afecta al absentismo laboral previsto como supuesto extintivo en el artículo 52.d) ET; la LC añade a la maternidad, como faltas de asistencia no computables a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, las debidas a riesgo durante el embarazo o a enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia.

La reciente STC 17/2007, de 12 de febrero, antes comentada, se refiere precisamente al despido de una trabajadora en base a una supuesta “no superación del período de prueba”, pero que se basa, en cambio, en las bajas laborales motivadas por sus dos embarazos.

En el caso hasta el momento anterior a las bajas motivadas por sus embarazos, el rendimiento de la recurrente había sido satisfactorio para la empresa, ya que, de otro modo, ni habría superado el período de prueba de dos meses fijado en su primer contrato temporal, ni se le habría ofrecido la conversión de su relación laboral especial en otra ordinaria y de carácter indefinido, antes de la conclusión de aquél. Se aportan, por lo tanto, indicios racionales de discriminación y la empresa no acredita la existencia de causa alguna, fundada y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión fue ajena a las faltas motivadas por los embarazos de la trabajadora.

**EL EMBARAZO
NO PUEDE TENER
EL MISMO TRATAMIENTO
QUE LA ENFERMEDAD
COMÚN**

(69) FJ 6º.

Se recuerda la doctrina comunitaria expuesta en la STJCE de 30 de junio de 1998, Caso Brown, en donde se indica que el embarazo no puede tener el mismo tratamiento que la enfermedad común. Se señala que “si la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora se encuentra motivada en la disminución del rendimiento, y este último se ha cifrado sin tener en cuenta las ausencias en el trabajo por motivos derivados de su estado gestacional, en definitiva, el cese obedece a la aparición de riesgos inherentes a tal estado y, por lo tanto, debe calificarse como fundado esencialmente en el embarazo. Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y supone una discriminación directa por razón de sexo”⁷⁰.

C) Despido notificado durante el período suspensivo, pero aplicable a un momento posterior

En tercer lugar, una de las carencias previas que ha subsanado en parte la LI se refiere a los despidos posteriores a los períodos suspensivos protegidos.

Algunos pronunciamientos judiciales previos, al tratarse de supuestos íntimamente vinculados con la maternidad, utilizaron la cobertura tradicional de la discriminación por razón de sexo. Así, el Juzgado de lo Social número 1 de Pamplona, Navarra, en Sentencia de 3 de mayo de 2000⁷¹, analiza y declara nulo el despido disciplinario de la trabajadora notificado dos días después de la fecha en que se reincorpora tras la baja maternal⁷².

La LI atiende a esta cuestión y añade una nueva causa de calificación de nulidad según la cual será nulo el despido “de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo”.

Al respecto, sin dejar de reiterar la carencia que subsana la norma, mencionar otros supuestos de suspensión para los cuales no se extiende la protección más allá del período suspensivo, como es el caso de la suspensión por riesgo durante la lactancia natural o enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia. La suspensión por riesgo durante el embarazo no plantea, en cambio, problemas, en tanto que finaliza cuando se inicia la suspensión por maternidad biológica, o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado⁷³.

(70) FJ 6º. En esta STJCE se indica que “aunque los trastornos y complicaciones del embarazo pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen “riesgos inherentes al embarazo” y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado”.

(71) Ar. 1635.

(72) Señala la Sentencia comentada que procede declarar la nulidad del despido al apreciarse existencia de discriminación por razón de sexo, entendiéndose que ésta comprende este tratamiento peyorativo a la maternidad de la demandante y sus circunstancias previas, embarazo, período de IT y baja maternal.

(73) Artículo 48.5 ET.

D) Despido durante el período de disfrute de excedencias por cuidado de hijos o familiares

Finalmente, otra de las cuestiones que se han venido planteando y que en este caso resuelve la LI se refiere a la cobertura de los períodos de excedencia prevista en el apartado 3º del artículo 46 ET, es decir, la excedencia por cuidado de hijos o familiares. A partir de la LC se protegía a los trabajadores que hubieran solicitado el disfrute de dichas excedencias, pero no se decía nada del despido de los trabajadores que se encontraran disfrutando de ellas, como sí se concretaba, en cambio, en los casos de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento y en los casos de despido de trabajadores que se encontraran disfrutando de alguno de los permisos y reducciones de jornada a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 ET.

En una primera lectura la sorpresa ante tal omisión parecía conducir a una conclusión favorable a considerarlo como una mera redacción defectuosa. La interpretación contraria parecía conducir al absurdo de que si el empresario represaliaba al trabajador después de su solicitud, pero antes del disfrute, el despido era nulo, pero si lo hacía después, una vez iniciada la situación de excedencia, el despido era improcedente. Además, en el anteproyecto de la LC dicha situación quedaba subsumida en la nulidad del despido de trabajadores con contrato suspendido⁷⁴.

Sin embargo, la ley era tan clara al respecto que excluía sin duda la excedencia por cuidado de hijos o familiares desde el inicio de la suspensión del contrato, sobre todo porque en el resto de los supuestos protegidos la norma lo establecía expresamente⁷⁵.

Una apuesta favorable a la hora de que los tribunales pudieran considerar la omisión referida como un mero error podía encontrarse en la cláusula comunitaria origen de la mencionada previsión expresa legal en donde se hace referencia a la necesidad de que se adopten las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado o estar disfrutando de un permiso parental⁷⁶, aunque bien es cierto que la Directiva se refiere al permiso parental y no a las excedencias por cuidado de familiares, y en estas últimas las nulidades podían plantear mayores problemas aplicativos⁷⁷.

En todo caso, la reciente LI lo añade e indica que es nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 ET⁷⁸.

(74) J.F. LOUSADA AROCHENA, "Las novedades...", cit., pág. 447.

(75) J. CRUZ VILLALÓN, "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, número extraordinario, pág. 96.

(76) Cláusula 2.4 de la Directiva 96/34/CEE, mencionada.

(77) J.F. LOUSADA AROCHENA, "Las novedades...", cit., pág. 447.

(78) Artículo 53.4.2.b) y artículo 55.5.2.b) ET; artículo 108.2.2.b) LPL.

Novedades y lectura “comunitaria” de la Ley 38/2007: particular incidencia en los derechos de información y consulta

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Cantabria

Resumen

Novedades y lectura “comunitaria” de la Ley 38/2007: particular incidencia en los derechos de información y consulta

La Ley 38/2007 se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con el propósito principal de transponer, con divergencias no siempre fáciles de interpretar, las Directivas 2002/14/CE y, con menor profundidad, 2002/74/CE. Esta última es objeto de transposición parcial sumándose la Ley 38/2007 a la sucesión de modificaciones legales que en los últimos años vienen recalando en el texto del artículo 33 ET, depurando su dicción, reflejo de insolencias liquidatorias y no, e incorporando unos nuevos apartados, 10 y 11, a los efectos del establecimiento de una regla de competencia, a favor de la lex loci laboris, y de un deber de colaboración en los procedimientos transnacionales de insolvencia. En relación con la Directiva 2002/14/CE, la Ley modifica los artículos 4.1.g), 64 y 65 ET, sin alterar radicalmente sus contenidos pero depurando sus-

tancialmente su sistemática. Nueva ordenación que preserva la autonomía normativa de ciertos espacios al tiempo que define y proclama como básicos los derechos de información y consulta. Derechos que se regulan, en primer lugar, diferenciando una cláusula general, ámbitos específicos de ejercicio y la forma de hacerlos valer; en segundo lugar, delimitando positiva, atendiendo a su periodicidad, y negativamente el derecho de información, y, en tercer lugar, discriminando derechos de información y consulta, este último con la posibilidad de incluir la emisión de un informe que, con distintos argumentos en uno u otro sentido, parece formar parte del procedimiento de consulta. Este comentario analiza los cambios legales comparando el nuevo tenor legal con su inmediato precedente y con las previsiones comunitarias.

Abstract

Novelties and “community” reading of the Law 38/2007: particular incidence in the rights of information and consultation

The Law 38/2007 is incorporated to our juridical order with the main purpose of transposing, with divergences not always easy to interpret, the Directives 2002/14/CE and, less deeply, the 2002/74/CE. This last one is object of partial transposition adding the L. 38/2007 to the succession of legal modifications that in the last years have come saturating the text of the article 33 ET, purifying its diction, reflection of liquidatory insolvencies and not, and incorporating some new sections, 10 and 11, to the effects of the establishment of a competence rule, in favor of the lex loci laboris, and of an obligation of collaboration in the transnational procedures of insolvency. In connection with the Directive 2002/14/CE, the Law modifies the articles 4.1.g), 64 and 65 ET, without radically altering its contents but purifying its systematic

substantially. New ordination that preserves the normative autonomy of certain spaces at the time that defines and proclaims as basic the rights of information and consultation. Rights that are regulated, in the first place, differentiating a general clause, specific environments of exercise and the form of asserting them; in second place, delimiting in a positive way, according to its periodicity, and negatively the right of information; and, in third place, differentiating between rights of information and of consultation, this last one with the possibility of including the emission of a report that, with different arguments in one or another sense, it seems to be part of the consultation procedure. This comment analyzes the legal changes comparing the new legal text with its immediate precedent and with the community forecasts.

Sumario:

I. Introducción. II. Modificaciones relativas a los derechos, deberes y competencias de la representación de los trabajadores. A) Derechos de información y consulta. a) Derecho de “información”. b) Información y consulta. a’) Emisión de informes. B) Competencias. C) Sigilo profesional. III. Modificaciones relativas a la protección de los trabajadores ante insolvencia empresarial. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 38/2007, de 16 de noviembre (BOE del 17), por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (en adelante, LICPI), aborda estas materias vanagloriándose, acaso en exceso, de la dinamicidad, del carácter vivo, de nuestro, por otra parte, digno Derecho del Trabajo. Derecho que, en buena medida, se presenta como dúctil y adelantado a su tiempo¹. LICPI que, conviene señalar, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (Disposición Final Sexta).

Anticipación y adaptabilidad de nuestro Derecho del Trabajo que se ilustra utilizando como término de comparación el Derecho Comunitario en materia social, “cuyas prescripciones han requerido tan sólo de pequeñas adaptaciones a la hora de adoptar las medidas legislativas del Estado español para la consecución de los efectos requeridos por las diferentes Directivas de la Unión Europea” (Preámbulo I, segundo párrafo). Ilustración que, dada su condición de norma de transposición, viene al caso. No obstante, aunque ulteriormente matizada², no constituye en nuestra opinión el mejor término de comparación³.

Anclada en términos generales en el artículo 149.1.7^a CE y, a los concretos efectos del nuevo apartado 5 del artículo 65 ET, en el artículo 149.1.6^a (Disposición Final Tercera LICPI), la LICPI transpone a nuestro derecho interno dos directivas comunitarias. En primer lugar, la Directiva 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002,

**NUESTRO ORDENAMIENTO
JURÍDICO LABORAL SE
HA ADAPTADO E INCLUSO
ADELANTADO A SU TIEMPO**

(1) Derecho, nuestro ordenamiento jurídico laboral, cuya “tradicón y raigambre histórica han permitido su adaptación a lo largo del tiempo e, incluso, su anticipación respecto de los modernos marcos de relaciones laborales” (Preámbulo I, primer párrafo, LICPI).

(2) Matiz que nace de la declarada –declarada por exigencias comunitarias– necesidad de adaptar nuestra legislación a las disposiciones de la Directiva 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea y a la Directiva 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L de 8 de octubre de 2002, núm. 270), que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (cursiva suprimida del nombre de la directiva por el artículo 1 de la Directiva 2002/74/CE) (Preámbulo II y Disposición Final LICPI).

(3) Considerando la finalidad armonizadora de la norma comunitaria, que toma precisamente como punto de partida la realidad jurídica de los Estados miembros, limitándose así sus posibles divergencias. Y considerando también, en segundo lugar, la dudosa existencia de un auténtico Derecho Social Comunitario y consiguiente grado en la maduración de estas normas que ello implica.

por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, tardíamente a la luz de su artículo 11, mediando incluso la condena a nuestro Estado de la Sentencia de la Sala Séptima del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de julio de 2007 (DOUE de 25 de agosto de 2007). Transposición ulterior incluso a la fecha de 23 de marzo de 2007, prevista en su artículo 12 a efectos de la revisión por la Comisión de la aplicación de dicha directiva. En segundo lugar, transpone también la Directiva 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DOL de 8 de octubre de 2002, núm. 270), que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (cursiva suprimida del nombre de la directiva por el artículo 1 de la Directiva 2002/74/CE) (Preámbulo II y Disposición Final LICPI). Normativa que junto a la propia de la OIT⁴, evidencia la tradición, también en la normativa supranacional, en la regulación de esta materia.

Transposición que —explica la norma— se efectúa de forma conjunta por afectar exclusivamente al ET (Preámbulo I, párrafo tercero). Afectación exclusiva del ET desmentida por el contenido de sus disposiciones finales, que conllevan modificaciones del TRLISOS, menores, y del TRLPL. Y que no se agota en la LICPI, particularmente en la última de las citadas normas comunitarias de la que constituye transposición parcial. Amén de ello, habitual cláusula de estilo, la DF Quinta autoriza al Gobierno para elaborar el oportuno desarrollo reglamentario necesario a la aplicación y desarrollo de la ley.

Comprende en realidad la LICPI un cuádruple contenido, adquiriendo indudable relevancia la doble transposición comunitaria reseñada, en la que nos centraremos. Junto a esta doble transposición se aprecia, en tercer lugar, una modificación del TRLISOS desvinculada de esta transposición. Así, la DF Primera LICPI modifica el artículo 48, apartados 1, 2 y 3 TRLISOS, regulador de disposiciones relativas a la atribución de competencias sancionadoras, incrementando la entidad de las horquillas pecuniarias delimitadoras de la competencia de uno u otro órgano en el ámbito de la Administración General del Estado, reflejadas ahora en euros⁵. Conversión de pesetas a euros que no se había actualizado por la Resolución de la Subsecretaría de 16 de octubre de 2001⁶.

(4) Convenio núm. 135 y Recomendación núm. 143, relativos a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, ambas de 23 de junio de 1971, entre otras normas.

(5) Así, en el artículo 48.1 las horquillas anteriores iban desde “hasta 1 millón”, pasando por “hasta 5 millones” y “hasta 10 millones” a “hasta 15 millones”, todo ello en pesetas. Las actuales lo hacen desde “hasta 12.500 euros”, pasando por “hasta 62.500 euros” y “hasta 125.000 euros” a “hasta 187.515 euros”. En el artículo 48.2 las horquillas precedentes comprendían de “hasta 5 millones” a “hasta 100 millones”, pasando por “hasta 15 millones” y “hasta 50 millones”, todo ello en pesetas. Las actuales comprenden desde “hasta 40.985 euros” a “hasta 819.780 euros” pasando por “hasta 123.000 euros” y “hasta 409.900 euros”. Finalmente, el artículo 48.3 diferenciaba la autoridad sancionadora competente en dos horquillas, sanciones de hasta 1 millón de pesetas y desde esta cuantía hasta 5 millones y la descalificación. Ahora estas horquillas son hasta 7.600 euros y hasta 37.920 euros y la descalificación.

(6) Resolución esta mentada por A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, “Comentario de urgencia a la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el Estatuto de los Trabajadores, en Materia de Información y Consulta de los Trabajadores y en Materia de Protección de los Trabajadores Asalariados en Caso de Insolvencia del Empresario”, *Tirant On Line*, TOL1.210.149 (DAAA_30), epígrafe 6.

Novedades y lectura “comunitaria” de la Ley 38/2007

Permanece, no obstante, inalterada la dinámica del derecho sancionador administrativo laboral, esto es, la propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y sanción por la Autoridad Laboral competente, Autoridad igualmente invariada (competente a nivel provincial, Director General competente, Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Consejo de Ministros a propuesta del anterior, para los números 1 y 2, y órgano directivo del que dependa el Registro de Sociedades Cooperativas y Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales en el artículo 48.3).

Por último, tal y como expresamente reconoce el Preámbulo III, antepenúltimo párrafo, LICPI, ésta aprovecha igualmente la ocasión para “adecuar la normativa laboral a la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal, que reduce la multiplicidad de procedimientos concursales conducentes a la declaración de insolvencia y en consecuencia a la intervención del Fondo de Garantía Salarial como institución de garantía del pago de los créditos laborales no satisfechos por la empresa que se encuentra en dificultades económicas, estableciendo un procedimiento único de concurso suficientemente flexible para permitir su adaptación a las diferentes situaciones posibles”. Adecuación operada mediante la modificación del artículo 33.1 ET sustituyendo la referencia a la suspensión de pagos, a la quiebra y al concurso de acreedores por una sucinta referencia al procedimiento de concurso.

II. MODIFICACIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS, DEBERES Y COMPETENCIAS DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

El Preámbulo II LICPI interpreta o, mejor dicho, parafrasea la Directiva 2002/14/CE advirtiendo que “los derechos de información y consulta ejercitados con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo, en el marco de la estrategia europea para el empleo basada en los conceptos de “anticipación”, “prevención” y “empleabilidad”, intensificando el diálogo social para facilitar un cambio compatible con la salvaguarda del objetivo prioritario del empleo”⁷.

Sustentado en estos beneficiosos efectos, así como en una preocupación, más manifiesta en la normativa comunitaria de referencia que en nuestra legislación interna, por reducir el tratamiento jurídico, excesivamente orientado a posteriori, de los procesos de cambio⁸, los apartados uno, cinco y seis del artículo único LICPI proceden a modificar los

(7) Así, los considerandos 9 y 10 de dicha Directiva comunitaria manifiestan literalmente lo siguiente:

“(9) La información y la consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo.

(10) La Comunidad ha definido y está aplicando una estrategia para el empleo basada en los conceptos de ‘anticipación’, ‘prevención’ y ‘empleabilidad’, que deben ser incorporados como elementos clave en todas las políticas públicas, incluidas las políticas de empresa, que pueden influir positivamente en el empleo, mediante la intensificación del diálogo social a fin de facilitar un cambio compatible con la salvaguarda del objetivo prioritario del empleo.”

(8) El Considerando 13 de la Directiva 2002/14/CE afirma que “los marcos jurídicos existentes a nivel comunitario y nacional en materia de información y consulta de los trabajadores están a menudo excesivamente orientados hacia el

artículos 4.1.g), 64 y 65 ET, reajustados ahora a los dictados de aquella norma comunitaria. Modificaciones que, siguiendo las líneas de actuación apuntadas en el Preámbulo II LICPI, se exponen detalladamente a renglón seguido. Y que no alteran, en lo esencial, la anterior estructura de contenidos, perfectamente identificable en la nueva normativa, pero cuanto menos depuran su sistemática.

Muy probablemente no tiene presente el legislador que la regulación del artículo 64 ET se predica respecto del comité de empresa y que a partir del año 1984 el artículo 62.2 ET amplía dicho predicamento a los delegados de personal intensificando las obligaciones de empresarios más modestos en términos de plantilla, opción distinta a la del artículo 3.1 de la Directiva que con la finalidad de proteger a la pequeña y mediana empresa sitúa el umbral mínimo de aplicación de sus disposiciones en las empresas con un mínimo de 50 trabajadores en un Estado miembro o de 20 trabajadores en un centro de trabajo en dicho ámbito, mejorando así nuestra norma el mínimo comunitario⁹.

Volviendo a nuestra norma interna, utiliza a tales efectos este artículo 62.2 el término “competencias”, ahora perfectamente deslindadas de los derechos. Parece así conveniente, para evitar una interpretación literal engañosa de la norma limitadora de esta identidad entre una y otra representación a esas competencias, sin incluir los derechos –intención que no parece albergue o persiga el legislador–, proceder a la oportuna modificación legal de este último precepto.

Conviene también tener en cuenta que, en virtud del artículo 10.3 LOLS, y amén de las posibilidades abiertas a la negociación colectiva, los delegados sindicales –no los sindicatos (STS de 22 de junio de 1965, RJ 5352) como tampoco los miembros del Comité individualmente considerados (STS de 20 abril de 1998 (RJ 3480)¹⁰– tienen al menos derecho a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando igualmente obligados a guardar sigilo profesional en aquellas materias en que legalmente proceda. Modificación, la relativa al régimen jurídico del sigilo profesional en el artículo 65 ET, que en consecuencia afecta también a estos representantes sindicales como a los delegados de personal ex artículo 62.2.2º ET.

En primer lugar, dejados atrás los anteriores apuntes, el artículo único, apartado uno, LICPI introduce el derecho de información y consulta de los trabajadores entre sus derechos

tratamiento *a posteriori* de los procesos de cambio, descuidan los factores económicos de las decisiones y no favorecen una auténtica previsión de la evolución del empleo en la empresa ni la prevención de los riesgos”.

(9) Véase, en este sentido, el temprano y profundo análisis de M.L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *AL*, 2003-1, IV, págs. 61 y 69, en lo que ahora nos concierne.

(10) Jurisprudencia relativa a esta materia de la que cabe hacer acopio actual, entre otras muchas obras, en F.J. PRADOS DE RESYES y J.A. CABRERA FERNÁNDEZ, “Capítulo IV. Competeicas Informativas. Parte Primera: Los Órganos de Representación Unitaria de los Trabajadores por Cuenta Ajena”, en AAVV (Escudero Rodríguez y Mercader Uguina, coordinadores), *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, Madrid (La Ley), 2004, págs. 119 y ss., y en A. MARTÍN VALVERDE y J. GARCÍA MURCIA (dirección y coordinación), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Volumen I, Pamplona (Thomson-Aranzadi), 2008, págs. 538 y ss. Obras a cuya consulta nos remitimos.

básicos, ampliando la letra g) el artículo 4 ET anteriormente limitada a la “participación en la empresa” a la información y consulta. Precepto que hace en consecuencia referencia en la actualidad a la “información, consulta y participación en la empresa”. Se recoge así “la actual terminología del derecho comunitario, que dentro del concepto de “implicación” (utilizado por las Directivas sobre Sociedad Anónima y sobre Sociedad Cooperativa europeas) engloba estos tres derechos”¹¹.

En segundo lugar, el artículo único, apartado cinco, LICPI sigue el esquema comunitario reflejado en el artículo 2 de la Directiva y define estos conceptos, definición que inserta en el artículo 64.1 ET. En tercer lugar, la LICPI reformula algunas de las manifestaciones legales de estos derechos.

El nuevo artículo 64 ET aborda así esta cuestión desde una rúbrica –“derechos de información y consulta y competencias”– que preserva estos derechos, de intensidad graduable, diferenciándolos de las competencias propias de la representación unitaria, reguladas en el artículo 64.7 ET. Y, aunque se trata de una lista no propensa a una interpretación extensiva, según advierte nuestra jurisprudencia, sigue su tónica de regulación abierta, no cerrada. Da así cabida a lo dispuesto en otras previsiones legales. En concreto, en “disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta ley o en otras normas legales o reglamentarias” (artículo 64.8 ET) y, dentro del respeto a lo establecido legal o reglamentariamente, a los convenios colectivos que podrán abordar el par estructural de este precepto contenido-modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta amén del “nivel de representación más adecuado para ejercerlos” (artículo 64.9 ET).

Merece, al respecto, destacar que “la remisión a la negociación colectiva para la definición de las modalidades prácticas de la información y la consulta” no se realiza “tanto en un sentido de excepción, como de desarrollo de la disposición legal y con respeto a la misma”, considerándose como una nueva aportación ex Preámbulo II LICPI. Negociación colectiva cuyo protagonismo en este ámbito acrecienta el artículo 63 ET al identificar el convenio colectivo como instrumento que señala las competencias de los comités intercentros.

**LOS DELEGADOS
SINDICALES TIENEN
EL MISMO DERECHO
A LA INFORMACIÓN Y
DOCUMENTACIÓN
QUE EL COMITÉ
DE EMPRESA**

(11) J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Reforma de los artículos 4.1.g), 64 y 65 ET por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre (BOE de 17 de noviembre)”, *Tirant On Line*, Documento TOL1.173.923 (DSVL_5592), apartado 2.

Y que sintoniza plenamente con la propia normativa comunitaria transpuesta, anticipando su considerando 23 que se concede a “los interlocutores sociales, cuando proceda, un papel preponderante que les permita definir con total libertad, por medio de un acuerdo, las modalidades de información y de consulta de los trabajadores que consideren más adecuadas a sus necesidades y a sus deseos”, *status* regulado en su artículo 5. Artículo que concede a los Estados miembros la posibilidad de “confiar a los interlocutores sociales al nivel apropiado, incluido el de la empresa o el centro de trabajo, la tarea de definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores. Dichos acuerdos, y los acuerdos que existan en la fecha establecida en el artículo 11, así como cualquier posterior renovación de dichos acuerdos podrán prever, dentro del respeto de los principios enunciados en el artículo 1 y en las condiciones y límites establecidos por los Estados miembros, disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4”.

A) Derechos de información y consulta

En lo regulado en este nuclear artículo 64 se diferencia una cláusula general, reflejada en el artículo 64.1, primer párrafo, reconociendo al comité de empresa el “derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en ésta, en los términos previstos en este artículo”, frente a ámbitos específicos del ejercicio de estos derechos. Expresión “en los términos previstos en este artículo” que vendría a reforzar la jurisprudencia contraria a la extensión de estos derechos de información a materias otras que las expresamente recogidas en normas estatales o convencionales, por mucha que sea la vinculación de aquellas materias a sus competencias (*vid.*, entre otras, la STS de 11 de marzo de 1999, RJ 2912).

Se ordena además esta materia, en segundo lugar, separando los distintos derechos de la forma de hacerlos valer, contemplada esta última en el artículo 64.6 ET si bien el apartado 4 del precepto anticipa parcialmente esta cuestión al acoger el derecho a recibir “copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieron lugar”, como un peculiar modo, formal, de materializar este derecho. Precepto íntimamente relacionado con el artículo 8.3 ET.

En tercer lugar, dentro de aquellos la regulación discrimina el derecho de información (artículo 64, números 2, 3 y 4), doctrinalmente también tildado como de “información pasiva”¹², y de consulta o “información activa” (artículo 64.5), sobreentendido que ésta necesariamente comprende aquélla al hablar conjuntamente de información y consulta. No resulta tan claro concluir la autonomía respecto de la consulta de la emisión de un informe, existiendo argumentos en uno y otro sentido.

(12) Como botón de muestra, T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, Valencia (Tirant lo blanch), 2002, octava edición.

A favor de su consideración conjunta cabe argüir el hecho de que estos informes aparezcan silenciados en la referida cláusula general, que sí hace referencia a la consulta, pero comprendidos en su desarrollo, incluidos en esos “términos previstos en este artículo”. También su regulación en idéntico apartado, si bien en párrafo separado, a la del derecho de información y consulta, en el artículo 64.5.Y, desde el punto de vista comunitario, la doctrina señala, pese al carácter incidental de la referencia, hecha en este caso al “dictamen”, que debe “entenderse implícito tal derecho de dictamen o informe en todo proceso de consultas”¹³.

Otros argumentos, particularmente relevantes, sirven también en mayor medida a esta tesis aunque admitan un uso en su contra. Así, la regulación en el artículo 64.6 de los términos en que ha de realizarse la consulta permitiendo, entre otras cuestiones, “una respuesta justificada a su eventual informe”. Lo mismo sucede con la definición de la consulta en el artículo 64.1 advirtiendo que incluye, en su caso, “la emisión de informe previo por parte del mismo”.

Por el contrario, el artículo 64.6 realiza un tratamiento en gran medida diferenciado de los términos en que información, consulta e informe se han de desenvolver. E igualmente procede su primer párrafo *in fine* cuando precisa los términos en que se ha de facilitar la información posibilitando, en su caso, “la consulta y el informe”.

De lo anterior parece posible colegir que la nueva dicción legal del artículo 64 admite que no toda consulta conlleve la emisión de informe, lo que parece claro. Y que el informe es en términos generales una forma más de realización o conclusión de la consulta pues, partiendo de la definición dada de ésta incorporada al artículo 64.1, se hace muy difícil negar el intercambio de información propio de toda consulta.

El derecho de información aparece a su vez, tercer criterio clasificatorio, ordenado positiva y negativamente y, dentro de aquél, según su periodicidad: trimestral (artículo 64.2); al menos anual (artículo 64.3), o la que proceda en razón de la materia (artículo 64.4).

a) Derecho de “información”

Comenzando este breve repaso, esencialmente descriptivo, con el derecho de información, éste se conceptúa como “la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen” (artículo 64.1). Expresión que prácticamente reproduce literalmente la reflejada en la norma comunitaria y que apunta hacia ese canon judicial de razonabilidad en que, atendiendo a su instrumentalidad, este derecho ha de desenvolverse, apuntalándolo.

Derecho de información cuyo contenido viene, trascendiendo la norma objeto de comentario, presidido por dos notas, recepción legal asistemática y delimitación negativa y positiva. Su regulación es, en primer lugar, asistemática, salpicada a lo largo de un sinfín de normas laborales. El artículo 64 ET, a la sazón principal referente, en modo alguno

(13) M.L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo”, pág. 63.

agota estos contenidos, que conocen otras manifestaciones dentro (entre otros, artículos 39.2, 40.1 y 44.9) y fuera del Estatuto de los Trabajadores (véase, por ejemplo, el artículo 9 LETT). Lo mismo sucede con el derecho de consulta. E igualmente en ambos casos esta situación se explica en parte por la que podríamos calificar como “autonomía o especificidad normativa” de la proyección de estos derechos sobre ciertas materias, apreciable en la propia Directiva comunitaria (considerandos 29 y 30 así como en el artículo 9) en relación con los despidos colectivos, sucesión empresarial o la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria¹⁴.

En segundo lugar, este contenido se identifica positiva y negativamente, tal y como por otra parte venía sucediendo. Así, negativamente, y adoleciendo de una mejor sistemática, el estrenado artículo 65.4 ET afirma que “excepcionalmente, la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica”.

Información esta que incurrirá en todo caso dentro del espacio de la excepción siempre y cuando concurra la justificación legal, siempre que pudiera objetivamente obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo, ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica o provocar ambos efectos conjuntamente. *Sensu contrario*, la representación de los trabajadores tendrá derecho a recibir informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación no pueda, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica.

Excepcionalidad que, atendiendo a la literalidad del precepto, parece predicarse respecto del desenvolvimiento del derecho de información únicamente en relación con estas específicas materias. Interpretación que aparenta mayor solidez y que supondría, sin lugar a la más mínima duda, una superación importante de los beneficios otorgados por la norma comunitaria a la representación de los trabajadores sustentado en el carácter de norma mínima de esta última.

A la luz de la norma comunitaria cabe sin embargo interpretar esta excepción en un sentido más extenso, entendiendo que las citadas razones motivan la inexistencia de obligación de comunicación por la empresa en relación con cualesquiera materias concurriendo las citadas circunstancias. Sentido este último del considerando 26 de la Directiva, que habla de “perjuicio grave a la empresa o centro de trabajo” o del deber de “cumplir de inmediato una orden dictada por un órgano de control o de supervisión” como circuns-

(14) Materias, las dos primeras, objeto de una Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión relativa a la representación de los trabajadores, recordatorio de las SSTJCE de 8 de junio de 1994 en los Asuntos C-382/92 (mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas) y C-383/92 (despidos colectivos).

tancias que posibilitan al empresario no informar ni consultar, sin mención a materias específicas. Considerando objeto de mayor precisión en el artículo 6.2 de la Directiva que exige que esta información o consulta pudiera “según criterios objetivos crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles”.

Esta última interpretación, un tanto más forzada, supondría que la información incurre en todo caso dentro del espacio de la excepción, al margen de la materia sobre la que verse, siempre y cuando pueda objetivamente obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo, ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica o provocar ambos efectos conjuntamente.

Pero las divergencias entre norma interna y comunitaria no concluyen en lo anterior. Así, en segundo lugar, nuestra norma interna concreta los perjuicios a los que alude la comunitaria, vertiéndolos sobre la estabilidad económica de la empresa. Contempla además en su literalidad –precisión probablemente innecesaria– la conjunción de ambos efectos, obstaculización del funcionamiento y perjuicio. Pero silencia la alusión comunitaria al cumplimiento inmediato de “una orden dictada por un órgano de control o de supervisión”. Algo que por otra parte hace la propia Directiva que alude a esta circunstancia en sus considerandos omitiéndola en el texto articulado, lo que no obstante, se interpreta, no debe evitar el juego comunitario de esta excepción, si bien “resultará necesario prever una información, aunque sea *a posteriori*”¹⁵. Y silencia también nuestra norma la referencia de esta excepción a la consulta, que no obstante cabría entenderse incluida en nuestra norma interna por la dificultad de desenvolver ésta sin información previa.

Por último, divergencia particularmente relevante, la excepción no abarca, según nuestra norma interna, “aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa”. Excepción de la excepción, vuelta a la regla. En consecuencia, la representación de los trabajadores también tendrá derecho a recibir estas informaciones cuando sí encierren estas potenciales (“pudieran”) consecuencias advertidas pero tengan a su vez relación con el volumen de empleo en la empresa.

**EXCEPCIONALMENTE
LA EMPRESA NO ESTARÁ
OBLIGADA A COMUNICAR
INFORMACIONES
QUE OBSTACULICEN
SU FUNCIONAMIENTO**

(15) M.L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo”, pág. 65.

Positivamente, este derecho de información aparece a su vez ordenado según su periodicidad: trimestral (artículo 64.2); al menos anual (artículo 64.3), o la que proceda en razón de la materia (artículo 64.4). Periodicidad que viene a concretar la idoneidad temporal a que hace referencia el artículo 4.3 de la Directiva –también su artículo 4.4 en relación con la consulta– al mencionar que “la información se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta”. Idoneidad que igualmente refleja el artículo 64.4 ET parafraseo del comunitario con el añadido de advertir que la información ha de facilitarse también para preparar, en su caso, no sólo la consulta sino igualmente el “informe”.

La información trimestral comprende los siguientes aspectos: a) la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa; b) la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción; c) las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación; d) y, finalmente, de las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

Destaca de esta información trimestral respecto de la anterior redacción del precepto lo siguiente: en primer lugar, su más depurada sistematización reconduciendo la información recogida en la letra d) anteriormente regulada en el artículo 64.1.8º ET; en segundo lugar, no aparece en la norma en cuanto a la periodicidad la expresión “al menos”, lo que podría limitar su posible anticipación, por último, desaparece como tal la referencia a la “evolución probable del empleo en la empresa” y aparece una novedosa referencia a “la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo”. Referencia parcial pero claramente relacionada con la anterior, si bien cambiando de perspectiva, centrada ahora en la causa de esa evolución probable del empleo, profundizando en una preocupación por el factor medioambiental que presenta también la letra d)¹⁶. Esta omisión de la referencia a la “evolución probable del empleo en la empresa” como tal, no es real. El nuevo artículo 64.5 ET la refleja con exactitud así como su periodicidad trimestral si bien bajo las obligaciones de información y consulta.

(16) Preocupación medioambiental en la que como novedad también reparan A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, afirmando que “se asoma por primera vez de forma expresa al ámbito competencial de los representantes unitarios de los trabajadores, si bien no con carácter general y con reconocimiento de una participación más o menos intensa en el logro de medidas que repercutan en su mejora, sino limitada al nivel mínimo del derecho a la información y sólo en tanto en cuanto se produzca una incidencia directa en el empleo”. “Comentario de urgencia a la ...”, epígrafe 3.

Novedades y lectura “comunitaria” de la Ley 38/2007

La información “al menos” anual, aparece ahora reflejada en el nuevo artículo 64.3 ET, si bien es fruto de la Disposición Adicional Undécima.15 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta información versará sobre “la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”.

Con la periodicidad “que proceda en cada caso”, el artículo 64.4 ET favorece una mayor seguridad jurídica acogiendo en su seno los supuestos anteriormente regulados de manera salpicada en los apartados 2º, 3º, 6º y 7º del artículo 64.1 ET. Información que comprenderá lo siguiente: a) conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos; b) conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral; c) ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.

Tanto en relación con estos dos últimos apartados como con la referencia que inmediatamente los sucede en la norma al “derecho a recibir la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar”, no cabe hablar en puridad de periodicidad. Por otra parte, en relación con este último supuesto el derecho a recibir copia básica de los contratos no se concreta ya en la norma mediante remisión expresa con el artículo 8.3.a) ET, lo que plantea la duda de si existe una voluntad legal de extender esta obligación a aquellos contratos que se formalizan por escrito sin existir obligación legal al respecto más allá de la voluntad de las partes.

Información que el empresario deberá facilitar “sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe” (artículo 64.6 ET). Prescripción de nueva factura que refleja, de un lado, su presentación temporánea, clara y completa. Y que ha merecido parabienes de la más temprana doctrina que considera “establece pautas claras sobre los fines perseguidos, de modo tal que, en caso de controversia, la Autoridad Administrativa o la decisión judicial tendrán mayores elementos de fundamentación de sus decisiones”¹⁷.

Además, la referencia hecha a la necesidad de posibilitar “su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe” se proyecta sobre la cuestión de su formalización escrita o no, caso este último de la previsión del artículo 64.1.a) ET, pareciendo suficiente la puesta a disposición de estos documentos en las dependencias de la empresa sin limitación de tiempo de la que hablara la STCT de 26 de abril de 1989 (RTCT 187). Por último, esta apartado refleja la posible gradualidad, conexión causal o carácter instrumental del

(17) A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, “Comentario de urgencia a la...”, epígrafe 3.

derecho de información con la consulta y el informe, en los casos en que legal o convencionalmente éstos procedan.

Comparando la literalidad de esta normativa con la comunitaria consideramos dignos de reseña los siguientes aspectos.

En primer lugar, y de menor importancia, la mayor amplitud de nuestros listados estatales.

En segundo lugar, cabe apreciar algunos cambios literales sin particular trascendencia como la elección del término “relevantes” del artículo 64 ET frente al adjetivo “sustanciales” del artículo 4.2.c) de la Directiva en relación con las decisiones relativas a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo.

En tercer lugar, en relación con el derecho de información, nuestra norma interna omite la referencia directa a la evolución reciente y probable de la situación económica de la empresa del artículo 4.2.a) de la Directiva. Aspecto sobre el que, no obstante, la transposición legal parece correcta, dada la referencia del artículo 64 ET a esta “situación económica” en relación con su estado presente y la infinidad de referencias a aspectos económicos y contables que permiten advertir dicha evolución.

En cuarto lugar, el derecho de información y consulta sobre la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo [artículo 4.2.b) Directiva], internamente acotado en la doctrina del extinto TCT –Sentencia de 31 de enero de 1986 (RTCT 556), entre otras¹⁸– se condiciona en nuestra norma interna a que “se prevean cambios al respecto”, en caso contrario esta obligación se vería reducida a la mera información, sin consulta, trimestral (artículo 64.5 ET). Transposición esta cuya corrección plantea mayores dudas.

Por último, si bien la regulación comunitaria de esta información permitía a la doctrina más atenta advertir tres grupos o categorías de ésta en función de su “grado de accesibilidad” y posibilidad de divulgación¹⁹, los contenidos de dichas categorías no se corresponden con los de nuestra norma interna. Estas categorías comunitarias eran las siguientes: la información cuyo conocimiento puede provocar graves obstáculos a la empresa o perjudicarla, autorizando la exclusión de toda información y consulta; las informaciones calificadas como confidenciales cuyo ámbito de divulgación se restringe a los representantes y expertos que los asistan, y, por último, informaciones de libre conocimiento que se entienden de libre divulgación dentro del respeto a los principios de buena fe y confianza mutua.

(18) “Jurisprudencia menor” según la cual esta información comprendía las horas extraordinarias realizadas, precio y condiciones; plantilla total de la empresa, relación con los trabajadores con contrato temporal, pormenorizando sus circunstancias y mensualmente actualizada, y excedencias y traslados.

(19) Clasificación sobre la norma comunitaria efectuada por M.L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “La Directiva 2002/14/CE, 11 de marzo”, págs. 66 y 67.

Manteniendo básicamente la anterior clasificación admite nuestra norma interna una reformulación de las dimensiones de las categorías existentes. En efecto, el señalado hecho de que la excepción contemplada en la categoría primera no abarque, según nuestra norma interna, “aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa” y que además se limite a informaciones específicas “relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales”, hace que sólo estas informaciones, observada la justificación legal, conformen dicha categoría y que transiten en el ámbito de nuestro ordenamiento a la segunda categoría antedicha cuando tengan relación con el volumen de empleo en la empresa.

b) Información y consulta

En cuanto al derecho de información y consulta, definida la información se entiende por consulta “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”. Posible inclusión de un informe previo, a que apela la coetilla final, que es un añadido de nuestra legislación interna frente a la definición comunitaria. Procedimientos de información y consulta en cuya “definición y aplicación”, precisa a continuación la norma, empresario y comité de empresa “actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores” (artículo 64.1 ET), entrecomillado parafraseo del artículo 1.3 Directiva. Consulta tildada como derecho de “información activa”²⁰.

Derecho que igualmente es objeto de una regulación al margen del Estatuto de los Trabajadores y, dentro de él, dispersa. Así, existen expresiones de éste en los artículos 40.2, 41.4, 42.4 y 5 o 51.2 ET. Al tenor del central artículo 64 ET este derecho de información y consulta comprende la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo; la evolución probable del empleo condicionada a que “se prevean cambios al respecto”, en caso contrario esta obligación se vería reducida a la información trimestral (artículo 64.5 ET); todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cam-

**EL DERECHO A CONSULTA
NO SE CONCEBE
AUTÓNOMAMENTE
SIN UNA INFORMACIÓN
PREVIA**

(20) T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, Valencia (Tirant lo blanch), 2002, octava edición.

bios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, y la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo.

De lo expuesto se colige en este ámbito lo siguiente. En primer lugar, la consulta no se concibe autónomamente, sin una información previa. Y, al contrario, aunque formalmente proclamadas como tales obligaciones de información y consulta, en su mayoría éstas pueden verse reducidas a una mera obligación de información.

En tercer lugar, el tránsito entre ambas categorías queda en su caso en manos de una valoración que, atendiendo a la literalidad de la norma y salvando el conocimiento último judicial, corresponde al empresario, máxime si atendemos a lo regulado en el artículo 65.5 ET. Valoración que es una previsión de cambios en relación con la evolución probable del empleo o de la potencialidad de las decisiones de la empresa para provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. La entidad final, pues, de esta obligación de información y consulta, pende de una valoración empresarial condicionada no obstante por el deber genérico de cooperación y, concretamente, por los aludidos factores. Y sólo *ex post* podrá concluirse lo acertado de su juicio.

Por último, el Preámbulo II LICPI identifica como novedad la “consulta sobre la evolución futura del empleo en la empresa o centro de trabajo y las medidas preventivas al respecto”.

Consulta que, “salvo que expresamente esté establecida otra cosa”, deberá realizarse “en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe –“dictamen” en la norma comunitaria– y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4 –en realidad apartado 5–, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones” (artículo 64.6, 2º párrafo, ET). Precepto que, con la salvedad hecha, preserva en gran medida la letra del artículo 4.4 de la norma comunitaria, sintetizándola, destilando su esencia.

Literalidad que sustenta las siguientes precisiones: subraya la relación entre estos derechos; la sustancialidad de éstos en el diseño legal, y la preceptividad del trámite, no vinculante, condicionando procedimentalmente la toma empresarial de las correspondientes decisiones sin por ello predeterminar su existencia y contenido. Favorece, en definitiva, “la clarificación del contenido o modos de ejercicio de estos derechos para reducir la intensa litigiosidad jurisdiccional existente” (Preámbulo II LICPI).

a') Emisión de informes

Partiendo de la argumentación expuesta en torno a la conexión de este derecho con el desarrollo de la consulta, el derecho a emitir informe (artículo 64.5 ET), con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, se proyecta sobre las siguientes cuestiones: a) reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla; b) reducciones de jornada; c) traslado total o parcial de las instalaciones; d) procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo; e) planes de formación profesional en la empresa, y f) implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

Al margen de otros cambios literales menores, destacan en la nueva redacción legal los resultantes de comparar la nueva letra d) frente al apartado 5º del artículo 64.1 anterior. La inclusión del término “procesos” invita a pensar en una emisión de informe previa a la fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa, acercando temporalmente esta obligación a la consulta. Por otra parte, la expresión “pueda afectar” frente a la anterior “afecte” sin más, referidas ambas al volumen de empleo, hace pivotar este derecho a la emisión de informe sobre una situación potencial y no de hecho. En definitiva, ambos cambios apuntan en una misma dirección, una ampliación del supuesto.

Por otra parte, el artículo 64.6, tercer párrafo, ET pasa a precisar que estos informes “deberán elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes”, reflejando idéntico plazo de quince días al anteriormente precisado en el artículo 64.2 con el añadido de señalar el *dies a quo* en el cómputo del plazo, la fecha de solicitud de la información. Informe que podrá demorarse en tanto en cuanto no haya sido remitida la información “correspondiente”. Precepto que igualmente apunta hacia su emisión a instancia del empresario.

B) Competencias

Ninguna novedad aporta el nuevo artículo 64.7 ET más allá de la resultante de reflejar en el esquema legal la diferencia entre aquellos derechos y estas competencias, cuyo listado es plenamente coincidente con la anterior redacción de la norma. Competencias de las que no es posible derivar la existencia de una capacidad general de obrar ni inducir la existencia de una personalidad jurídica de esta representación. Y entre las que se cita, literalmente, las siguientes:

a) Ejercer una labor:

1º. De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

Competencia respecto de la que merece señalar, presentando una fisura en su sistematización, que el invariado artículo 65.1 ET reconoce “al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros”. Ejercicio colegiado que supone, en suma, que estas acciones judiciales se emprenden por mayoría de representantes aunque luego pueda delegarse la ejecución de esa decisión en uno de ellos o en un tercero.

Acciones que, en primer lugar, serán en defensa de intereses colectivos no individuales, naturaleza reforzada por la orientación sobre la modalidad procesal adecuada realizada en el número 5 del artículo²¹. Y que, en segundo lugar, no comprenden aquellas ejercidas en defensa de la libertad sindical. Cuestión controvertida respecto de la cual se ha pronunciado contradictoriamente el Tribunal Constitucional en sus SSTC 74/1996 y 191/1996.

2º. De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 de esta ley.

3º. De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

b) Participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares. Facultad tradicionalmente identificada como de codecisión, que convive con infinidad de prescripciones en que se precisa la necesidad de acuerdo con esta representación a falta de regulación en convenio colectivo.

c) Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos.

d) Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.

e) Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales. Este último apartado sirve para concluir que las citadas competencias se ejercen fundamental que no únicamente frente al empresario. En realidad, que la información tiende, con matices y salvedades, a erigirse como derecho-deber. Y permite así mismo afirmar, no obstante la inalterada redacción legal advertida, que existe una ampliación

(21) Naturaleza colectiva que tradicionalmente ha generado dos órdenes de dudas. En primer lugar, la posible defensa de una situación individual generada en un instrumento colectivo, y concretamente en un convenio colectivo de trabajo, en cuyo caso se ha admitido la intervención judicial de dicha representación en algunos supuestos. En segundo lugar, el distinto camino adoptado por la LPL que sí autoriza una intervención del comité en ciertos supuestos individuales.

de los deberes de información a los representados paralela al acrecimiento del derecho de estos órganos de representación a ser informados. La remisión a “todos los temas y cuestiones señalados en este artículo” permite sostener tal afirmación.

C) Sigilo profesional

Tras preservar la literalidad del artículo 65.1 ET, el remozado número 2 del artículo 65 –resultas del artículo 6 LICPI– aborda una regulación detallada del deber de sigilo profesional, la “reformulación de su régimen jurídico” (Preámbulo II LICPI). Reformulación que, continúa este Preámbulo, se produce “incorporando la posibilidad de secreto en términos mucho más precisos y desarrollados que los actuales, incluyendo la regulación de los posibles recursos administrativos o judiciales en materia de sigilo profesional”. Reformulación y regulación de los recursos administrativos y judiciales que constituyen una preocupación a buen seguro en buena medida heredada de la Directiva comunitaria que expresamente refleja este interés en sus Considerandos 25, 26 y 28 así como en los artículos 6 y 8.

Para empezar, el nuevo artículo 65.2 ET amplía los sujetos obligados por este deber de sigilo. Así, junto a los miembros del órgano de representación unitaria y a éste en su conjunto sitúa la Ley a “los expertos que les asistan”. Expresión y ampliación fiel transposición del artículo 6.1 de la norma comunitaria, si bien la expresa referencia comunitaria al ámbito de sujetos excluidos de recibir la información situada bajo este deber de sigilo, a “trabajadores” y “terceros”, es sustituida enfatizando el uso interno y debido de esta información.

“Uso interno” que llama a la existencia de un ámbito interno en el que la información se transmite libremente frente a un ámbito externo a ese espacio. Frontera y espacios que afloran, como no podía ser de otro modo, en la Directiva, cuyo artículo 6.1 autoriza a los Estados miembros, aparentemente silenciada en nuestra norma interna, para que puedan permitir “a los representantes de los trabajadores o a cualquiera que les asista a que transmitan información confidencial a trabajadores o a terceros sujetos a una obligación de confidencialidad”.

En segundo lugar, el precepto restringe el ámbito sobre el que se proyecta este deber de sigilo. En efecto, la anterior redacción identificaba este ámbito mediante la combinación de dos criterios. El primero, material, por remisión al articulado precedente, en concreto “a los párrafos 1, 2, 3, 4 y 5 del apartado 1

**EL NUEVO ARTÍCULO 65.2
ET AMPLÍA LOS SUJETOS
OBLIGADOS AL DEBER
DE SIGILO**

del artículo anterior”, lo que implicaba una cierta discriminación de la materia tratada en éstos, de carácter reservado insito, por así decirlo, frente a las restantes.

Criterio silenciado en la actual redacción que sí refleja en el artículo 65.3, primer párrafo, ET una prohibición de signo distinto. Prohibición de utilizar todo tipo de documento entregado por la empresa “fuera del estricto ámbito de aquélla ni para fines distintos de los que motivaron su entrega”. Prohibición que no se corresponde exactamente con un mero deber de sigilo, si bien su inobservancia conculcará con toda probabilidad aquél, y que reviste como actividad una mayor gravedad.

El segundo criterio de la anterior redacción estatutaria consideraba especialmente la información sobre “aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado”. Este criterio subsiste en la actual redacción, que lo acoge haciendo referencia a la información que “haya sido expresamente comunicada con carácter reservado”, entrecomillado trasunto del artículo 6.1 de la Directiva comunitaria sustituyendo la expresión “carácter confidencial” por “carácter reservado”. Término este, “reservado”, preferido por el legislador español frente a los de “confidencial” o de “informaciones especialmente sensibles” utilizados por la norma comunitaria (artículo 6 y considerando 25, respectivamente²²).

Ámbito que es objeto aún de una ulterior restricción pues, en tercer lugar, frente al carácter aparentemente discrecional de la etiqueta de “reservado” en el anterior texto de la norma, el actual apela directamente a la necesidad de una justificación, el “legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo”. Entrecomillado que responde a un concepto jurídico indeterminado, tal y como prontamente ha señalado la doctrina. Doctrina que niega, además, la existencia de una “especie de *ius resistentiae*” de los representantes de los trabajadores que “les permita publicitar la información en base a entender que no existe un legítimo interés empresarial, sino que deberán iniciar el oportuno proceso para solventar la cuestión”²³.

En sintonía con la citada justificación, el estrenado artículo 65.4 ET afirma que “excepcionalmente, la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica”. Excepción analizada que, cabe decir, no responde en puridad a la regulación del deber de sigilo, inexigible éste cuando la información no ha sido transmitida, cuando, en definitiva, no haya nada que silenciar.

En tercer lugar, este deber de sigilo “subsistirá incluso tras la expiración de su mandato”, previsión preexistente bajo distinta dicción legal –“dejar de pertenecer al comité de empresa”–, “e

(22) Considerando 25 que reza, literalmente, “es preciso proteger a las empresas y a centros de trabajo contra la divulgación de determinadas informaciones especialmente sensibles”.

(23) A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, “Comentario de urgencia a la...”, epígrafe 4.

independientemente del lugar en que se encuentren” (artículo 65.3, segundo párrafo, ET). Precisión esta, parafraseada del artículo 6.1 de la norma comunitaria, que cabe ser interpretada bien como relativa a la inmediatez geográfica del ámbito en el cual se produce el incumplimiento con respecto al propio empresarial, bien, como hace cierta doctrina en relación con la norma comunitaria, como referida “a las actividades que se desempeñen, es decir, tanto en tiempo dedicado al cumplimiento de sus funciones representativas como fuera del mismo”. Sea una u otra la interpretación, parece clara la finalidad del precepto de preservar el deber de sigilo con independencia de las concretas circunstancias del trabajador y de su mandato.

Por último, y de gran trascendencia, el nuevo artículo 65.5 ET establece que la modalidad procesal de conflictos colectivos es la adecuada para conocer de una serie de cuestiones relativas a esta materia: la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado; la impugnación de las decisiones de la empresa de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, que dado el uso de la partícula “o” parece referirse a aquellos supuestos más burdos en los que la empresa niega esta información sin acompañar la justificación legal requerida, y, por último, del cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de sigilo. Actuaciones a las que, por consiguiente, se reconoce dicha naturaleza.

Indicación sobre la modalidad procesal adecuada que se acompaña de la correspondiente modificación de nuestra Ley de Procedimiento Laboral adicionando la Disposición Final Segunda LICPI un nuevo apartado 3 al artículo 151 LPL, contribuyendo a completar la transposición de los artículos 6.3, 8 y 28 de la Directiva. Apartado de nuestra norma rituaría que, tras reiterar lo anterior, señala que “el Juez o Sala deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el carácter reservado o secreto de la información de que se trate”.

Previsiones internas de carácter procesal sobre las que se apunta²⁴ lo siguiente:

- En primer lugar, se recuerda que con anterioridad el orden jurisdiccional social conocía, en contadas ocasiones, de estas materias, normalmente a través del procedimiento ordinario, reconociendo a la nueva previsión legal potencial para incentivar el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales.
- En segundo lugar, se señala la dificultad de conciliar con la modalidad procesal elegida tres cuestiones. Su elección a efectos de conocer de acciones dirigidas contra “un solo trabajador (que incluso puede haber dejado de prestar servicios en la empresa) o incluso un experto, ajeno a la empresa”. En segundo lugar, la posibilidad de que la acción vaya dirigida, como vemos, frente a sujetos ajenos a la empresa, “por encima de la enumeración del artículo 2 LPL (salvo la cláusula genérica de su apartado ‘q’)”. Y, por último, la posibilidad de que se pretenda afrontar la vulneración del deber de sigilo a través de una indemnización de daños y perjuicios, “lo que no parece ajustarse mucho al diseño tradicional del proceso de conflictos colectivos”.

(24) A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, “Comentario de urgencia a la...”, epígrafe 4.

– En tercer lugar, se critica negativamente que el nuevo artículo 65.5 ET salvaguarde la exigibilidad de la correspondiente responsabilidad administrativa laboral apostillando que “lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para los casos de negativa injustificada de la información a que tienen derecho los representantes de los trabajadores”. Crítica sustentada en el potencial de esta previsión a efectos de ocasionar “una indeseable duplicidad”, que se entiende evitable de haberse “abierto la vía al procedimiento de oficio, incorporando el apartado 7 del artículo 7 de la LISOS a la enumeración del artículo 149.2 LPL”.

– Por último, en relación con las “medidas necesarias para salvaguardar el carácter reservado o secreto de la información de que se trate” se apunta la posibilidad de que la vista se celebre a puerta cerrada (artículo 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ– y artículo 138.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–), o de que las actuaciones se declaren, en todo o parte, reservadas (artículo 234.2 LOPJ y artículo 140.3 LEC).

Apostillar únicamente, sobre la segunda de las cuestiones enumeradas, que en defensa del tenor legal cabe señalar que éste transpone correctamente el contenido de los artículos 8 y 28 de la Directiva. Directiva cuyo artículo 8.2 califica estas sanciones como “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Efectividad, proporcionalidad y prevención general que constituye un horizonte insito al derecho administrativo sancionador.

III. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE INSOLVENCIA EMPRESARIAL

El artículo 33 ET, punto neurálgico en nuestro derecho de la protección del trabajador ante la insolvencia empresarial, ha conocido recientes modificaciones fruto de la transposición de la normativa comunitaria o de la jurisprudencia que en su interpretación genera el TJCE. La LICPI se suma a éstas, recalando nuevamente en su texto a los principales efectos de transponer la Directiva 2002/74/CE. Directiva 2002/74/CE que, en términos generales y considerando entre otros factores “el desarrollo del mercado interior”, actualiza la Directiva 80/987/CEE con la “finalidad de mejorar la protección de los trabajadores en procedimientos de insolvencia, tanto en procedimientos no liquidatorios como en procedimientos transnacionales de insolvencia, adaptándose así a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, a las nuevas realidades del mercado de trabajo y a los cambios operados durante los últimos veinte años” (Preámbulo III, segundo párrafo, LICPI).

Así, como primera modificación, el apartado dos del artículo único LICPI modifica el inciso final del artículo 33.1 ET, enlazándolo y adecuándolo así mismo a la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal. Modificación que consiste en la sustitución de la expresión “a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios” por “a causa de insolvencia o concurso del empresario”. Se depura, en

consecuencia, la dicción legal suprimiendo la enumeración de distintas situaciones concursales por una genérica referencia al “concurso del empresario”; y haciendo referencia al singular “empresario” del trabajador cuya retribución se adeuda, en sustitución del plural “empresarios”.

Conviene a estos efectos tener presente que puestos en relación los artículos 1 y 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 80/987/CEE, resultantes de la citada modificación del año 2002, la norma comunitaria comprende en su ámbito de aplicación la protección de los trabajadores frente a dos situaciones distintas. En primer lugar, frente a “estados de insolvencia empresarial”. Estado de insolvencia empresarial cuya concurrencia demanda la presencia acumulativa de dos notas distintivas del procedimiento sumadas al agotamiento de dos trámites o actuaciones en éste. Como notas distintivas, su previsión en “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro” e implicar “el desapoderamiento parcial o total de éste y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar”. Y como actuaciones, la solicitud de “apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia” y, por último, que la autoridad competente haya, en virtud de dichas disposiciones, “decidido la apertura del procedimiento” o “comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento”.

En segundo lugar, la citada normativa comunitaria protege a los trabajadores, con el requisito de que así lo decidan los Estados miembros, frente a “otras situaciones de insolvencia”, “como la suspensión de pagos de hecho y con carácter permanente”. Situaciones establecidas mediante procedimientos distintos previstos en el Derecho nacional respectivo.

Regulación esta a la que se refiere el Preámbulo LICPI cuando destaca que la Directiva 2002/74/CE amplía el concepto de insolvencia para proteger los créditos de los trabajadores en los procedimientos previos a la liquidación del patrimonio dirigidos a garantizar el funcionamiento de la empresa en una fase posterior. Cuestión respecto de la cual juzga no existen “diferencias esenciales que afecten a nuestro sistema legal”, al contrario de lo que sucede con su valoración de la vertiente transnacional.

Una segunda línea en la modificación del artículo 33 ET se refleja en los apartados tres y cuatro del artículo único LICPI. An-

**SE SUPRIME
LA ENUMERACIÓN
DE SITUACIONES
CONCURSALES
POR UNA REFERENCIA
GENÉRICA AL “CONCURSO
DEL EMPRESARIO”**

ticipa esta modificación el Preámbulo LICPI reseñando como segunda cuestión destacable de la Directiva 2002/74/CE, junto a la citada ampliación del concepto de insolvencia protegida, el establecimiento de disposiciones dirigidas a dar cobertura a la protección de los créditos de los trabajadores cuando la empresa que se encuentra en situación de insolvencia realiza actividades en el territorio de dos o más Estados miembros, estableciendo la institución de garantía competente en los procedimientos transnacionales de insolvencia. Aspecto este merecedor de una *distinta valoración*, entendiendo precisa la consiguiente adaptación en nuestro derecho interno.

Y, en efecto, aflora nítidamente en el considerando 7 de la Directiva 2002/74/CE la necesidad de regular la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores en supuestos de insolvencia de las empresas que ejerzan sus actividades en varios Estados miembros, señalando a tal fin hacia la colaboración entre las Administraciones competentes de los Estados miembros. Colaboración pública que comienza con la notificación por los Estados miembros a la Comisión y restantes Estados miembros de los tipos de procedimiento de insolvencia que den lugar a la intervención de la institución de garantía así como las modificaciones relativas a ellos (Considerando 9 y resultante artículo 10 bis de la Directiva 80/987/CEE). Artículo 10 bis que, además de añadir la notificación de las modificaciones relativas a estos procedimientos, establece la publicación de todas estas notificaciones en el DOCE.

Doble contenido, establecimiento de una regla de competencia para estos supuestos y de un deber de colaboración, presente en la norma comunitaria y medular a estos efectos en la LICPI, transposición parcial de la Directiva²⁵. A tal fin, la Directiva 2002/74/CE añadió una nueva sección III bis a la Directiva 80/987/CEE, de rúbrica “disposiciones relativas a las situaciones transnacionales”, incluyendo en ésta una serie de medidas, a saber:

- Señalar como institución competente la del Estado miembro en cuyo territorio los trabajadores ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo (artículo 8 bis.1), cuyo Derecho rige igualmente a efectos la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados (artículo 8 bis.2). Es decir, sentar a estos efectos el criterio de la *lex loci laboris* o principio de territorialidad en razonable detrimento de la aplicación de la ley personal.
- Ordenar a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que, en estos supuestos transnacionales, las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia ante “estados de insolvencia”, cuya apertura se haya solicitado en otro Estado miembro, se tengan en cuenta para determinar en los demás Estados miembros el estado de insolvencia del empresario (artículo 8 bis.3).

(25) Debe tenerse presente, en este sentido, que el RD-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE del 14), y ulterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 312, del 30), contribuyen igualmente a dicha transposición. Un profundo análisis de su incidencia en este ámbito cabe ser consultado en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “La prestación del FOGASA tras la Ley 43/2006”, AS, núm. 3, 2007.

Novedades y lectura “comunitaria” de la Ley 38/2007

– Ordenar el intercambio de información pertinente entre las AAPP competentes o entre las instituciones de garantía, permitiendo, en particular, poner en conocimiento de la institución de garantía competente los créditos impagados de los trabajadores (artículo 8 ter.1).

– Y establecer que los “Estados miembros comunicarán a la Comisión y a los demás Estados miembros los datos relativos a sus administraciones públicas competentes o a sus instituciones de garantía”. La Comisión pondrá esta información a disposición del público (artículo 8 ter.2).

Por su parte, transponiendo dichas prescripciones comunitarias, en gran medida parafraseadas, la LICPI introduce dos nuevos apartados, 10 y 11, en el artículo 33 ET (artículo único, apartados tres y cuatro, LICPI, respectivamente), identificando claramente al FOGASA como institución de garantía competente para el abono de los créditos impagados de los trabajadores afectados que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España, cuando el empresario incurso en un procedimiento concursal a causa de su insolvencia realice actividades en dos o más Estados miembros de la Unión Europea.

El nuevo artículo 33.10 ET establece una responsabilidad del FOGASA en supuestos transnacionales de insolvencia acotados por una serie de requisitos cumulativos, fiel reproducción de los transcritos comunitarios: que los correspondientes trabajadores ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España; que su empresa presente actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España; que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario en un Estado miembro distinto de España, procedimiento previsto por sus disposiciones legales y administrativas y que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar; y, finalmente, acreditar que la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, bien ha decidido la apertura del procedimiento bien ha comprobado el cierre definitivo de la empresa o el centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

A dichos efectos, el párrafo cuarto del artículo contempla, en sintonía con la norma comunitaria, que cuando de acuerdo con los términos establecidos en este apartado la protección de los créditos impagados corresponda al FOGASA, éste solicitará información de la institución de garantía del Estado miembro en el que se tramite el procedimiento colectivo de insolvencia sobre los créditos pendientes de pago de los trabajadores y sobre los satisfechos por dicha institución de garantía y pedirá su colaboración para garantizar que las cantidades abonadas a los trabajadores sean tenidas en cuenta en el procedimiento, así como para conseguir el reembolso de dichas cantidades. Prescripción que encuentra su paralelo para idénticos supuestos transnacionales en el nuevo apartado 11 al artículo 33, cuando el procedimiento concursal se solicita en España, obligando al FOGASA a proporcionar información y colaboración a la institución de garantía del Estado en cuyo territorio los trabajadores de la empresa en estado de insolvencia hayan ejercido o ejerzan habitualmente su trabajo. Sólo el oscuro artículo 8 bis.3 de la Directiva 80/987/CEE parece haber sido silenciado en esta transposición.

Las mínimas diferencias literales existentes entre ambos apartados de nuestra norma interna, en especial la aparente y natural mayor exigencia de nuestra legislación cuando compete al FOGASA la transmisión de esta información, información de la cual la relativa al conocimiento de los créditos pendientes de pago de los trabajadores, así como los satisfechos por el propio Fondo de Garantía Salarial es sólo una manifestación —dice la norma “en particular”—, no han de empañar que es su compartida finalidad y clara presintonización comunitaria la que ha de presidir la interpretación de ambos preceptos.

Sintonía que igualmente se advierte cuando la LICPI excluye al tenor del tan traído Preámbulo “los procedimientos singulares de insolvencia, afectando por el contrario a los procedimientos colectivos regulados por la Ley Concursal”. En efecto, para las meras “situaciones de insolvencia” que puedan reconocerse a estos efectos en la legislación interna de cada Estado, caso este el nuestro, la norma comunitaria dispone con claridad que no existirá una obligación de garantía para las instituciones de los restantes Estados miembros en los casos a que se refiere la sección III bis, relativa a situaciones transnacionales.

La DT Primera de la LICPI contempla además la aplicación del artículo 33.10 y 11 ET a aquellas situaciones transnacionales derivadas de procedimientos colectivos de insolvencia solicitados a partir de 8 de octubre de 2005, incumplida fecha límite de incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico español ex artículo 2.1 de la Directiva 2002/74/CE. Precepto comunitario cuyo apartado 2º consentía la inmediata aplicación al tratamiento de situaciones de insolvencia empresarial de una norma nacional de adaptación anterior, sin necesidad de esperar el agotamiento del período máximo anterior²⁶. Derecho transitorio completado con la DT Segunda de idéntica norma ordenando al FOGASA el abono “a los trabajadores del importe de los salarios e indemnizaciones que les sean adeudados por la empresa, objeto de su acción protectora, cuando ésta no haya podido satisfacerlos como consecuencia de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores anteriores a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

IV. CONCLUSIONES

La Ley 38/2007 aborda más contenidos de los que en principio cabe pensar partiendo del tenor literal de su Preámbulo, si bien destaca con claridad la transposición de las Directivas 2002/14/CE y, con menor profundidad, 2002/74/CE.

Esta última norma presenta una clara finalidad de mejorar la protección de los trabajadores en procedimientos de insolvencia, tanto en procedimientos no liquidatorios, como en procedimientos transnacionales de insolvencia. Y es objeto de transposición parcial por la LICPI sumándose a las modificaciones legales que recalcan en el texto del artículo 33 ET, depurando su dicción (artículo 33.1), relegando el primer aspecto reseñado, a cuyos efectos la LICPI juzga no existen “diferencias esenciales que afecten a nuestro sistema

(26) Según en su momento igualmente advirtiera M. AGÍS DASILVA, “El ordenamiento comunitario y el modelo de cobertura de indemnizaciones por el FOGASA, o la crónica de un perpetuo desencuentro”, AS, núm. 15/2006.

legal”, y centrándose en la nueva redacción de los apartados 10 y 11 del artículo 33 relativos a los procedimientos transnacionales de insolvencia. En particular, siguiendo fielmente el tenor comunitario, en el establecimiento de una regla de competencia para estos supuestos, a favor de la *lex loci laboris*, y de un deber de colaboración.

En relación con la Directiva 2002/14/CE, la LICPI modifica los artículos 4.1.g), 64 y 65 ET, sin alterar en lo esencial su estructura de contenidos pero depurando sustancialmente su sistemática. Al margen de otras cuestiones apuntadas, como su interpretación sistemática con el artículo 62.2 ET, este análisis se centra en los derechos de información y consulta, definidos y proclamados ahora como básicos en los nuevos artículos 64.1 y 4.1.g) ET, comparando en detalle el nuevo tenor legal con su inmediato precedente y con las previsiones comunitarias.

Derechos que se regulan diferenciando una cláusula general, ámbitos específicos de ejercicio y la forma de hacerlos valer; discriminando derechos de información y consulta, este último con la posibilidad de incluir la emisión de un informe que, con distintos argumentos en uno u otro sentido, parece formar parte del procedimiento de consulta; regulando estos derechos de manera asistemática —preservando la autonomía normativa de ciertos espacios— y en particular el derecho de información delimitándolo positiva, atendiendo a su periodicidad, y negativamente.

Frente a nuestra anterior regulación, cabe tener presente la mejor sistemática actual apreciable, *ad exemplum*, al reconducir la información recogida en la letra d) anteriormente regulada en el artículo 64.1.8º ET; la novedad del interés por cuestiones medioambientales; residenciar ocasionalmente el tránsito entre información y consulta en manos de una valoración que, atendiendo a la literalidad de la norma y salvando el conocimiento último judicial, corresponde al empresario, valoración condicionada no obstante por el deber genérico de cooperación y, concretamente, por una serie de factores reseñados; la ampliación de los supuestos en que legalmente procede la emisión de informe, precisando el *dies a quo* como cómputo del plazo para proceder a dicha emisión; o la nueva factura del artículo 64.6 ET. Capítulo aparte merece la reformulación del régimen jurídico del sigilo profesional, ampliando los sujetos obligados, subrayando el “uso interno” de la información, restringiendo el ámbito sobre el que se proyecta, delimitando el carácter reservado de la información con la exigencia expresa

**LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA OCUPA
UN LUGAR DE RELEVANCIA
TANTO EN NUESTRA
NORMA INTERNA COMO
EN LA COMUNITARIA**

de la justificación indicada en la norma, o apuntando hacia la modalidad procesal de conflictos colectivos para el conocimiento de estas cuestiones.

De especial relevancia, la transposición se realiza, en términos generales, con fidelidad a la normativa comunitaria. Resalta así el lugar que en ambas normas ocupa la negociación colectiva. Pero existen aspectos en los que la divergencia es clara, no siendo siempre fácil discernir la existencia de una auténtica voluntad de mejorar la norma comunitaria sustentado en su carácter de norma mínima.

Entre estas diferencias, sin olvidar la mayor amplitud de nuestros listados estatales o la presencia de algunos cambios literales [entre otros omite nuestra norma interna la referencia directa a la evolución reciente y probable de la situación económica de la empresa del artículo 4.2.a) de la Directiva], destacaríamos las siguientes: las distintas dimensiones de las empresas o centros a las que ambas normativas resultan de aplicación, mayores en la norma comunitaria; el derecho de información y consulta sobre la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo [artículo 4.2.b) de la Directiva], se condiciona en nuestra norma interna a que “se prevean cambios al respecto”, en caso contrario esta obligación se vería reducida a la mera información, sin consulta, trimestral (artículo 64.5 ET); los distintos espacios de la excepción sustentada en la objetiva posibilidad de obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios a la empresa, nuestra norma interna concreta además los perjuicios a los que alude la comunitaria, vertiéndolos sobre la estabilidad económica de la empresa, pero silencia la alusión comunitaria al cumplimiento inmediato de “una orden dictada por un órgano de control o de supervisión”; silencia también nuestra norma la referencia de esta excepción a la consulta, que no obstante cabría entenderse comprendida por la dificultad de desenvolver ésta sin información previa; la mentada excepción no abarca, según nuestra norma interna, “aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa”; por último, debemos concluir advirtiendo que si bien esta información era clasificada en la norma comunitaria advirtiendo tres grupos o categorías, sus contenidos no se corresponden con los de nuestra norma interna.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Normativa comunitaria. Principio de pro rata temporis. 2.

Legislación estatal y Comunidades Autónomas. Cuotas colegiales. Responsabilidad del pago de deudas anteriores a las transferencias. 3. Normativa aplicable a los MIR.

4. Convenio Colectivo. A) Aplicación del Convenio Colectivo. B) Interpretación del Convenio Colectivo. C) Valor del Convenio Colectivo y Acuerdos Marco. D) Pactos colectivos de la Administración. Legalidad. 5. Condición más beneficiosa. 6. Aplicación intertemporal de las normas. 7. Criterios de interpretación. 8. Competencia de los órganos judiciales españoles. 9. Jurisdicción laboral: competencia.

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 J 1242 a J 1784). Esencialmente, las resoluciones comentadas hacen referencia a la aplicación e interpretación, así como el valor y la fuerza vinculante del convenio colectivo. Asimismo, se abordan diversas sentencias referentes al principio de condición más beneficiosa y los criterios interpretativos de las normas jurídicas, así como su aplicación intertemporal. De otro lado, se contienen múltiples resoluciones referentes a la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de los litigios del personal estatutario de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas y de otros tipos de funcionarios públicos. En fin, la normativa aplicable a los residentes, el principio comunitario de *pro rata temporis* y la competencia de los órganos judiciales españoles también se tratan en diversas resoluciones objeto de esta crónica.

1. NORMATIVA COMUNITARIA. PRINCIPIO DE PRO RATA TEMPORIS

En recurso de casación para la unificación de la doctrina, la STS de 17 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1735, resuelve sobre la aplicación e interpretación del principio *pro rata*

temporis en materia de determinación del cómputo de períodos cotizados para acceder a prestaciones de la Seguridad Social. La sentencia de instancia estimó la demanda planteada por el actor frente al Instituto Social de la Marina reconociendo el derecho a percibir su pensión de jubilación. El trabajador, afiliado al Régimen Especial del Mar, acreditaba 373 meses cotizados en Alemania y 1.739 días cotizados en España a dicho Régimen. La sentencia del Juez de lo Social partía de la base de que el actor no tenía derecho a lucrar pensión con cargo exclusivo a la Seguridad Social española por no reunir los períodos de carencia precisos para ello y procedió a fijar el porcentaje de la prestación que hubiera de ser a cargo de la Seguridad Social española, computando como cotizaciones las correspondientes a bonificaciones por edad, otras especiales referentes a la realización de actividades de naturaleza penosa, tóxica o peligrosa y otras bonificaciones por embarque. Confirmada la sentencia por la Sala del Tribunal Superior de Justicia se formula recurso de casación por el actor y el ISM. Se debate en sede casacional, en primer lugar, si se deben de tener en cuenta o no las cotizaciones ficticias para el cálculo de la prorrata. A tal respecto, la Sala llega a la conclusión de que han de ser aplicadas las cotizaciones ficticias generadas por las bonificaciones antes referidas y ello en base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, plasmada en Sentencia de 3 de octubre de 2002 (caso Barreira), que establece que la cuantía efectiva a prorrata debe calcularse teniendo en cuenta todos los períodos ficticios anteriores a la producción del hecho causante.

En segundo lugar, se resuelve sobre el problema de si, para el cálculo de la prorrata, han de totalizarse el número de cotizaciones computables, sumadas las efectuadas en España y Alemania o, por el contrario, como propone el beneficiario recurrente, únicamente ha de tenerse en cuenta el número máximo de días de cotización precisos para acceder a la prestación en España. La sentencia establece, en base a lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento CEE 1408/71 modificado por el 1248/92, y acogiendo la pretensión del recurrente, en este caso el ISM, que no cabe aplicar a este caso el principio general de distribución ordinaria sino que deberá serlo el específico, de manera que la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la Ley General de la Seguridad Social para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho al cien por cien de la pensión. En conclusión, la Sala, estimando los motivos del recurso y modificando doctrina unificada anterior en la que no se entendió aplicable el precitado artículo 47 del Reglamento 1408/71, resuelve modificar el porcentaje o prorrata de la pensión de la que ha de hacerse cargo la Seguridad Social española.

2. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. CUOTAS COLEGIALES. RESPONSABILIDAD DEL PAGO DE DEUDAS ANTERIORES A LAS TRANSFERENCIAS

La conocida y reiterada cuestión de quién ha de responder de las deudas económicas contraídas en períodos anteriores al proceso transferencial de las competencias en materia de asistencia sanitaria ya ha sido resuelta hace tiempo por reiterada doctrina de la Sala de lo

I. Fuentes del Derecho

Social del Tribunal Supremo. La STS de 24 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1764, consolida así la solución al problema litigioso surgido al respecto de quién ha de soportar el pago de las deudas surgidas en materia de personal estatutario del extinto INSALUD referentes a períodos anteriores a las transferencias operadas en materia sanitaria. Dichas deudas se contraían por las cuotas de colegiación que los profesionales (al servicio primero de dicha Entidad Gestora y posteriormente transferidos a las Comunidades Autónomas) se veían obligados a abonar en virtud de las normas de su Colegio profesional, siendo así que prestaban sus servicios exclusivamente para la Administración, por lo que ésta debía de reintegrar su pago como un gasto suplido por el trabajador.

La solución al problema de cuál ha de ser la entidad obligada al pago de las cuotas viene dada, en síntesis, por la Disposición Adicional Primera de la Ley del Proceso Autonómico 12/1983, de 14 de octubre, Ley que posee la naturaleza de ley marco en el sentido que prevé el artículo 150 de la Constitución. Dicho precepto dispone, en términos taxativos, que “la Administración estatal será responsable de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones a los que tuviera derecho el personal por razón de su situación con anterioridad al traslado”. Dicha norma establece, como criterio de imputación de la responsabilidad del pago, el momento en que nació la obligación pendiente de satisfacer, por lo que corresponde al INSALUD el abono de las cuantías devengadas con anterioridad a las transferencias.

3. NORMATIVA APLICABLE A LOS MIR

La STSJ de Asturias de 23 de marzo de 2007, I.L. J 1316, analiza la relación jurídica de los médicos residentes y las normas aplicables. En el pleito se dilucidan varias pretensiones de diversos MIR en las que se reclaman las diferencias económicas por las guardias de presencia física, así como el abono de las cuotas colegiales que habían abonado a su colegio profesional. La sentencia entiende, siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2005, que la relación de los médicos residentes no es de naturaleza estatutaria sino que tiene el carácter de verdadera relación laboral, en cuanto concurren en ésta los requisitos de ajenidad, dependencia y voluntariedad. La normativa reglamentaria específicamente dictada para los MIR así lo confirma (la regla básica vigente en el momento de presentación de la demanda estaba constituida por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero). Partiendo, por lo tanto, de la naturaleza laboral de la relación, el régimen jurídico aplicable a dicho colectivo es, en consecuencia, el contenido del contrato y el Estatuto de los Trabajadores. Ello supone aplicar el bloque normativo laboral y desestimar las pretensiones actoras que se basaban fundamentalmente en argumentos extraídos de la normativa aplicable al personal estatutario, así como la aplicación de la normativa comunitaria referente a la limitación de jornada. La Sala, respecto de esta última cuestión, entiende que el Derecho interno contiene ciertamente previsiones normativas más favorables respecto de la jornada ordinaria de trabajo. Analiza también la Sala que las limitaciones de horas extraordinarias establecidas en el artículo 35 del ET no son de aplicación al personal titulado superior en formación en los centros sanitarios, dada su incompatibilidad con los programas de formación establecidos en el citado RD 127/1984. Por último, desestima la reclamación del abono de las cuotas

en base a la existencia de una norma autonómica que establece la no necesidad de colegiación para el ejercicio de funciones administrativas ni para la realización de actividades por cuenta de la Administración Pública correspondientes a su profesión.

4. CONVENIO COLECTIVO

A) Aplicación del Convenio Colectivo

Sobre la prevalencia y aplicación del Convenio Colectivo sectorial en materia retributiva versa la **STS de 3 de octubre de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1698. El problema que se plantea en el litigio es determinar si los trabajadores de una empresa regida por el Convenio Colectivo del Sector de la Limpieza tienen derecho a que, en la retribución de las vacaciones, se incluyan las cantidades que perciben durante el resto del año por el concepto de “plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad”. El Convenio dispone literalmente que los conceptos que se incluyen son salario base, antigüedad y plus de transporte y asistencia, sin referencia alguna, por lo tanto, al plus antes referido. Se denuncian como infringidos por la trabajadora recurrente, los artículos 38 del ET y el Convenio 132 de la OIT, en relación con el artículo 1281 del Código Civil, bajo el argumento de que la retribución en vacaciones debe venir presidida por el principio de la equivalencia y, por lo tanto, que dicha retribución ha de incluir todos los incrementos salariales percibidos con normalidad durante el año. La Sala considera que aunque se argumentó en algún momento sobre dicho principio en doctrina consolidada que debían computarse en vacaciones todos los conceptos salariales, ésta no es la doctrina aplicable al supuesto, pues aquí ha de prevalecer lo dispuesto en el Convenio Colectivo que es el encargado de fijar el montante retributivo procedente. Por lo tanto, habrá que estar a lo dispuesto en dicho Convenio que no hace referencia alguna al plus debatido y, añade la sentencia, que se desprende de la norma convencional que si sus negociadores no incluyeron el plus de toxicidad es porque no quisieron que se percibiera durante las vacaciones y en tal sentido debe de interpretarse.

B) Interpretación del Convenio Colectivo

Sobre los criterios de interpretación de los Convenios Colectivos se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2007**, I.L. J 1632. En el litigio se plantea el derecho del actor a ostentar una determinada categoría profesional así como a la percepción de las diferencias retributivas inherentes. La Sala confirma la sentencia de instancia estimatoria de las pretensiones del trabajador en base a la existencia de resoluciones previas en asuntos idénticos al de autos. En concreto y ante la denuncia de la infracción por inadecuación del procedimiento al haberse tramitado por el de clasificación profesional la sentencia entiende que aunque no sea el proceso adecuado ello no avocaría a una nulidad de actuaciones pues no se estaría ante una falta esencial del procedimiento productora de indefensión. En consecuencia, la Sala desestima la infracción denunciada.

I. Fuentes del Derecho

El segundo de los motivos del recurso plantea la cuestión referida a la interpretación de la norma convencional aplicable. La Sala se atiene a la interpretación realizada por la sentencia de instancia y recuerda que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. A ello añaden las Sentencias de 20 de marzo de 1997 y 20 de diciembre de 1999 que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes.

C) Valor del Convenio Colectivo y Acuerdos Marco

La STS de 10 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1478, en recurso de casación ordinario interpuesto frente a sentencia de la Audiencia Nacional, resuelve el conflicto colectivo planteado sobre si el I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, suscrito entre CCOO, UGT y la asociación AGESFER, es un convenio colectivo estatutario ordinario, siendo en tal caso aplicable a una determinada empresa o, si por contra, es un verdadero convenio marco y por tanto no aplicable de forma directa a la empresa demandada. La Sala sostiene que aunque el referido convenio se autocalifica de acuerdo marco, carece de las notas típicas de este tipo de acuerdos, pues no estructura la negociación colectiva, ni fija reglas de eliminación o resolución de posibles concurrencias entre convenios (interconvencionales), ni principios para articular la complementariedad de las diversas unidades de negociación, sino que regula condiciones de trabajo concretas y directamente aplicables por las empresas y trabajadores a los que va dirigido.

Las partes codemandantes (los sindicatos CCOO y UGT) mantienen que el Convenio es un convenio colectivo estatutario de carácter ordinario, aunque instituido como acuerdo marco, y por ello plenamente aplicable a las empresas codemandadas. Por contra, éstas consideran que estamos en presencia de un puro acuerdo marco y por tanto de no aplicación directa a ellas.

El TS entiende que la solución dependerá de la naturaleza jurídica que se dé al convenio. La Audiencia Nacional en la sentencia recurrida calificó el Acuerdo como “Acuerdo Marco mixto o impropio” por entender que tenía un doble contenido: por un lado, acuerdo marco y, por otro, Convenio Colectivo y por ello estimó parcialmente la demanda considerando aplicable el convenio en aquello que constituye normativa de directa aplicación a las relaciones laborales que las empresas demandadas mantienen con sus empleados. La Sala resuelve que, a la vista de la regulación que se contiene en el indicado Acuerdo, estamos ante un acuerdo colectivo con valor de Convenio Colectivo, al que el artículo 82.3 del ET confiere eficacia vinculante y *erga omnes*, por lo que es de aplicación a las relaciones jurídicas incluidas en su ámbito de aplicación.

D) Pactos colectivos de la Administración. Legalidad

La STS de 12 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1532, en recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio de Salud de Galicia resuelve la demanda de un ATS planteada por exceso de jornada confirmando la sentencia de instancia que había estimado parcialmente la pretensión. En este recurso de casación se plantean dos cuestiones: la primera gira en torno al cálculo de la jornada y la segunda se refiere a la forma de retribuir las horas de servicio que la supera. La sentencia recurrida y la de contraste resuelven la misma cuestión de forma contradictoria debatiendo si un acuerdo de contratación social de 2001 entre la administración sanitaria y las centrales sindicales que regula la forma de cálculo de la jornada, su exceso y su forma de retribución, es contrario al RD-Ley 3/1987 que regula el régimen retributivo del personal estatutario. La Sala de lo Social del TS, siguiendo doctrina anterior, entre otras Sentencias de 12 y 19 de febrero de 2007, entiende que no existe vulneración de la norma con rango legal pues la determinación del cálculo de la jornada y la forma de retribuir su exceso entra dentro de las competencias de la Mesa de Negociación y que el Pacto no introduce un concepto retributivo distinto de los previstos en el RD-Ley sino que contempla un supuesto no regulado. En definitiva la sentencia desestima el recurso entendiendo ajustado a Derecho el contenido de la resolución dictada por el Servicio de Salud autonómico.

5. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. La cuestión que se aborda en la STS de 27 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1572, versa sobre la pretensión de un trabajador que permaneció en situación de incapacidad temporal de mayo a septiembre, y reclama su derecho a disfrutar treinta días de vacaciones o, subsidiariamente, el abono de la cantidad compensatoria por los días no disfrutados. Entre los hechos probados de la sentencia de instancia, consta el dato de que ha sido práctica habitual de la empresa, desde hace más de veinte años, conceder un nuevo período de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados por los trabajadores al encontrarse en situación de incapacidad temporal, cuando dicha contingencia se producía con anterioridad a la fecha de su disfrute, de modo que, en estas circunstancias, el período vacacional se disfrutaba después del alta del trabajador. Aun más, la sentencia valora que vigente ya un nuevo Convenio Colectivo, el empresario ha continuado concediendo las vacaciones en el sentido indicado. La resolución del asunto, según la sentencia, exige determinar si la conducta o práctica de empresa a que se refiere el trabajador constituye o no condición más beneficiosa. La Sala, reiterando doctrina consolidada sostiene que para la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación de un beneficio otorgado por la voluntad inequívoca de su concesión, de modo que la ventaja

I. Fuentes del Derecho

se incorpora al nexo contractual. Tal beneficio supera así los establecidos en las fuentes legales o convencionales.

La sentencia establece que es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio lo que impide su disposición por decisión unilateral del empresario y produce la consecuencia de intangibilidad unilateral y de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas. En definitiva, si vigente ya el nuevo convenio la empresa ha continuado concediendo las vacaciones a los trabajadores en situación de IT en el momento de su inicio, tal actuación constituye una condición más beneficiosa incorporada a dicho nexo contractual.

En este sentido se pronuncian las **SSTS de 28 de junio y 25 de julio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1367 y 1476.

También sobre la condición más beneficiosa y su modificación por voluntad unilateral del empresario se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 6 de marzo de 2007**, I.L. J 1707. La cuestión suscitada versa sobre el disfrute del período de vacaciones en relación con la baja por enfermedad y, en concreto, si cuando se produce esta baja en período anterior al inicio de las vacaciones los trabajadores que venían disfrutando la posibilidad de fijar un nuevo período vacacional durante el año natural ante la supresión por decisión empresarial afecta o no al principio de condición más beneficiosa. La sentencia analiza inicialmente la aplicación del Convenio Colectivo y de posteriores acuerdos empresariales que hacen referencia a la cuestión debatida, pero que no pueden dejar sin efecto el derecho del actor y del resto de los trabajadores que tienen desde hace treinta años, tal como se recoge en los hechos probados, la posibilidad de fijación de ese nuevo período vacacional, pues ello perjudicaría sus derechos. En definitiva, la Sala recuerda su propia doctrina en la que declara que la existencia de una condición más beneficiosa exige 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.

Por lo tanto, y en el caso de autos, la incorporación al nexo contractual del beneficio indicado es el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario. Y su vigencia pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior legal o pactada colectivamente más favorable que modifique el status anterior en materia homogénea. En base a lo expuesto, la sentencia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa.

6. APLICACIÓN INTERTEMPORAL DE LAS NORMAS

La **STS de 27 de junio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1393, resuelve sobre la aplicación intertemporal del artículo 33 del ET regulador del Fondo de Garantía Salarial. Se plantea en esta sentencia la responsabilidad del FOGASA en relación con los salarios de tramitación derivados de un despido, que tuvo lugar mientras estuvo vigente el RD-Ley 5/2002. La cuestión litigiosa principal es si se debe aplicar el artículo 33.1 en redacción dada por el

RD-Ley 5/2002, norma vigente en el momento de producirse el despido y en la que no se recogía la obligación del FOGASA de abonar salarios de tramitación, o, si por el contrario, ha de estarse a la regulación establecida por la posterior Ley 45/2002. Es decir, si cabe entender que el meritado RD-Ley es aplicable al caso al haberse dictado el auto de extinción de la relación laboral y de declaración de insolvencia del empresario en fecha posterior a la derogación de dicha norma.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia el FOGASA interpone recurso de casación para unificación de doctrina por entender infringido el artículo 33.1 ET en relación con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 45/2002. Sostiene la parte recurrente que para determinar la norma aplicable hay que atender a la fecha de la extinción del contrato de trabajo, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley, lo que supondría aplicar el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores en redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2002 y no la regulación efectuada por la Ley 45/2002. Al respecto ya argumentó la sentencia de suplicación al resolver el recurso que la Disposición Transitoria está referida sólo al régimen jurídico sustantivo y procesal de la extinción contractual, en el que no pueden encontrar acomodo las garantías del salario, que cuentan con un régimen jurídico propio.

De conformidad con la doctrina de la Sala General del Alto Tribunal, la determinación en el tiempo de la norma aplicable en relación con las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, ha de realizarse conforme al principio de prestación causada. Así, en la Sentencia de 21 de marzo de 1988, dictada en recurso en interés de ley, el Tribunal Supremo ya declaró que, para determinar el ámbito temporal de la reforma introducida por la Ley de 2 de agosto de 1984 en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y consiguientemente para precisar la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, ha de estarse a la fecha de la declaración de insolvencia. De ahí que se establezca como doctrina legal que “debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo, la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo de Garantía Salarial”. Este criterio, que ya había establecido la Sala en la Sentencia de 3 de junio de 1981 y que ha venido aplicándose también en materia de prescripción por las Sentencias de 10 de abril de 1990, 21 de enero de 1996, 24 de febrero de 1998 y 17 de diciembre de 1999, sostiene que el *dies a quo* se determina por la fecha de notificación del auto declarativo de la insolvencia.

Por consiguiente, la decisión de la controversia ha de partir del dato de que “es la fecha de declaración de insolvencia la determinante de la legislación de aplicación, puesto que es esta declaración la que hace recaer sobre el FOGASA la responsabilidad sustitutoria prevista en el artículo 33 ET”.

7. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Sobre la materia de reintegro de gastos por utilización de servicios sanitarios privados y la interpretación de sus normas reguladoras, es decir, el artículo 17 de la Ley 14/1986,

I. Fuentes del Derecho

General de Sanidad, en relación con el artículo 120.3 de la Ley de Seguridad Social y el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, se pronuncia la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de marzo de 2007**, I.L. J 1395. Como regla general, en el sistema español de Seguridad Social no existe el derecho de opción libre del beneficiario entre la medicina pública y la privada y, en consecuencia, si se quiere hacer efectivo el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social no es posible el reintegro de gastos médicos, salvo los supuestos excepcionales previstos en la norma de aplicación. En el litigio se plantea el criterio de interpretación que ha de darse en los supuestos señalados. En este sentido, en lógica defensa de la organización sanitaria de la Seguridad Social, los preceptos establecen claramente, como regla general, la improcedencia del abono por la entidad gestora demandada de los gastos que se originen al beneficiario como consecuencia de la asistencia médica prestada en centros privados ajenos a la Seguridad Social. Esta posibilidad, dado su carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, pues según reiterada doctrina del TS no conceden a los beneficiarios y usuarios un derecho de opción, sino que la medicina privada tiene carácter excepcional a justificar por el beneficiario ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso para evitar conceder reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse en instituciones de la Seguridad Social.

También sobre el reintegro de los gastos ocasionados como consecuencia de la utilización de servicios sanitarios privados se pronuncia la **STS de 17 de julio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1742, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina. El supuesto de hecho trata sobre un beneficiario que, ante la gravedad de su dolencia, decide ser tratado mediante una técnica únicamente existente en la medicina privada. La Sala interpreta el precitado artículo 5.3 reiterando la doctrina pacífica, según la cual para el cumplimiento del requisito de necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, se exige que concurra el que dicha asistencia sea necesaria para conservar la vida u obtener la curación, así como para conservar los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad o para lograr una mejor calidad de vida y menor dolor y sufrimiento. En el caso de autos la sentencia resuelve que no se trata de un supuesto de urgencia vital y que además la técnica utilizada en la medicina privada e inexistente en la pública no estaba aprobada por la Administración ni suficientemente contrastada su solvencia científica, su seguridad y eficacia. Recuerda la sentencia la reiterada doctrina de que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se caracteriza por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal y no se integra en el contenido de la acción protectora de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la sanidad española.

8. COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES

En materia de competencia internacional en la prestación de servicios llevada a cabo en el extranjero por una empresa extranjera sin delegación en España y la existencia de un supuesto de cesión ilícita de trabajadores resuelve la **STS de 20 de julio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1517. En efecto, la pretensión deducida en procedimiento especial de

conflicto colectivo tiene por objeto que se declare cesión ilícita de trabajadores diversas prácticas que se imputan a las empresas aeronáuticas demandadas y que consisten en determinadas situaciones en las que un tipo de personal de nacionalidad americana contratado por una de las empresas presta servicios efectivos para otra.

La Sala aborda previamente la cuestión de fondo el problema de la competencia internacional de los tribunales españoles y señala que, para que los conflictos colectivos se sometan a nuestros tribunales han de tener un elemento de conexión con el territorio nacional, elementos que precisa el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que son: la prestación de servicios en España, la celebración del contrato en territorio español, domicilio del demandado en España y nacionalidad española del trabajador y el empresario. Pues bien en el caso de autos, señala la sentencia, no se cumplen estas exigencias de conexión respecto de una de las empresas codemandadas pero sí respecto de la otra al cumplir los condicionantes antes señalados y en concreto al tener su domicilio en España.

Salvada la cuestión competencial, la sentencia analiza la existencia o no de una cesión prohibida y llega a la conclusión de que un tipo de personal, en concreto de nacionalidad americana, es contratado en una empresa para prestar servicios en otras, lo que da lugar a un trasvase ilícito de trabajadores. La Sala entiende que, aunque no concurra intención especulativa o fraudulenta, sí es cierto, que aparece como empresario durante un período de la prestación de trabajo alguien que no es empresario real y ello permite apreciar la cesión.

9. JURISDICCIÓN LABORAL: COMPETENCIA

El personal estatutario de los Servicios de Salud ha recibido una nueva regulación a través del Estatuto Marco, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, cuya entrada en vigor se produjo el 18 de dicho mes. Esta norma legal, que se constituye en norma básica, califica este tipo de personal como un funcionario de carácter especial, calificación que introduce un cambio jurisdiccional en los litigios de los trabajadores con vínculo estatutario. Con anterioridad a la vigencia de la norma estatutaria los pleitos sustanciados en relación con el denominado personal estatutario de salud, dependiente del INSALUD y, posteriormente, tras los procesos transferenciales, de los Servicios de Salud autonómicos, se sometían a la jurisdicción social. El precepto que atribuía este personal a dicha jurisdicción era el artículo 45.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1974.

La **STS de 7 de junio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1354, declara la incompetencia de jurisdicción del orden social para conocer de la demanda de una trabajadora del IMSALUD formulada el 17 de marzo de 2004, es decir, una vez que había comenzado su vigencia el Estatuto Marco. La Sala, siguiendo la doctrina establecida en tres sentencias votadas en Sala General, dos de 16 de diciembre de 2005 y una del 21 siguiente, seguida luego por otras muchas, entiende que el Estatuto Marco establece con nitidez el carácter funciona-

I. Fuentes del Derecho

rial de la relación estatutaria, relación que califica de funcional especial. Tras la entrada en vigor de la precitada Ley 55/2003, la competencia para conocer de todas las demandas formuladas por quienes tienen la condición de personal estatutario no corresponde al orden jurisdiccional Social, sino a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, tal como por otra parte había mantenido la Sala Especial de Conflictos de Competencia en Auto núm. 8/2005, de 20 de junio, debiendo declarar de oficio la incompetencia de jurisdicción.

Partiendo de lo anterior, se añade como argumento que el artículo 45.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, precepto que conservó su vigencia tras la entrada en vigor de la LGSS de 1994, quedó tácitamente derogado por la Disposición Derogatoria Única de la norma legal estatutaria. Por lo tanto, y dado que el citado precepto de la Ley de Seguridad Social atribuía al orden social de la jurisdicción la competencia para conocer las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal, su derogación hace decaer dicha competencia jurisdiccional. Por otro lado, la referida Ley 55/2003 configura la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria a través de los distintos servicios de salud como una relación funcional, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al Derecho Administrativo. Por ello, y en definitiva, tras la repetida Ley 55/2003, hay que considerar atribuida la competencia en la materia a los órganos del orden contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 1 de la Ley 29/1998, reguladora de dicho orden jurisdiccional.

En este sentido se pronuncian las **SSTS, Sala Cuarta, de 23 de abril; de 7, 11, 13 y 22 de junio; de 16 de julio y de 18, 24 y 25 de septiembre de 2007**, I.L. J 1546, 1356, 1291, 1361, 1658, 1568, 1528, 1606, 1767, 1685 y 1554. En esta misma materia, la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2007**, I.L. J 1244, efectúa un amplio análisis de los argumentos en pro y en contra de la cuestión competencial y de la doctrina contrapuesta de, por un lado, los TTSSJ de Andalucía y Castilla y León que entienden debe mantenerse la competencia del orden jurisdiccional Social y, por otro, de los TTSSJ de Castilla-La Mancha y La Rioja, que defienden el cambio jurisdiccional. Concluye la sentencia que la segunda postura es la que más se acomoda a la legalidad surgida de la entrada en vigor del Estatuto Marco, doctrina que no hace sino seguir el camino hermenéutico que ha venido estableciendo el Tribunal Supremo en las sentencias antes mencionadas.

También sobre la competencia de la jurisdicción laboral se pronuncia la **STS de 12 de junio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1462. Se plantea en la sentencia la impugnación de un acuerdo de regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario perteneciente a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. La sentencia entiende, por un lado, que lo que se impugna es una norma del ordenamiento jurídico administrativo, aunque contenga aspectos relacionados con el personal laboral. Como recuerda la sentencia de la misma Sala de 5 de diciembre de 2006 “La Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo ha declarado que no caben acuerdos mixtos de personal funcionario y laboral y que los acuerdos que puedan aprobarse con este carácter son nulos”. Añade la Sala que por lo tanto el acuerdo en sí no tiene carácter de Convenio Colectivo y por

ello tampoco podría establecer el orden social una interpretación general de una norma que ni es laboral ni puede incluir en su ámbito de aplicación a trabajadores al menos de forma directa.

Este primer razonamiento que lleva a cabo la sentencia conlleva a la segunda vertiente del problema jurisdiccional, es decir, la relativa al ámbito personal de la impugnación. En este sentido, la Sala señala que no es posible una interpretación general de una norma cuyos destinatarios principales quedan fuera del conflicto. Procede, por lo tanto, dice la resolución, apreciar la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en la demanda y advierte a las partes que la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo, sin perjuicio de que el personal laboral al que le resulta aplicable el Acuerdo en cuestión someta sus eventuales conflictos individuales o plurales por la vía del proceso social ordinario ante esta jurisdicción.

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. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de notarías, registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

(* 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

c) Actividad dependiente

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2007 (recurso de suplicación 550/2007), I.L. J 1643

1. Se nos plantea en el presente recurso de suplicación la extinción de la relación que unía al demandado con la empresa demandante, siendo el objeto de la disputa entre las dos partes la determinación de la relación como laboral o no laboral. Así, mientras la empresa mantiene que la relación era mercantil, mediante un contrato de agencia, el trabajador mantiene que si bien es cierto que se firmó el contrato de agencia éste en realidad está ocultando una relación laboral amparada por el artículo 1 del ET.

Se declaran como hechos probados por la sentencia de instancia que el sujeto demandante no tenía un horario fijo determinado por la empresa, tampoco fichaba las entradas y salidas de la sede provincial de ésta, la empresa no había puesto a su servicio ningún medio de transporte o telefónico para que desarrollara su actividad, se había acordado con el demandante una retribución fija mensual completada por una retribución variable según los contratos que suscribieran los clientes por su mediación, cabe destacar también que el demandante durante el tiempo que duró su relación con la empresa demandada estuvo dado de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León debe decidir si la relación, antes descrita, es un supuesto regulado por el Estatuto de los Trabajadores o por la Ley 12/1992. Analiza los requisitos básicos exigibles para poder entender que hay una relación laboral, como son la voluntariedad, la retribución, la ajenidad y la dependencia. Reconoce el Tribunal que el requisito determinante para establecer si nos encontramos ante una relación laboral o ante un contrato de agencia, es el requisito de la dependencia pues el resto de las exigencias son notas características de las dos figuras.

Entrando en el análisis de la dependencia el Tribunal estima que de la redacción de los hechos realizada por la juzgadora de instancia no puede inferirse que el demandante estuviera en una situación de dependencia respecto de la empresa demandada. Por lo tanto, decreta la inexistencia de una relación laboral entre los dos actores. Vista la anterior conclusión el Tribunal decae el segundo de los motivos del recurso de la parte demandante, referido a la reivindicación de la existencia de un despido o de una resolución del contrato a instancia del trabajador.

3. La presente decisión del Tribunal entra dentro de la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las notas características de la relación laboral, así como de las particu-

II. Trabajador

laridades del contrato de agencia. De igual forma, la resolución que nos ocupa continúa el criterio jurisprudencial del propio Tribunal Superior (ver, por ejemplo, I.L. 633 de 2007). Ambos criterios trazan un incuestionable parámetro para determinar la laboralidad de las relaciones contractuales, que sólo se encuentra con problemas cuando lo usamos como parámetro con las nuevas formas de relaciones laborales. Y es que es cierto que en las nuevas relaciones contractuales los requisitos de ajenidad y dependencia no son tan claros como se desearía, sobre todo cuando nos encontramos ante profesiones con una notable especialización que hacen necesario flexibilizar los principios de ajenidad y dependencia.

No obstante, la dispersión de los requisitos de ajenidad y de dependencia en algunos supuestos, no debe movernos a ampliar sin límites la protección del ordenamiento laboral a todo tipo de relaciones sin un *mínimo de laboralidad*, como sería el presente caso. Debemos ser rigurosos y sólo debemos ampliar el concepto de laboralidad a aquellos casos en los que los requisitos estén presentes, aun cuando sea de manera muy difusa. Hipótesis que no se cumple en el supuesto fáctico del recurso que nos ocupa, como bien aprecia el propio Tribunal.

d) Actividad por cuenta ajena

– STS de 19 de junio de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4883/2005), I.L. J 1564

1. Los siete codemandados, afiliados al RETA, suscribieron contratos de arrendamiento de obra con la empresa BLANCA que desarrolla la actividad de Clínica Dental, en virtud de contrato de franquicia celebrado con la empresa franquiciadora LABORATORIOS NICOTAS. Antes de prestar dichos servicios los demandantes superaron un proceso de selección llevado a cabo por BLANCA y su definitiva incorporación se condicionó a la comprobación por parte del franquiciador de la adecuación de éstos a perfiles profesionales exigidos por la Clínica y a la superación de un curso de formación, cuyo coste es a cargo de BLANCA. Los codemandados desarrollan la actividad de odontólogos en las instalaciones dentales que les facilita BLANCA, que pone al servicio de aquéllos toda la infraestructura de medios materiales y humanos y gestiona y cobra los ingresos que se derivan de la relación del contrato de obra odontólogo-paciente, siendo los odontólogos codemandados los que indican los trabajos que se han de realizar a los pacientes que atienden, fijándose el precio de los servicios prestados conforme a la tarifa de precios mínimos recomendada por LABORATORIOS NICOTAS, que se revisa anualmente.

La empresa BLANCA entrega mensualmente al odontólogo un importe igual al porcentaje pactado de los ingresos efectivos realizados durante el mes anterior por los pacientes atendidos por el odontólogo en cuestión, deducido en una cantidad igual al porcentaje pactado del importe de los trabajos de laboratorio consumidos y en caso de impago por el cliente de los servicios prestados por el odontólogo éste no percibe cantidad alguna de BLANCA. Los odontólogos desarrollan su trabajo en las clínicas de BLANCA dentro del horario de atención al público que tienen dichas clínicas y que es el siguiente: de lunes a viernes de 9 a 21 horas y los sábados de 10 a 14 horas y aunque para la realización de su

trabajo gozan de flexibilidad horaria, ellos asumen la obligación de atender el servicio de odontología de las clínicas de ALBEA S012, SL durante el horario de apertura al público de éstas y así realizan turnos para que dicho servicio esté atendido los sábados, teniendo que ponerse también de acuerdo para el disfrute de sus vacaciones a efectos de sustituirse entre ellos o de lo contrario han de designar un sustituto que ha de recibir la previa autorización del franquiciado (BLANCA) y del franquiciador (LABORATORIOS NICOTAS). Además, algunos de los odontólogos codemandados prestan servicios en otras clínicas distintas a las que son titularidad de BLANCA.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó Acta de infracción a BLANCA al considerar que su relación jurídica con los odontólogos codemandados es laboral, estimando el Juzgado la demanda de oficio, cuya sentencia fue confirmada en suplicación y en unificación de doctrina. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005 es recurrida en casación, ofreciéndose como sentencia de contraste la Sentencia del TSJ de La Rioja de 14 de noviembre de 2002 y denunciando la infracción del artículo 1 LET, en relación con los artículos 3.1, 1089, 1091, 1255, 1278, 1281, 1282 y 1285 CC. La Sala casacional admite la contradicción dada la gran semejanza de las sentencias contrastadas pues, incluso, en ambos casos, se trata de procedimientos seguidos de oficio por la Autoridad Laboral, que consideró que la prestación de servicios entre las partes era de naturaleza laboral. En los dos supuestos la actividad de las mercantiles demandadas es la explotación por personal titulado bajo el régimen de franquicia de la misma clínica dental.

2. En su argumentación jurídica de fondo, parte la Sala casacional de la inexistencia de naturaleza dispar entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios, porque en éste el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un “precio” o remuneración de los servicios y, en el contrato de trabajo, dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Pero cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de su ejecución, se está ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral. Las consideraciones sobre estos dos presupuestos sustantivos vienen a continuación:

“Tanto la dependencia como la ajenidad (...) son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales. Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También

II. Trabajador

se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo [STS de 23 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7310)], compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [STS de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6784)]; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad [STS de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7622), STS de 22 de abril de 1996 (RJ 1996, 3334)]; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [STS de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997, 3043)]; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [STS de 11 de abril de 1990 (RJ 1990, 3460), STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1427)]; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995); y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989).”

Vistos estos indicios, se trata seguidamente de proyectarlos al caso de autos, concluyendo que “(...) en efecto, todos los datos y circunstancias de la relación de servicios en litigio apuntan en tal dirección”, pues es BLANCA y no el médico-odontólogo quien dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios. Los odontólogos están integrados en el cuadro médico de la clínica dental. El lugar, el horario, los medios e incluso, si bien indicativa y no imperativamente, el modo de trabajo han sido programados o predispuestos por BLANCA. Se dan en el supuesto enjuiciado, las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad, y prestación de servicios *intuitu personae*, que se pone de manifiesto en el proceso de selección que han de superar para prestar servicios para la codemandada; b) ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios; c) los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de las clínicas BLANCA; d) la retribución, que percibe el odontólogo, está en función de un porcentaje sobre la facturación efectivamente cobrada a los clientes atendidos en las clínicas BLANCA, deduciendo de ésta el porcentaje cobrado en concepto de gastos de trabajo de laboratorio, en sistema retributivo similar al salario a comisión. Por lo demás, no se ha enervado la presunción de veracidad de la que goza el acta de la Inspección de Trabajo, reiterada en doctrina unificada de esta Sala del Tribunal Supremo a la que se refiere la sentencia recurrida. Añadiendo que, de otro lado, la conclusión anterior no queda desvirtuada por las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del odontólogo en las licencias y otros supuestos singulares. Como sucede también en el caso de la sentencia de contraste, e incluso con una formulación más rotunda y rigurosa que en esta última, las sustituciones o suplencias son la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico demandante y la entidad de asistencia sanitaria demandada, al limitarse aquéllas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo,

con exigencia expresa de permiso de dicha entidad. Es claro que tal previsión contractual no puede impedir la calificación de laboralidad.

Aplicados con resultado positivo los indicios comunes de laboralidad al supuesto de la relación de servicios en litigio, se pregunta la Sala si la jurisprudencia ha elaborado indicios de dependencia o ajenidad específicos de la profesión médica, o en general de las profesiones liberales, y, en segundo lugar, si tales indicios conducen también a la misma conclusión, constituyendo las respuestas a ambas preguntas la parte más sustanciosa de la fundamentación jurídica de la sentencia casacional.

“En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [STS de 11 de abril de 1990 y STS de 3 de abril de 1992 (RJ 1992, 2593)] o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [STS de 22 de enero de 2001 (RJ 2001, 784)]. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [STS de 7 de junio de 1986 (RJ 1986, 3487), sentencia de contraste] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles (caso de la sentencia recurrida), constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [STS de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6784)]. No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [STS de 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8947)].”

Cuando se ha llegado a conclusión contraria, favorable a la existencia de contrato de arrendamiento de servicios, y contraria a la inexistencia de contrato de trabajo (tal en la Sentencia de 22 de enero de 2001), fue porque: “a) Se reconocía al médico una facultad de decidir su sustitución en los servicios médicos por otro facultativo, y no una mera previsión excepcional de suplencia. b) El régimen horario de prestación de los servicios lo fijaba el médico y no la empresa, que se limitaba a excluir una determinada franja de horas. c) La forma de retribución concertada era, según se dice, la iguala, esto es, de acuerdo con el diccionario de la RAE, ‘el convenio entre médico y cliente por el que aquél presta a éste sus servicios mediante una cantidad fija anual en metálico o en especie’.”

3. La sentencia unificadora es de interés por el tratamiento de los presupuestos sustantivos de la dependencia y ajenidad, más que por la solución concreta a un caso concreto, sujeto como siempre al vaivén de la prueba no ya de hechos básicos sino de matices o de aspectos secundarios, uno a uno considerados. Esos matices, valorados ahora conjuntamente, son los que llevan a soluciones antagónicas en supuestos parecidos e incluso muy

II. Trabajador

próximos, como son el actual y el que seguidamente se incluye más adelante, el resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de marzo de 2007, sin que verdaderamente pueda decirse con convicción que uno de ellos ha sido resuelto adecuadamente y el otro de manera inadecuada. Porque, vistos por separado, las razones de las respectivas Salas se antojan razonables a partir de la subsunción de los hechos declarados probados en un marco normativo y jurisprudencial común.

Volviendo a los presupuestos sustantivos, el interés de la sentencia que se comenta se sitúa en los siguientes aspectos:

1º) La definición de los presupuestos básicos de laboralidad –la dependencia y la ajenidad– como conceptos indeterminados o “conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado”, en las palabras literalmente utilizadas por la Sala.

2º) La profunda interrelación entre ambos presupuestos, “que guardan entre sí una estrecha relación”, de nuevo en el decir de la Sala, lo que impide la delimitación limpia de ambos. La línea abierta por el profesor DE LA VILLA, en los años sesenta, y en su obra sobre *Trabajo a domicilio*, al elaborar una tipología ejemplificativa que combinara esos presupuestos y sus contrarios para apreciar sus zonas de contacto y de separación, ensayando diferenciar las actividades dependientes y por cuenta ajena, las actividades dependientes y por cuenta propia, las actividades autónomas y por cuenta ajena y las actividades autónomas y por cuenta propia, no ha sido lamentablemente profundizada en la doctrina posterior.

3º) La necesidad de determinar a la postre la existencia de dependencia y de ajenidad a partir de una serie de indicios, procediendo la Sala a enunciar los de la dependencia y los de la ajenidad, aunque no de modo exhaustivo ni con delimitación absolutamente convincente entre los de una y los de otra.

4º) La búsqueda y propuesta de indicios “específicos” de dependencia y ajenidad en las profesiones médicas, lo que permite obviamente la proyección de éstos a supuestos similares en los que la prestación de trabajo corre a cargo de profesionales liberales (estudios de arquitectos o ingenieros, despachos de abogados, gabinetes de economistas o sociólogos, etc.) Se abre así una vía muy provechosa para futuras valoraciones de relaciones civiles o laborales en supuestos semejantes y, lo que es previo y más importante todavía, para “confeccionar” los contratos entre los interesados evitando deslizar en ellos indicios específicos de laboralidad.

Hay que decir, finalmente, que la sentencia comentada, al igual que la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de marzo de 2007 que se comentará en esta crónica, se elaboran sobre el denominado contrato de franquicia, en cuya virtud una empresa cede a una o varias personas, a cambio de precio, la explotación de determinados derechos para la comercialización de sus productos o servicios. Como dispositivo de descentralización productiva este contrato es, a la vez, lícito y sospechoso de fraude, pues si bien la relación contractual entre el franquiciante o franquiciador y el franquiciado es una relación normal en el derecho mercantil, se utiliza con cierta frecuencia para disfrazar la existencia de relaciones de derecho laboral. Llama la atención, no obstante, que las dos

sentencias de referencia no entran en las peculiaridades de este contrato, desviando y centrando la atención, únicamente, sobre los presupuestos clásicos de laboralidad.

– **STS de 10 de julio de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1412/2006), I.L. J 1481

1. El supuesto fáctico que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio plantea la disyuntiva de determinar si la relación que une a unos profesionales de la medicina con la empresa que los contrata es, o no, una relación laboral. La coyuntura que nos muestra la narración de los hechos se caracteriza por presentarnos a una clínica dental que contrata a unos médicos especialistas en odontología para que en sus instalaciones, con el material y medios humanos por ella suministrados, ateniéndose a los precios fijados por la dirección de la clínica y ordenándose en función del horario establecido por la propia empresa ejerzan su profesión de odontólogos.

El comienzo del procedimiento judicial se remonta a la demanda de oficio presentada por la Inspección de Trabajo, y que tuvo como resultado la sentencia del Juzgado de primera instancia de Valencia en la que se afirmaba la laboralidad de la relación contractual que unía a la empresa, demandante en casación, y a los odontólogos contratados para que prestaran sus servicios en la clínica propiedad de la empresa. La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Tribunal que confirmó la sentencia de instancia. La decisión del Tribunal Superior de Justicia fue recurrida finalmente ante el Tribunal Supremo, como consecuencia de la existencia de una sentencia sobre hechos parecidos pero con una solución judicial distinta. En concreto, la sentencia de contraste utilizada en el recurso para la unificación de doctrina es la Sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 14 de noviembre de 2002.

2. Entiende el Alto Tribunal que en el supuesto planteado, y en la sentencia de contraste, se produce una identidad sustancial en las pretensiones ejercidas, así como en los hechos producidos, teniendo éstos una desigual solución. Corresponde, por lo tanto, entrar a valorar si hay o no una relación laboral. Entiende que en el caso sometido a la casación del Tribunal se dan los requisitos típicos de la relación laboral, exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. En concreto entiende que la ajenidad puede predicarse de la facultad de la clínica para determinar los precios y de la remuneración periódica que obtienen los facultativos que trabajan en ella. Por su parte, la dependencia puede ser inferida de la facultad de la empresa para fijar el horario, de la necesidad de acudir al centro de trabajo de la empresa y de la necesidad de desarrollar el trabajo de una manera personal e indelegable. En atención al anterior razonamiento procede según el Tribunal rechazar el recurso y confirmar los pronunciamientos recurridos.

3. No parece cuestionable la laboralidad del supuesto planteado, pues cumple con la asentada doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos para poder entender que nos encontramos ante una relación laboral. Es decir, acude al sistema de indicios para

II. Trabajador

determinar si concurren también los dos requisitos de más difícil prueba a la hora de determinar la laboralidad: la ajenidad y la dependencia. Debemos tener en cuenta además la presunción de laboralidad vigente en nuestro ordenamiento (artículo 8 ET), máxime en las relaciones de trabajadores de alta cualificación, como las expuestas en el caso que nos ocupa, en la que estos dos elementos se vuelven más difusos.

Sin embargo, presenta más dudas la aceptación por parte del Tribunal de la identidad substancial entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste. Interpreta el Tribunal que las dos sentencias presentan unos hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Deberíamos entender, por el contrario, que tal identidad no se produce en la realidad pues pese a que en los dos supuestos nos encontremos ante una franquicia de una clínica odontológica y ante un problema de laboralidad entre la clínica franquiciada y los médicos profesionales que trabajan en ella los supuestos son claramente diferentes. En el supuesto que da lugar al recurso de casación, como hemos dicho, la dirección de la clínica es la encargada de fijar los precios, los horarios, los turnos de atención a los clientes, entre otras características. Por el contrario, en la sentencia de contraste son los profesionales los que deciden su agenda de clientes, su horario, sus períodos de vacaciones, sus honorarios...

De la enumeración anterior, y tal y como adelantábamos antes, podemos deducir que no nos encontramos ante supuestos idénticos resueltos de diferente forma por la jurisprudencia, sino que nos encontramos ante dos supuestos problemáticos distintos de relación de laboralidad. Esta conclusión debería haber llevado al Tribunal a inadmitir el recurso para la unificación de la doctrina por incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

– STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2007 (recurso de suplicación 7744/2006), I.L. J 1329.

1. El actor suscribió con la demandada el 25 de enero de 2001 contrato de trabajo ordinario de carácter indefinido, iniciándose la relación laboral el día 31 de enero de 2001, con la categoría profesional de director comercial. La demandada tiene desde el día 12 de noviembre de 2001 tres socios siendo uno de ellos el demandante, que ostenta la titularidad de 276 participaciones sociales, representativas del 6,91% del capital social, y fue nombrado consejero, pasando la compañía a regirse por un Consejo de Administración compuesto por tres miembros, don Bartolomé, don Plácido y el demandante. El actor en el mes de febrero de 2005 fue nombrado director general de la compañía. El actor autorizaba pagos y facturas para los proveedores, disponía de tarjeta de crédito y de teléfono móvil facilitados por la empresa, si bien le fueron retirados en el mes de septiembre de 2005 al

igual que al resto de los directivos de la compañía. En la junta general de socios celebrada el día 17 de octubre de 2005, se acordó cesar al actor como consejero por pérdida de confianza. El 18 de octubre de 2005, la demandada remite al actor por burofax una carta en la que se dice que se abstenga de toda gestión de administrador o de control. El día 19 de octubre de 2005, el actor se personó en el centro de trabajo siéndole impedida la entrada. El actor ni suscribía contratos de trabajo, ni decidía despidos, ni podía comprar ni decidir compras, ni firmar talones, siendo ello realizado por don Bartolomé que era el único que tenía poderes para ello.

2. Se expresa en la sentencia que la condición de accionista y miembro del Consejo de Administración del demandante, no obstan a la existencia del vínculo laboral, dado que sólo en los casos de relaciones de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino comunes, cabe admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación laboral. Y a partir de febrero de 2005, en que el actor fue promocionado a director general, la relación laboral tampoco pasó a ser de “alta dirección”, pues tal contrato especial de trabajo requiere la concurrencia de tres requisitos: a) que el trabajador ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que implica la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de ésta y de realizar actos de disposición patrimonial que la obliguen frente a terceros; b) que estos poderes afecten a objetivos generales de la compañía, sin que puedan ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de su actividad; c) que el ejercicio de estos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que ostente la titularidad de la empresa. Este criterio ha sido matizado en el sentido de afirmar que el RD 1382/1985 no exige que únicamente merezca esta calificación el *alter ego* del empresario en la empresa, el titular del puesto-vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asumen altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial. Lo trascendental a estos efectos no es la extensión funcional o territorial del poder, sino su intensidad, de suerte que en sectores concretos de la empresa también puede desplegarse la actividad de alto directivo, pues la esencia de ésta consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa, de tal forma que pueda determinar el sentido de la marcha de la empresa, siempre que afecte a sus objetivos generales.

Es imprescindible la participación en la toma de decisiones en la gestión fundamental de la actividad empresarial, los poderes, efectivamente ejercidos, amplios y referidos a la generalidad de la empresa o a un sector, amplio a su vez, de su tráfico o giro, funcional o territorial. En cualquier caso, el alto cargo es la excepción a la regla general del trabajador común y por ello su calificación como tal ha de ser interpretada restrictivamente, existiendo una presunción *iuris tantum* en favor del trabajador común u ordinario, aunque tenga el carácter de ejecutivo cualificado.

La relación laboral de que se trata es de carácter ordinario, pues con el nombramiento como director general el actor no pasó a asumir plenas competencias para gestionar la

II. Trabajador

sociedad, ya que no consta siquiera que el actor dispusiera de poderes para obligar a la sociedad, estando su capacidad de decisión individual muy limitada, pues quien tenía todos los poderes era don Bartolomé, teniendo el actor unas facultades muy limitadas, ya que ni suscribía contratos de trabajo, ni decidía despidos, ni podía comprar ni decidir compras, ni firmar talones, siendo ello realizado por don Bartolomé, que era el único que tenía poderes a tal fin. El actor autorizaba pagos y facturas para los proveedores. No se trata, pues, de facultades que puedan entenderse referidas en modo alguno al círculo de las decisiones fundamentales o estratégicas de la empresa. No estaba facultado para la adopción de decisiones importantes y propias de la titularidad de la empresa.

3. Es cierto que la mera calificación de un trabajo con un título directivo, como titular de un cargo, más o menos significativo, no conlleva la condición de alto cargo, sino que para ello se requiere la existencia de derechos y facultades que se ejecutan y vinculan con ellas a la sociedad. El presente caso es un supuesto de *flatus vocis*, en el que la denominación no es reflejo de nada que tenga que ver con un cargo directivo en la empresa. Más bien, en la sentencia de instancia y en la de suplicación constan omisiones fácticas que pueden justificar tal aseveración. Y las pocas referencias que existen son manifiestamente insignificantes. El actor ni suscribía contratos de trabajo, ni decidía despidos, ni podía comprar ni decidir compras, ni firmar talones. Tan sólo autorizaba pagos y facturas para los proveedores, lo que ni siquiera permite hablar de un directivo intermedio, sino de un encargado de tareas administrativas necesarias para la empresa. El actor disponía de tarjeta de crédito y de teléfono móvil facilitados por la empresa, pero le fueron retiradas enseguida.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2007 (recurso de suplicación 163/2007), I.L. J 1261

1. Se recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid de 2 de noviembre de 2006, que estimó la excepción de incompetencia material del Orden Social para conocer de la demanda presentada por don Rafael contra las empresas Credsa SA, Editorial Planeta SA y Planeta Corporación SA en materia de resolución indemnizada de su contrato de trabajo. Los hechos de los que partía la sentencia de instancia difieren en buena medida de los tomados en consideración por el TSJ de Castilla y León. Ello se justifica en una cuestión procesal: el cuestionamiento de la competencia material de la jurisdicción. Así, los hechos valorados a la hora de resolver el presente recurso de suplicación son los siguientes: en 1994, el actor firmó contrato de agencia con la sociedad anónima Credsa, por el que se comprometía a comercializar y vender las publicaciones de la empresa. Las condiciones económicas eran pactadas anualmente por las partes, que fijaban los porcentajes de comisión sobre ventas a percibir por el actor. Tales comisiones se liquidaban anualmente, si bien el demandante recibía anticipos a cuenta de éstas, por los que repercutía el correspondiente Impuesto sobre el Valor Añadido. El cobro efectivo quedaba condicionado al pago por el cliente, por lo que el actor respondía del buen fin de

sus operaciones. Credsa entregaba ficha de los clientes al actor si bien éste organizaba sus visitas libremente, recibiendo meras instrucciones generales por parte de la empresa. Es probado que el actor aparecía dado de alta en el RETA y en el IAE, aunque las correspondientes cotizaciones las desembolsaba Credsa.

2. Con base en estos hechos, la sentencia dictada en suplicación resuelve que la relación en cuestión ha de ser calificada como un contrato de agencia en los términos establecidos por el artículo 1 de la Ley 12/1992 que lo regula. El presupuesto laboral que se ve cuestionado en estas circunstancias es el de la dependencia, y el Tribunal dedica sus argumentaciones jurídicas a desentrañar si en el concreto caso tal rasgo de laboralidad está o no presente. En primer término, entra a valorar si el hecho de que el recurrente cobrara dos tipos de comisiones —una por las ventas realizadas por él mismo y, otras, por las ventas realizadas por los agentes a su cargo— supone que el actor estaba dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, concluyendo negativamente, en la medida en que no consta que recibiese instrucciones sobre la forma en que debía llevar ni su propia actividad ni la coordinación de la de los otros agentes. En segundo lugar, se cuestiona si la recepción de fichas de clientes de la empresa por el actor es indicio suficiente de dependencia, resolviendo nuevamente en sentido negativo, pues de acuerdo con el artículo 10.2 de la citada Ley de Contrato de Agencia, la entrega de tal información se cuenta entre las obligaciones de la empresa contratante. Por último, se discute si el hecho de que el actor recibiera instrucciones de venta por la empresa, así como el de que le fueran reintegrados por ésta algunos de sus gastos es un indicio de dependencia, entendiendo que no con base en el artículo 2.2 de la Ley 12/1992. Conforme a la resolución final, frente a los argumentos de parte queda demostrada la absoluta libertad con que ésta desempeñaba su actividad, concluyendo la inexistencia de relación laboral.

3. Ciertamente, y a pesar de la existencia de normativa suficiente que las regula, las labores de comercialización y agencia continúan debatiéndose en las zonas grises del Derecho del Trabajo. Sigue siendo difícil determinar cuándo se está ante una relación laboral especial en los términos recogidos por el artículo 2.1.f) ET, desarrollado por el RD 1438/1985 y el contrato de agencia regulado por la Ley 12/1992. En esta ocasión, la solución final ha de ser compartida, si bien hubiera merecido la pena examinar el hecho de que la empresa demandada asumiera el coste de las cotizaciones del actor en el RETA, cuestión que, junto a las opuestas y examinadas, podría haber hecho inclinar la balanza hacia la calificación como laboral de la relación, siendo incuestionable el alto grado de autoorganización que posee el actor, y que se halla presente tanto en una relación como en otra.

— STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2007 (recurso de suplicación 7326/2006), I.L. J 1331

1. Mediante la presente resolución judicial se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por don Ángel contra la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la excepción de competencia del orden jurisdiccional social opuesta por la demandada MAPFRE, Mutualidad de Seguros y Reaseguros-Sistema MAPFRE frente a la demanda del actor por des-

II. Trabajador

pido disciplinario. Pese a que existe una cuestión de orden público procesal que permitiría al TSJ considerar hechos distintos a los reconocidos en instancia, la Sala acepta el contenido del relato fáctico de ésta, entre los que se reflejan los siguientes: que el recurrente inició una prestación de servicios para la demandada como agente de seguros desde 2005, a través de solicitud de alta como agente de seguros del sistema MAPFRE, comprometiéndose a asistir a todos los cursos de formación impartidos por la entidad. A tal efecto, suscribió distintos contratos de agencia. Consta entre los hechos probados que el actor llevaba a cabo su actividad de forma directa, con iniciativa y plena responsabilidad, si bien era acompañado por un tutor asignado por MAPFRE en el desempeño de sus tareas. Además, asistía regularmente a la delegación de la demandada en Igualada, durante 2-3 horas diarias, sin horario prefijado y haciendo uso del ordenador, la mesa y el teléfono de ella para concertar sus visitas, disponiendo de las claves necesarias para dar de alta las pólizas suscritas. Asimismo, queda probado que el actor tenía en cartera clientes cuya gestión realiza en la actualidad la demandada. En el año 2006, el recurrente recibe sucesivas comunicaciones escritas por las que se le anunciaba la extinción de su relación por incumplimiento de los objetivos pactados en los correspondientes contratos.

2. Tras hacer un recorrido detenido por el iter legislativo del contrato mercantil de agencia y tratar de dejar asentada la noción jurídica de ésta vigente en nuestro ordenamiento; después de repasar la doctrina en la materia aplicada por el Tribunal Supremo, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña resuelve en idéntico sentido que la sentencia de instancia recurrida; esto es, confirmando que el actor suscribió un contrato mercantil de agencia con la demandada MAPFRE. Ello sobre la base de que el actor realizaba su actividad de mediación de seguros de forma directa, con iniciativa y plena responsabilidad, sin que los hechos probados resulten suficientes para desvirtuar el contenido imperativo de la Ley 12/1992, que regula dicho contrato.

3. Resulta ciertamente insuficiente la aplicación automática de la doctrina jurisprudencial en la materia al concreto caso enjuiciado, sin entrar a analizar los datos aportados por la parte actora y que, sin duda, revelan indicios de dependencia en la relación cuestionada. En efecto, el hecho de que lleve a cabo una parte de su actividad dentro de las instalaciones de la entidad aseguradora; de que dicha actividad esté condicionada a la realización de los correspondientes cursos de formación; de la existencia de un control a través de la presencia de tutores asignados por la demandada; así como que los clientes recabados por el actor se mantengan en la cartera de la empresa para quien trabajaba, constituyen indicios suficientes de dependencia. Otra cosa es que, en virtud de las reformas operadas sobre la legislación existente y el carácter imperativo del contenido de la Ley de contrato de agencia, tales indicios hayan de ser constitutivamente obviados.

– STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2007 (recurso de suplicación 8931/2005), I.L. J 1325.

1. El demandante ha realizado algunos trabajos de captación de alumnos como comisionista. Al finalizar la relación tratada se ofreció a otros clientes para aportar alumnos a cursos. En la demanda tiene la consideración de comercial libre. Existen otros comerciales en nómina. La diferencia entre el actor y los sujetos a nómina radica, fundamentalmente, en

que los del centro despachan en sus dependencias, se reúnen antes de las 10 de la mañana y realizan las entrevistas, bien en el centro, bien en el domicilio de los clientes, tienen su horario fijo y utilizan todos los medios del centro. El demandante no utiliza ninguno de los medios materiales del centro.

En más de una ocasión se le ofreció entrar en plantilla lo que siempre rechazó por cuanto no estaba sujeto a horario ni límite de fichas, ganando más cantidad en comisiones que los de plantilla de salario. A los “libres” no les dan fichas más que cuando los fijos no pueden realizar las visitas por baja por enfermedad u otra causa.

2. El tema al que se enfrenta la sentencia es el de consideración de trabajador por cuenta y dependencia ajena, o la negación de tal nota, con los efectos consiguientes en la existencia o no de contrato de trabajo. Se parte de que la dependencia ha de ser entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa, y junto a la ajenidad, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato. La dependencia en un sentido flexible y laxo existe cuando el interesado se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, si bien la concurrencia de esta circunstancia debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado, pero estando siempre presente en la relación entre las partes, de manera que no existe si el demandante actúa con plena autonomía. La nota de la dependencia forma parte del objeto de la carga probatoria del demandante, que no se beneficia del artículo 8.1 ET, ya que éste no contiene una presunción *iuris tantum* de laboralidad, sino más bien una definición de la relación de trabajo.

En el caso de los agentes libres de comercio, según la Ley 12/1992, lo distintivo es que su actividad se ejecuta en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a ésta sea conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.

El demandante realizaba su actividad “de captación de alumnos como comisionista” de forma libre e independiente, sin sujeción a horario o a las instrucciones de la empresa (que no le asignó zona concreta de actuación), relación de visitas o asistencia a reuniones. Tampoco dispuso de los medios materiales con los que contaba el Centro. Por ello, la relación existente entre las partes es ajena a la consideración de laboralidad que se reclama; debiendo, así, ratificarse la declaración de incompetencia del orden social de la jurisdicción.

3. El concepto de agente libre de comercio ha de relacionarse con la Ley 12/1992, de 27 de mayo, en donde se afirma que, por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario inde-

II. Trabajador

pendiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones (artículo 1). Y que no se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan (artículo 2.1). Existe una presunción legal del concepto de dependencia, que impediría el de contrato de agencia, al afirmarse que existe cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a ella conforme a sus propios criterios (artículo 2.2).

Por ello, si el demandante organizaba su actividad profesional a su criterio, no quiso entrar en plantilla para ganar más, sin tener zona concreta de actuación, ni sujeción a horario o a las instrucciones de la empresa, a relación de visitas o asistencia a reuniones, ni dispuso de los medios materiales con los que contaba el Centro, es manifiesto que actuó de modo independiente y que no existe contrato de trabajo, sino de agencia.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– STS de 20 de junio de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2394/2006), I.L. J 1394

1. Doña Carla es Licenciada en Derecho y, como tal, ha prestado servicios para la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social (Delegación de Córdoba), de forma ininterrumpida en el período que va desde el día 1 de abril de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2004. La relación laboral entre la Consejería y la Sra. Carla ha tenido distintas vicisitudes: Comenzó suscribiendo un contrato laboral de interinidad como Titulada Superior hasta que cesó por revocación del nombramiento de interino, pasando a ocupar la plaza un funcionario de carrera. Las funciones desarrolladas fueron las de Licenciada en Derecho en el Servicio de Infancia y Familia. Posteriormente, se inició de hecho una nueva relación contractual, en la que realizaba las mismas funciones que en la anterior pero esta vez con la Delegación Provincial de Asuntos Sociales. El día 24 de abril de 2002 se formalizó y se firmó un contrato denominado “Contrato de Consultoría y Asistencia Técnica” y con una duración pactada hasta el día 31 de diciembre de 2002. No obstante, el día 31 de diciembre de 2002 se firmó un acuerdo para prorrogarlo desde el 1 de enero de 2003 al 15 de septiembre de 2003, manteniéndose el resto de las cláusulas. El día 15 de septiembre de 2003 se firmó un nuevo contrato entre la actora y la Delegación Provincial de Asuntos Sociales, idéntico al anterior, con una vigencia inicial de un año y en el que también se acordó su prórroga por un período de 3 meses y medio más. La Sra. Carla en esta fecha, en la que concluyó la relación laboral estaba de baja por maternidad. Por otra parte, doña Trinidad, es Diplomada en Trabajo Social y como tal ha prestado servicios para la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social (Delegación de Córdoba), de forma ininterrumpida en el período que va desde el 15 de febrero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2004. También la relación laboral entre la Consejería y la Sra. Trinidad ha tenido distintas vicisi-

tudes: Comenzó con la suscripción de un “Contrato de Consultoría y Asistencia Técnica” con la Delegación de Córdoba de la Consejería de Asuntos Sociales y cuyo objeto fue la coordinación del Programa de Turismo Social de mayores y de Alojamientos de Universitarios con mayores. Después suscribió un nuevo contrato idéntico al anterior, pero con una duración que se denominó “plazo de ejecución” hasta el 31 de diciembre de 1999. El 29 de febrero de 2000 suscribieron un tercer contrato, similar a los anteriores, con una vigencia prevista hasta el 31 de agosto de 2000 y en esa fecha se firmó un nuevo contrato, esta vez con una duración de dos años, desde 1 de septiembre de 2000 hasta el 31 de agosto de 2002, pero que luego fue prorrogado hasta el 15 de septiembre de 2003 día en que suscribió un nuevo Contrato de Consultoría y Asistencia Técnica con la Delegación Provincial de la CAS, esta vez para prestar servicios en el “Servicio de Protección de Menores. Centro de Protección de Menores”, que también se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2004.

En todo caso los contratos se redactaban unilateralmente por parte de la Consejería demandada, limitándose las demandantes a adherirse a ellos, sin posibilidad de discutir las cláusulas, en las que se hacía constar que se trataba de un contrato de naturaleza administrativa (contratación administrativa de adjudicación) en los que se concertaba un precio cierto y por plazo temporal señalado, aunque, posteriormente, se les retribuía su trabajo mensualmente, aunque bajo la forma de presentación de facturas, en las que se deduce la retención a cuenta del IRPF y se añade el IVA, e indicando, finalmente, que las actoras, en el tiempo en que han prestado servicios para la consejería, han estado dadas de altas en el RETA y han abonado el IAE.

En otro orden de cosas, las actoras realizaban funciones permanentes, regulares y cotidianas de los Servicios en los que han trabajado; acudían cada jornada laboral, en horario preestablecido –de 8,00 a 15,00 horas, sin flexibilidad– a las dependencias de la Consejería y desarrollaban su labor bajo la supervisión del personal de la Junta; también disfrutaban de un mes de vacaciones cada año, participando en el cuadrante que se hacía en el servicio, junto con el resto del personal funcionario y/o laboral, que era visado por el/la Jefe de Servicio. Las actoras –al igual que otros trabajadores autónomos en las mismas circunstancias– procedieron a presentar una denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, exponiendo lo que a su juicio era una situación totalmente irregular, habiéndose levantado las correspondientes actas de infracción y de liquidación de cuotas de la Seguridad Social que por su causa deberá abonar la entidad demandada.

La sentencia de instancia, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimando la demanda de las actoras, declaró la naturaleza laboral del contrato que unía a las partes, así como la nulidad del despido de doña Carla y la improcedencia del de doña Trinidad. La Administración autonómica condenada interpuso recurso de suplicación y el TSJ de Andalucía (Sevilla) acogió la incompetencia del orden social de la jurisdicción. Frente a aquella sentencia de suplicación interponen las actoras recurso de casación para la unificación de doctrina.

II. Trabajador

2. La Sala para resolver el presente supuesto litigioso, hace un recorrido por el itinerario legislativo de la contratación administrativa con personas físicas. De ahí que parta del principio establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública en la que se dispuso que “a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo”, a lo que añadió que “los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la Ley de contratos del Estado”, con lo que se pretendió eliminar la posibilidad antes permitida por el artículo 6 de la LFCE de que la Administración pudiera contratar trabajadores a su servicio por la vía de la contratación administrativa, habiendo sido desarrollada esta Ley en el aspecto concreto de la realización de trabajos específicos por el RD 1465/1985, de 17 de julio.

No obstante aquella prohibición general, se planteó siempre el problema acerca de si las distintas Administraciones Públicas podían contratar personal a su servicio por la vía de la contratación administrativa al amparo de la excepción prevista en aquella Ley para la Reforma de la Función Pública, y posteriormente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su versión original del año 1995 –Ley 13/1995, de 18 de mayo– preveía como posible la contratación por parte de las Administraciones Públicas de los trabajos “de consultoría y asistencia, los de servicios y los trabajos específicos y concretos no habituales que celebre la Administración” conforme al detalle establecido en los artículos 197 y siguientes de aquella disposición legal.

El problema se planteó tradicionalmente en la distinción entre lo que pudiera entenderse por “trabajos específicos y concretos no habituales” que excepcionalmente podía llevar a cabo la Administración cuando para realizarlos contrataba personas individuales, y lo que era un contrato de trabajo, puesto que aquellos trabajos podían confundirse con los que podían realizar personas individuales en régimen de contratación laboral. En relación con ello, y para distinguir entre los contratos administrativos y los laborales, la Sala hace memoria de su doctrina, remitiéndose a una Sentencia de Sala General de 2 de febrero de 1998, que contemplando lo dicho en las disposiciones administrativas antes referidas, después de reconocer la dificultad en la delimitación de los ámbitos administrativo y laboral en esta materia, estableció que en la normativa administrativa lo que estaba previendo era la contratación con carácter administrativo para la posibilidad de llevar a cabo un “trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un “trabajo específico”, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”. Esta misma doctrina jurisprudencial precisa que “la naturaleza materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, cuando presenta las notas típicas de ajenidad y dependencia, y tiene carácter retribuido, no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo en virtud del artículo 1.3.a) ET. Ello es así porque la procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera “a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual”, lo que, como señala la sentencia de contraste, exige que lo contratado sea “un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independien-

temente del resultado final de la misma”, añadiendo que “el contrato regulado en estas normas pertenece al tipo de contrato de obra, cuyo objeto presenta las características mencionadas, y tal tipo de contrato no concurre cuando lo que se contrata no es un producto específico que pueda ser individualizado de la prestación de trabajo que lo produce –un estudio, un proyecto, un dictamen profesional, como precisaba el artículo 6.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles–, sino una actividad en sí misma y esto es lo que sucede en el presente caso, en que lo que se ha contratado no es ninguna obra o resultado que pueda objetivarse sino la actividad de la actora como profesora que se ha prestado, como no podía ser menos, bajo la dirección y control de los órganos competentes de la administración...”. La Ley 13/1995 fue modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en la que, curiosamente, se suprimió la posibilidad de celebración de “contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales” y dicha supresión se ha mantenido en el Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal sostiene que no sólo procede mantener la tesis de la Sala sino que ésta queda reforzada en tanto en cuanto puede afirmarse que la contratación administrativa ya no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí misma considerada sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido. En el caso contemplado por la sentencia recurrida aparece claramente acreditado que los demandantes, aunque con la finalidad de dar clases de su especialidad durante una temporada, 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 respectiva asignatura, aunque fuera por un tiempo determinado, y ello constituye el objeto propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el artículo 1.1 ET. Atendiendo a las circunstancias del caso y al modo en que se ha desarrollado la relación entre las partes, el Tribunal concluye partiendo de la doctrina expuesta que nos encontramos ante una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral y, por lo tanto, ante una relación laboral para el conocimiento de cuyas vicisitudes es competente el orden jurisdiccional social de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la LPL. Y por lo tanto, siendo laboral la relación existente entre las partes y competente para conocer de la demanda que dio origen a las presentes actuaciones el orden social, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula la sentencia recurrida, con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

3. Una vez más, se señala que la naturaleza de los contratos ha de determinarse en función de su contenido y no de su denominación, por lo que ha de analizarse tanto el trabajo realmente desempeñado por las demandantes, como las condiciones concretas en que lo han desarrollado para poder calificar la naturaleza de tales contratos. En el caso, con independencia del contrato suscrito, resulta que las contratadas han estado desarrollando una verdadera prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, consistentes en la actividad constante y habitual de ésta y, además, en el ámbito físico de sus propias dependencias, cumpliendo un horario rígido, con un descanso

II. Trabajador

anual consistente en un mes de vacaciones aprobadas junto con las del resto de trabajadores (funcionarios o laborales), y percibiendo una retribución periódica mensual, aunque, lógicamente, salvaguardando en los recibos las formalidades del contrato inicial y sin que en el desarrollo o a la finalización de los distintos contratos se haya hecho una evaluación de objetivos cumplidos o del trabajo realizado en relación con la obra o servicio objeto de éstos.

Es una realidad que resulta plenamente constatable (denunciada incluso por el Defensor del Pueblo: Informe de 11 de noviembre de 2003; “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público”) la utilización desmesurada que las administraciones han venido haciendo de este tipo de contratos administrativos, rebasando el marco que la Ley había dibujado para ellos. Los motivos están en la flexibilidad que estos contratos proporcionan en materia de gestión del personal.

D) Profesiones Liberales

– STSJ de Galicia de 23 de marzo de 2007 (recurso de suplicación 6025/2006), I.L. J 1285

1. La sociedad Lugo se constituyó en 2002 por los socios B. y E., con un capital social de 3.006 euros; fueron suscritas las participaciones sociales a partes iguales por los indicados, nombrándose administrador único a B. Se estableció en sus Estatutos Sociales que su domicilio social estaría ubicado en la ciudad de Lugo, siendo su objeto social la explotación bajo el régimen de franquicia de una o varias clínicas de la marca Vital, correspondiendo dicho régimen de explotación a la prestación de todo tipo de servicios odontológicos, mediante utilización de los productos y prótesis fabricados por el franquiciador o de otros productos sanitarios (prótesis, medicamentos, dentífricos, colutorios, etc.), autorizados exclusivamente por el franquiciador y según los métodos y técnicas previamente establecidos por éste. El cargo de administrador no es retribuido y su duración es indefinida, pero la Tesorería General de la Seguridad Social requirió su alta en el RETA, contestando este administrador que no aportaba trabajo personal y directo a la empresa por lo que no procedía su alta en el RETA.

Los doce codemandados suscribieron contratos de arrendamiento de obra, como odontólogos, con la empresa codemandada Lugo que desarrolla la actividad de clínica dental bajo el nombre de Vital y no fueron dados de alta en el régimen general de la Seguridad Social, aunque sí lo están en el Reta como profesionales liberales. En su actividad para Lugo estos odontólogos no estaban sujetos a un horario y una jornada de trabajo, como sí lo estaban en cambio los auxiliares de clínica que trabajan en ella, sino que, a su arbitrio, fijaban los días y horas en que prestarían servicios a la clínica, dentro de su horario comercial y en función de sus propias necesidades. Algunos realizaban servicios compatibles en otras clínicas o tenían incluso clínica propia, sin obligación de permanecer en la clínica Vital si no tenían pacientes. Organizaban su agenda e indicaban a los auxiliares qué días y qué horas citaban a los pacientes, los cuales podían ser tanto clientes propios como clientes que acudían por reclamo de la clínica misma. Aparte de lo anterior, cobraban por acto médico

realizado, consistiendo en un porcentaje pactado del que se deduce un porcentaje de los gastos de laboratorio, a lo que se añadía un canon anual a su cargo de 1.200 euros por el uso de la infraestructura, medios y materiales propiedad de la clínica requeridos en el ejercicio de su actividad. Las prótesis y materiales a colocar en el paciente se encargaban y abonaban por el propio odontólogo; en la factura que presentaba a la clínica, por todos los trabajos realizados mensualmente y, en alguna ocasión, debido a la especialidad del trabajo, los codemandados aportaban su propio instrumental para la realización de sus intervenciones.

Se declara asimismo probado que los odontólogos no estaban sometidos al régimen disciplinario y sancionador de la empresa, ni existía vigilancia ni control por parte de ésta sobre la forma y contenido de su actividad, siendo ellos, en cuanto profesionales, los que decidían tanto el tratamiento a aplicar al paciente, como su duración y el material a utilizar en sus intervenciones, y también las vacaciones que iban a disfrutar, determinando los sustitutos para la prestación de los servicios. Planteada demanda de oficio por la Inspección de Trabajo ante el Juzgado de lo Social, éste la desestima por considerar que las relaciones no eran laborales sino efectivamente civiles. Recurrída la sentencia en suplicación, la Sala desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

2. La fundamentación jurídica de la sentencia se detiene a considerar el valor probatorio de las actas, lo que no importa en esta sección dedicada al concepto de trabajador. En cuanto al análisis de la naturaleza civil o laboral de las relaciones contractuales cuestionadas, comienza la Sala refiriéndose a la jurisprudencia social [SSTS de 7 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5738), 9 de febrero de 1990 (RJ 1990, 886), 25 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4121)] y a la diferencia entre el arrendamiento de servicios o de obra, de naturaleza civil, prestado de forma autónoma, o cualquier otra relación asociativa o societaria civil, respecto del contrato de trabajo. Razonando que “no es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, ya que su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, siendo necesario para que concorra dicha característica que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil, debiendo concurrir la misma junto con la prestación personal de servicios y la ajenidad consiguiente a la asunción del riesgo por la empresa. Por otro lado, el artículo 8.1 ET no contiene propiamente una presunción *iuris tantum* de laboralidad (al modo de la que contenía el artículo 3 LCT), sino más bien una definición de la relación laboral, pues para que actúe la indicada ‘presunción’ del artículo 8.1 ET es preciso que la actividad se preste ‘dentro de ese ámbito de organización y dirección de otro’ y que el servicio se haga ‘a cambio de una retribución’ [SSTS de 23 de enero de 1990 (RJ 1990, 196); 23 de enero de 1990 (RJ 1990, 197); 5 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1756); 23 de abril de 1990 (RJ 1990, 3480), y 21 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7926)], o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las

II. Trabajador

notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla [SSTS de 23 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7310) y 25 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1894)], que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el artículo 1 ET”.

Subsumiendo el particular supuesto de hecho en este marco general, entiende la Sala que en el presente caso la relación mantenida entre los demandados, odontólogos de profesión, y la empresa Lugo, que desarrolla la actividad de clínica dental, bajo el nombre comercial de Vital, no evidencia las notas características propias de un vínculo laboral porque, contrariamente, es la propia de una profesión liberal, ya que:

“a) Los odontólogos demandados no están sujetos a un horario y una jornada de trabajo como lo están los auxiliares de clínica que trabajan en ella. Fijan a su arbitrio, los días y horas en que van a prestar servicios a la clínica, dentro de su horario comercial y en función de sus propias necesidades. Algunos, incluso, prestan sus servicios en otras clínicas o tienen clínica propia. b) Dichos odontólogos no vienen obligados por la codemandada Lugo a permanecer en la clínica si no tienen pacientes citados. Organizan su agenda e indican a los auxiliares qué días y horas citan a los pacientes, quienes son tanto propios como aquellos que acuden por reclamo de la clínica. Asimismo, fijan y deciden las vacaciones que van a disfrutar, conviniendo los sustitutos para la prestación de los servicios. c) Cobran por acto médico realizado, no por la actividad, y la retribución que obtienen consiste en un porcentaje pactado de común acuerdo por ambas partes sobre lo abonado por los pacientes merced a sus intervenciones, una vez deducido el porcentaje de los gastos de laboratorio. d) En el contrato de arrendamiento de servicios, por el uso de la infraestructura, medios y materiales propiedad de la clínica que utilizan los odontólogos, se pactó que éstos abonasen un canon anual de 1.200 euros a la Clínica en concepto de alquiler por su utilización. e) Las prótesis y materiales a colocar en el paciente se encargan y abonan por el propio odontólogo; en la factura que presentan a la clínica, por todos los trabajos realizados mensualmente, se les descuenta un porcentaje correspondiente a los trabajos de laboratorio. En alguna ocasión debido a la especialidad del trabajo, los demandados aportan su propio instrumental para la realización de sus intervenciones. f) No existe vigilancia ni control por parte de la clínica en la forma y contenido de su actividad. Deciden tanto el tratamiento a aplicar al paciente como su duración y el material a utilizar en sus intervenciones. g) Los odontólogos demandados no están sometidos al régimen disciplinario y sancionador de la clínica, ni han sido sancionados por la dirección de la Clínica en ninguna ocasión.”

3. La sentencia que se comenta es una secuela de la doctrina unificadora establecida y comentada anteriormente, aunque por las respectivas fechas de ambas sentencias, esta de suplicación no ha podido contrastar la casacional, aunque sí sus precedentes conformes. No hay, desde luego, contradicción entre ambas sentencias, sino que lo que ocurre es que, siendo el mismo marco legal y la misma interpretación jurisprudencial sobre los indicios de laboralidad, en el primer caso los particulares indicios probados sirven para rechazar la naturaleza civil de las relaciones contractuales, mientras que en el segundo caso, los indicios particulares probados sirven para afirmarla.

En realidad, lo más llamativo de la sentencia comentada es la sinceridad de la Sala al extender acta de defunción a la presunción de laboralidad que, nacida en el año 1908, con la

primera ley de tribunales industriales, fue pasando de ley a ley para presumir, con alcance *iuris tantum*, que hay relación laboral entre quien presta y quien paga un trabajo, hasta llegar al Estatuto de los Trabajadores, cuerpo legal que en su artículo 8.1 desnaturalizó absolutamente la añeja presunción histórica, sustituyéndola por lo que la Sala considera muy acertadamente como simple definición o descripción de lo que es una relación laboral. Compárese si no lo que dice ese precepto actualmente vigente con lo que decía, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 “el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal”.

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

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Empresario.** A) No procede extender la responsabilidad empresarial a los administradores. B) El contrato de franquicia no presupone el desplazamiento de la figura del empleador. **3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo. **4. Contratas.** A) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata administrativa y sucesión de contrata. B) Responsabilidad solidaria de empresario principal por accidente de trabajo. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Aplicabilidad de la normativa sobre transmisión de empresas a las Empresas de Trabajo Temporal. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios. B) Alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración de cesión ilegal. C) El proceso de conflicto colectivo es adecuado para resolver sobre la existencia de cesión ilegal. **7. Sucesión de empresas.** A) Concepto de sucesión. B) No cabe subrogación empresarial en un supuesto de externalización de servicios de mantenimiento, limpieza y conserjería. C) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo: la saliente incumplidora no puede imponer la subrogación. D) La declaración de despido improcedente no determina la responsabilidad solidaria de la empresa saliente.

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 2007 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1242 a J 1749) 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 su 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) No procede la extensión de la responsabilidad empresarial a los administradores

La legislación laboral española atribuye la condición de empresario a los receptores de la prestación de servicios realizada por los trabajadores en régimen de subordinación, circunstancia que permite, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, imputar la responsabilidad a quienes sin detentar la condición de empresarios desde la perspectiva formal disfrutan materialmente de dicha posición en la relación laboral. Por esta vía, la jurisprudencia laboral permite responsabilizar individualmente a los sujetos que forman parte de los órganos de administración integrantes de la estructura societaria, por las reclamaciones laborales de que es objeto la sociedad administrada, cuando esta estructura societaria tiene un carácter ficticio. Pero la naturaleza excepcional de dicha técnica, cuyo objeto es eludir las fronteras erigidas en torno a la personalidad jurídica, exige la concurrencia de una serie de requisitos que permitan demostrar la actuación fraudulenta de los sujetos finalmente responsables. Por ello, no cabe aplicar dicha doctrina cuando del relato fáctico se desprende únicamente que quienes ocupan la condición de administradores de la sociedad se limitan a realizar las actividades propias de su cargo. En concreto, la **STSJ de Valencia de 8 de marzo de 2007**, I.L. J 1279, considera insuficiente para afirmar la doble condición de administrador y empresario el hecho probado de que los administradores de la empresa “garantizasen los créditos suscritos por la referida mercantil”.

B) El contrato de franquicia no presupone el desplazamiento de la figura del empleador

El TS se ha pronunciado sobre la validez del contrato de franquicia en su Sentencia de 13 de diciembre de 2006, pronunciamiento judicial que sirve de base a la argumentación sostenida por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 1260. En concreto, la tesis jurisprudencial remite al estudio caso por caso para determinar posibles intentos de elusión de las previsiones contenidas en el artículo 1.2 ET, elementos cuya existencia no cabe inducir de la caracterización general de este tipo de fórmulas de colaboración empresarial. En palabras del Tribunal, este “contrato de franquicia es una relativamente moderna forma de asociación o colaboración de dos empresas en virtud

III. Empresario

del cual una de ellas llamada franquiciadora, concede a la otra denominada franquiciada, el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control y por un tiempo y zona delimitados, una determinada técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios por la franquiciadora contra entrega por aquélla de una contraprestación económica” [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2007, I.L. J 1260]. Pues bien, lo que no cabe presumir es que la licitud de esta peculiar relación comercial entre sociedades determine necesariamente la inaplicación de la normativa laboral, ni el desplazamiento de la figura del empleador, que en estos casos como en el resto de los supuestos, se atribuye a la persona física o jurídica receptora de la prestación laboral, por aplicación del artículo 1.2 ET. Por ello, aunque como antes se ha dicho, el contrato de franquicia permite a la empresa franquiciadora reservarse un control más o menos intenso sobre la actividad empresarial del franquiciado, únicamente cuando el titular de la marca o red comercial asume directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados y el resultado del proceso productivo, se constituye la empresa franquiciadora en real y verdadero empleador, sustituyendo como tal a su corresponsal mercantil franquiciado. En el caso objeto de la litis, en el que únicamente ha quedado demostrada la coincidencia temporal en la dirección de ambas empresas de una misma persona, el Tribunal no estima que se den indicios suficientes para afirmar que la empresa franquiciadora asuma directamente la gestión del proceso de trabajo, dé las instrucciones a los trabajadores y asuma el resultado del proceso productivo de la franquiciada, a partir de lo cual decide dejar sin efecto la condena solidaria declarada por la sentencia de instancia.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo

Como ya hemos comentado en números anteriores, la vinculación entre empresas pertenecientes a un mismo grupo no ha de tener, en principio, trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales. La imputación de responsabilidades laborales al conjunto de las empresas que componen el grupo exige la paralela concurrencia de circunstancias adicionales, como el funcionamiento unitario, unidad de dirección, unidad patrimonial, confusión de plantillas o creación de empresas aparentes sin sustento real. En este sentido, la **STSJ de Valencia de 8 de marzo de 2007**, I.L. J 1279, considera insuficiente los puntos de conexión entre las empresas codemandadas para declarar la responsabilidad solidaria de éstas, lo que a la postre determina el mantenimiento de los espacios propios de responsabilidad de las empresas respecto a las obligaciones contraídas con sus trabajadores. La sentencia reconoce que las codemandadas comparten administrador y socio mayoritario, la denominación social de una de ellas coincide con una marca comercial propiedad de otra, los créditos solicitados por una son garantizados por la otra y por sus administradores, y el local donde una realiza su actividad es propiedad de la otra; por el contrario, también parece haber quedado acreditada la falta de identidad de los objetos y de los domicilios sociales de las codemandas. Todo ello conduce al rechazo de las pretensiones de los trabajadores, tras concluir que no cabe efectuar una condena al conjunto de las empresas. Similar pronunciamiento encontramos en la **STSJ de Galicia**

de 24 de enero de 2007, I.L. J 1449, tras observar que “ni del relato fáctico ni de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se desprende base suficiente –más bien lo contrario– que permita establecer la existencia de un grupo de empresas (...), al concurrir únicamente el hecho de que las dos primeras comparten domicilio social, y no aparecer acreditado la conjunción de ningún otro elemento de los señalados en la doctrina jurisprudencial”.

4. CONTRATAS

A) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata administrativa y sucesión de contrata

Nuevamente, el TS se pronuncia sobre la licitud de vincular la duración del contrato para obra o servicio determinado a la ejecución de una contratación administrativa. Sintéticamente, la jurisprudencia admite la utilización de dicha modalidad contractual para la cobertura de una necesidad empresarial temporalmente limitada y objetivamente definida, como es el caso de una actividad que se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga dicho encargo; y ello, independientemente de que tal actividad se encuentre entre las habituales de la empresa principal o constituya una exigencia permanente de la entidad comitente, ya que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición de empleador en el contrato de trabajo cuya calificación se discute. Por tanto, la ilicitud del carácter temporal de los contratos realizados por la empresa contratista no puede justificarse en la inexistencia de una obra a ejecutar, entendida ésta como la elaboración de un producto determinado mediante la ejecución de un proceso de trabajo que se inicia y finaliza en sendos momentos determinados, o en la ausencia de prestación de un servicio determinado, entendido éste como una obligación de hacer que concluye con su materialización. Si bien éstos son los supuestos típicos amparados por el artículo 15.1.a) ET, el contrato de trabajo para obra o servicio determinado posee un mayor ámbito objetivo de regulación, que se extiende también a la cobertura de las necesidades de empresarios contratistas caracterizadas por su naturaleza temporal, siempre que dicha situación pueda definirse mediante elementos objetivos y sea conocida por las partes en el momento de la contratación. En opinión de la jurisprudencia, la vinculación de la duración del contrato de trabajo a la duración de la relación contractual que obliga a una empresa a realizar un servicio para otra empresa o para una Administración Pública cumple con ambos requisitos, en la medida en que la finalización de dicha relación funciona como límite temporal previsible. De esta forma, el contrato de trabajo para obra o servicio determinado celebrado entre trabajador y empresario permanecerá vigente mientras se mantenga la vigencia del encargo realizado por un tercero.

A pesar de lo anteriormente expuesto, la STS de 19 de junio de 2007, u.d., I.L. J 1465, rechaza, eso sí alegando falta de contradicción, las pretensiones de un trabajador tras afirmar que el empresario “contrata al actor para un objeto determinado, plenamente

III. Empresario

identificable, cual es una adjudicación de servicio, que el Ayuntamiento de Madrid contrata con la empleadora. No se hace constar expresamente que ese servicio constituya actividad permanente, ni tampoco se ha puesto fin a la contrata por decisión de la demandada”.

Con expresa mención a la jurisprudencia más arriba resumida, la **STSJ de Baleares de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 1630, reconoce la licitud de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo por finalización de la contrata administrativa que le servía de causa, sin que la celebración de una nueva contrata por idénticos sujetos determine la paralela obligación de dar empleo a los trabajadores de la anterior contrata. En opinión del Tribunal, “si llegado a su término una contrata y celebrada otra acto seguido con idéntica finalidad entre el mismo empresario principal y el contratista, éste no se encuentra obligado a proporcionar empleo en la segunda a los trabajadores de que se valió para atender a la primera, menos razón existe para que deba hacerlo cuando, como en el presente supuesto litigioso ocurre, el objeto de las contratas sucesivas difiere”. Como puede observarse, la sentencia elude considerar la posibilidad de que entre ambas contrataciones pueda producirse, por aplicación del convenio colectivo aplicable, sucesión empresarial; circunstancia que determinaría el mantenimiento de las relaciones de trabajo afectadas por el proceso de cesión, que no se verían afectadas por la extinción pretendida por el empresario. Es esta segunda la posición mantenida por las **SSTSJ de Aragón de 15 y 21 de marzo de 2007**, I.L. J 1407, 1409, 1410 y 1411. Este conjunto de pronunciamientos atienden a un supuesto de sucesión de contratas administrativas en el servicio de cafetería de una institución universitaria. El supuesto es peculiar pues permite observar con claridad cierto desconocimiento y una gran resistencia al cumplimiento de la normativa aplicable, en concreto, como razona la sentencia, “cuando la nueva adjudicataria del servicio (...) tuvo conocimiento de que, de conformidad con la normativa vigente, debía subrogarse en los contratos de los trabajadores que estaban prestando servicios en la cafetería, comunicó a la Universidad (...) que renunciaba a la adjudicación de la contrata, salvo que la Universidad pudiera adjudicarle la explotación sin obligación de subrogarse. Se trató de una renuncia condicionada a la obligación subrogatoria: si se eludía ésta, continuaría la explotación de la cafetería. Tras finalizar la contrata (...) la cafetería no abrió sus puertas. Varias trabajadoras que prestaban servicios en ella interpusieron sendas demandas de despido contra” ambas contratas. “La primera sentencia dictada por el Juzgado de instancia declaró la existencia de un despido improcedente, condenando” a la primera contrata y absolviendo a la segunda, “argumentando que no había habido una efectiva subrogación. Y poco después de la notificación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en estos procesos por despido” la segunda contrata “se hizo cargo de la explotación”. Todo ello permite al Tribunal revocar la sentencia de instancia, absolver a la primera contratista y condenar a la segunda por despido de las trabajadoras, por aplicación de la normativa convencional aplicable contenida en el artículo 48 del II Acuerdo Laboral de Hostelería:

“1. Las disposiciones aquí contempladas (la subrogación convencional) son imperativas para las partes a las que afecta, empresa principal, cedente, cesionaria y trabajador, sin que sea válida ninguna renuncia de derechos. No desaparecerá dicho carácter imperativo en el caso de que la empresa cesionaria suspendiese total o parcialmente el servicio.

2. La empresa entrante quedará subrogada en los derechos y obligaciones respecto de los trabajadores.

La transcrita norma, surgida al amparo de la autonomía colectiva de la voluntad con la finalidad de favorecer la estabilidad en el empleo, impone la subrogación incluso en el supuesto de que la empresa cesionaria suspendiese totalmente el servicio. La aplicación del citado precepto a la presente litis obliga a estimar el recurso” (STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2007, I.L. J 1407).

B) Responsabilidad solidaria del empresario principal por accidente de trabajo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 LGSS, la posibilidad de imponer un recargo de las prestaciones económicas que corresponden al trabajador afectado por un accidente de trabajo queda condicionada a la ausencia o el mal estado de los dispositivos de precaución reglamentarios o la inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad en el trabajo. La jurisprudencia (SSTS de 18 de abril de 1992 y 16 de diciembre de 1997) establece la responsabilidad solidaria de empresario contratista y principal, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 24.3 y 42.2 LPRL, cuando concurren dos elementos: “a) que la infracción se haya producido en el centro del empresario principal y b) que los servicios u obras contratados o subcontratados correspondan a la propia actividad”. La aplicación de dicha doctrina permite mantener la condena solidaria impuesta en la instancia a empresario principal y contratista, en un supuesto en el que a juicio del Tribunal queda suficientemente acreditado: “a) la recurrente no diseñó ningún tipo de protecciones sólidas para colocar en los bordes de la zanja, a los efectos de prevenir el riesgo de caídas a distinto nivel; b) ni en el momento de comenzar la ejecución de la obra, ni durante el transcurso de la misma, protegió la zanja con barandillas sólidas que evitaran dichas caídas; c) no adoptó procedimientos constructivos que evitaran que los trabajadores tuvieran que aproximarse al borde de la zanja; d) como empresa principal, no atendió por tanto sus obligaciones de coordinación entre empresas que trabajan en el mismo centro de trabajo, lo cual implica el incumplimiento de normativa preventiva; e) como supervisora de la obra, era conocedora del método utilizado en la operación que realizaba el trabajador cuando sucedió el accidente, incumpliendo su obligación in vigilando, pues no ha de olvidarse que uno de sus empleados, ostentaba la jefatura de la obra donde ocurrió el accidente” STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2007, I.L. J 1330; similar conclusión, aunque ahora la responsabilidad se imputa a la otra empresa, se alcanza en otro supuesto en el que ha podido demostrarse que: “la empresa contratista TRESA, SA formaba parte del conjunto de la misma actividad de la principal, tendente a la construcción de un edificio con dos portales (...) Ambas empresas trabajaban en el mismo centro de trabajo y a las dos alcanza, cada una por sí en su ámbito específico y con respecto a las otras y a sus trabajadores, la obligación de disponer de todas las medidas necesarias y adecuadas de seguridad. Ello obviamente exige la colaboración y cooperación entre ambas a fin de ofrecer las reglamentarias medidas. En el presente caso, estrictamente, y si no tuviéramos en cuenta la normativa al respecto, cabía afirmar que, en realidad la

III. Empresario

responsabilidad por la infracción sería de TRESA, SA pues en su ámbito específico tiene lugar el accidente del trabajador que, siendo consciente de que el ascensor funcionaba y que TRESA, SA permitía su utilización por los obreros de la misma obra, al ver la puerta entreabierta y presto a ser utilizado por el efecto de la cuña, se introdujo en el hueco en la creencia de que allí estaba la cabina, carente de puertas interiores y de luz, lo que no impedía que el ascensor funcionase así. No obstante en virtud de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, ésta asume también, por imperativo legal expreso del artículo 42.3 de la Ley de Infracciones, la misma responsabilidad que la contratista encargada de la instalación de los ascensores en la obra, ambas son empresas infractoras, según dispone el artículo 123.2 LGSS”. “Existe una concurrencia de culpas entre ambas empresas. Y si el tema no hubiera ofrecido duda alguna de haber pertenecido el trabajador accidentado a la empresa contratista, tampoco en el presente ha de ofrecerlo dada la interconexión de empresas, de los trabajos y de los trabajadores en el mismo espacio. Quien directamente ha generado el riesgo es la empresa contratista, por culpa in vigilando y negligencia, por un exceso de permisividad; pero la responsabilidad del recargo ha de ser asumida, necesariamente por imperativo legal, igualmente por la principal a quien se atribuye la misma culpabilidad ante la no vigilancia y negligencia (y sin duda también permisividad) del cumplimiento por la contratista de la normativa de la prevención de riesgos, tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005 y darse el resto de los requisitos exigidos para ello, (...)” STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2007, I.L. J 1460.

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Aplicabilidad de la normativa sobre transmisión de empresas a las Empresas de Trabajo Temporal

El TJCE debe pronunciarse sobre una cuestión prejudicial presentada por un Tribunal austríaco, en la que se pregunta si la Directiva 2001/23, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, resulta aplicable a las empresas de trabajo temporal y, en concreto, si el artículo 1.1 de la citada norma comunitaria es aplicable en un supuesto en el que, de manera consensuada y sin que exista una estructura organizativa delimitable en la primera empresa, pasan a la segunda empresa de trabajo temporal una parte de su personal estable, un tercio de los trabajadores en misión y, como clientes, las correspondientes empresas usuarias en las que dichos trabajadores prestan servicio. El Tribunal comunitario recuerda que la norma comunitaria tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales tras el cambio de empresario y, por ello, resulta esencial a los efectos de aplicación de la misma conocer si la entidad objeto de la litis mantiene su identidad, aspecto que puede desprenderse de la continuidad efectiva de la explotación o de su reanudación.

Por lo que respecta al supuesto enjuiciado, el traspaso de los trabajadores afectados se produce en el marco de la colaboración entre dos empresas de trabajo temporal que comparten, en esencia, los mismos dirigentes y similares clientes, dándose la circunstancia de que, aunque no consta que las empresas implicadas celebraran ningún acuerdo

ni escrito ni verbal, en gran medida los trabajadores de la segunda habían trabajado previamente para la primera empresa de trabajo temporal.

La resolución del supuesto obliga al TJCE a reiterar interpretaciones ya realizadas sobre el concepto de entidad económica, recordando que en determinados supuestos no resulta exigible la transmisión de elementos patrimoniales. “Así, el concepto de entidad económica se refiere a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (Sentencias de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97...), y que sea suficientemente estructurada y autónoma (...). Dicha entidad, no debe necesariamente incluir elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (...)” **STJCE de 13 de septiembre de 2007**, I.L. J 1618.

La sentencia se detiene a estudiar las especiales características de las empresas de trabajo temporal, particularmente la inexistencia de una organización propia delimitable, circunstancia que obliga al Tribunal a dirigir su análisis sobre los elementos personales transmitidos, al objeto de valorar si éstos pueden ser considerados “un conjunto operacional autosuficiente para permitir prestar servicios característicos de la actividad económica de la empresa sin requerir el uso de otros elementos de explotación importantes o de otras partes de ésta” **STJCE de 13 de septiembre de 2007**, I.L. J 1618.

“35. A este respecto, hay que subrayar que la actividad de las empresas de trabajo temporal se caracteriza por la cesión temporal de trabajadores al servicio de empresas usuarias con el fin de que éstos desempeñen en ellas tareas diversas según las necesidades y las consignas de éstas. La realización de tal actividad requiere en particular unos conocimientos específicos, una estructura administrativa adecuada para organizar esta cesión de trabajadores y un conjunto de trabajadores temporales que puedan integrarse en las empresas usuarias y ejercer en ellas las tareas solicitadas. En cambio, no son indispensables otros elementos de explotación significativos para la realización de la actividad económica de que se trate.

36. El hecho, destacado por el órgano jurisdiccional remitente, de que los trabajadores cedidos temporalmente se integren en la estructura organizativa del cliente a cuyo servicio son cedidos no impide, como tal, declarar la existencia de una transmisión de entidad económica. En efecto, dichos trabajadores no dejan por ello de ser elementos fundamentales sin los cuales sería en esencia imposible que la empresa de trabajo temporal desarrollase su actividad económica. Además la circunstancia de que, como por otro lado recoge el artículo 1, número 2, apartado 2, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2001/23, estén ligados al cedente por una relación laboral y que éste les remunere directamente confirma

III. Empresario

su vinculación a la empresa explotada por el mencionado cedente y, por tanto, su contribución a la existencia de una entidad económica dentro de esta última.

37. De lo anterior resulta que el simple conjunto compuesto por los empleados encargados de la gestión, los trabajadores temporales y los conocimientos específicos puede perseguir un objetivo propio, a saber, la prestación de servicios consistente en la cesión temporal de trabajadores a las empresas usuarias a cambio de una remuneración, y que tal conjunto puede constituir una entidad económica que es operativa sin necesidad de otros elementos de explotación importantes ni de otras partes del cedente. Esto puede ser lo que sucede, en particular, en el caso de autos en la medida en que el conjunto estaba compuesto por un empleado administrativo, un director de filial, encargados de la asistencia a clientes, un tercio de los trabajadores temporales y gerentes que poseen unos conocimientos específicos, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente” (STJCE de 13 de septiembre de 2007, I.L. J 1618).

A tenor de todo lo anterior, el TJCE interpreta que la Directiva 2001/23 resulta aplicable cuando parte del personal administrativo y de los trabajadores en misión pasan a otra empresa de trabajo temporal para continuar realizando las mismas actividades al servicio de idénticos clientes, siempre que quede acreditado que los elementos afectados por la transmisión son suficientes para permitir la continuidad de la actividad económica.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad en cambio 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 si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata.

En ocasiones, la complejidad aumenta si, fruto de la aplicación de la normativa legal o convencional sobre sucesión de empresa, los trabajadores demandantes han permanecido en la realización de las tareas propias de su puesto de trabajo en la empresa principal bajo sucesivos contratos laborales celebrados con las diversas contratas que han accedido a la prestación de servicios objeto de subcontratación. Es el caso del litigio resuelto por la **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2007**, I.L. J 1249, en el que una empresa dedicada a la fabricación de muebles de baño contrata los servicios de limpieza con diversas empresas que se han ido sucediendo en la adjudicación de éstos, dándose la circunstancia que la demandante ha venido prestando su actividad laboral como limpiadora en las dependencias de dicha empresa, bajo la dependencia de varias empresas del sector de la limpieza que se han ido subrogando en virtud de contratas sucesivas. Dando por probada la existencia real de las empresas afectadas, el soporte contractual lícito y definido entre ambas empresas y,

particularmente, el ejercicio por la contratista “de las facultades, derechos y obligaciones que le corresponden en atención a su condición de empleadora a través de trabajadores de ésta, que continúa reorganizando el servicio de limpieza en cada una de las empresas con las que tiene contratos” (STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2007, I.L. J 1249), el Tribunal sostiene la licitud del comportamiento empresarial, conclusión que a juicio de la sentencia no se ve empañada por el hecho de que la empresa principal haya hecho frente en ocasiones a las deudas salariales que las empresas contratadas mantenían con dicha trabajadora, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 ET. A similares conclusiones debe llegarse cuando, a juicio del Tribunal, queda acreditado que “la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador. Éste es el caso aquí analizado, en el que no cabe, por tanto, apreciar cesión ilegal” [STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de marzo de 2007, I.L. J 1397]. Conviene tener presente que en el supuesto enjuiciado se consideran hechos probados que la trabajadora prestaba servicios en los locales de la empresa principal, utilizaba el material perteneciente a ésta (sillas, mesas, ordenadores, teléfono, programas informáticos, etc.), recibía las instrucciones para la realización del trabajo directamente de los responsables de dicha empresa que, a su vez, visaban sus vacaciones y permisos antes de remitirlos a la empresa auxiliar. Estas circunstancias podrían debilitar la contundencia de la argumentación de la sentencia, no en vano fueron fundamentales para la condena por cesión ilegal en la instancia.

En otros supuestos, los Tribunales entienden que cuando bajo la cobertura formal que ofrece la contrata de obras y servicios se produce la cesión de un trabajador que se inserta en la organización de la empresa principal, participando de las labores de ésta como un trabajador más de la propia plantilla, puede considerarse que el fenómeno interpositorio prohibido se ha producido, y procede la declaración de responsabilidad solidaria prevista en el artículo 43 ET. En este sentido, se manifiestan un conjunto de pronunciamientos judiciales en los que, como en el anterior, son condenadas empresas de titularidad pública, como la **STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2007**, I.L. J 1400, tras considerar acreditado que “el hecho de que las actoras estén prestando sus servicios como trabajadoras de la Consejería de Asuntos Sociales, mezclados con los propios trabajadores al servicio de la misma y bajo la dirección de esta última, sin la presencia de la empresa que los contrató que únicamente se limita a fijar su régimen de vacaciones, hace que nos encontremos ante una cesión ilegal de trabajadores prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores”; la **STSJ de Baleares de 24 de mayo de 2007**, I.L. J 1650, que resuelve sobre la contratación de los servicios administrativos de una Residencia Militar en la que ha sido probado que la trabajadora, contratada al efecto por la contratista, realizaba las tareas semejantes a las de “recepción de clientes en un establecimiento de hostelería, como los de confección de tarjetas informatizadas de entrada a las habitaciones, facturación informatizada, cobro y recepción de facturas de hospedajes, control albaranes y facturas de proveedores, etc.,

III. Empresario

funciones que realizaba con personal laboral perteneciente al Ministerio de Defensa y bajo la supervisión del coronel, capitán o brigada que gestionan la Residencia y sin que ningún directivo de Optimalia compareciera para organizar el trabajo o impartir instrucciones”; la STSJ de Baleares de 27 de abril de 2007, I.L. J 1640, que condena por cesión ilegal de trabajadores a la administración Balear tras considerar que del “conjunto probatorio se desprende con claridad que la actuación de la Cooperativa se reduce en la práctica a proporcionar al Patronato el personal, docente y administrativo, necesario para que la Escuela desarrolle su actividad formativa, única razón por la que percibe del Patronato contrapartida económica. No gestiona, en cambio, la Escuela, frente a lo que se arguye el recurso, ni organiza, dirige ni controla las prestaciones laborales del personal que aporta. La selección de personal nuevo tampoco corresponde a la Cooperativa sino a la Comisión *ad hoc* antes citada. La Cooperativa no asume riesgo empresarial alguno a resultas de la ejecución del convenio, ya que el total coste salarial y social que genera el trabajo del personal corre a cargo del Patronato. La Cooperativa ni siquiera es, en fin, la verdadera depositaria del poder disciplinario sobre dicho personal en cuanto atañe al cumplimiento por parte de éste de sus obligaciones laborales, y se encuentra sujeta a las instrucciones que el Patronato considere convenientes para la buena gestión del servicio”; y, por último, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 1 de febrero de 2007, I.L. J 1628, que considera cesión ilegal la prestación de servicios de los trabajadores de la empresa pública TRAGSA para el Organismo Autónomo de Parques Nacionales, considerando que en el acto de juicio quedó suficientemente demostrado que “las tareas, funciones y régimen laboral del actor eran prestadas durante el tiempo que trabajó para el Organismo demandado, y sólo formalmente trabajó para las sucesivas diversas empresas concesionarias del objeto de los contratos administrativos, y éstos no se ajustan a la realidad material puesto que tales tareas y funciones se prestaban para el Parque Nacional que gestiona el Organismo condenado, sin que apenas esas sucesivas empresas adjudicatarias intervinieran en el régimen laboral de las mismas, con mínimo ejercicio de las facultades patronales de dirección y control laboral”.

B) Alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración de cesión ilegal

Declarada judicialmente la existencia de una cesión ilegal entre dos empresas y ejercitada por el trabajador la opción de permanecer en la plantilla de la empresa cesionaria, continúa siendo objeto de discusión la determinación del alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración judicial de ilegalidad. En concreto, en ocasiones, el órgano judicial debe determinar si la responsabilidad por los salarios opera desde el momento en que se ejerce la opción prevista en el artículo 43.3 ET, o si, por el contrario, dicho derecho puede extenderse a todo el tiempo que duró la expresada cesión ilegal. Conviene recordar que inicialmente la jurisprudencia solía distinguir entre supuestos de interposición protagonizados por empresarios reales y ficticios, concluyendo que el derecho de opción del trabajador únicamente era realizable en supuestos de cesión ilegal entre empresas reales, careciendo de sentido cuando la empresa cedente es ficticia (SSTS de 18 de marzo de 1994 y 21 de marzo de 1997); con posterioridad se impone un criterio diverso, el que defiende que, desde el punto de vista de sus efectos, la unidad del fenómeno jurídico de la interposición convierte en irrelevante el hecho de que ambas

empresas sean reales o simuladas (SSTS de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002).

En el caso que nos ocupa, la **STSJ de Galicia de 19 de enero de 2007**, I.L. J 1450, se aparta de esta línea jurisprudencial volviendo sobre los pronunciamientos iniciales, para finalizar afirmando:

“En definitiva, si se trata de una empresa ficticia no es pensable la posibilidad de opción a que se refiere el artículo 43.3 ET ya que en ese caso solamente ha existido la prestación de trabajo para la empresa cesionaria, por lo que puede reclamarse el salario de esa empresa real receptora de los servicios. Pero si, como ocurre en el presente caso, se trata de dos empresas reales, aunque ello no excluya la situación de cesión ilegal por falta de puesta en juego de la organización empresarial de la cedente, la posibilidad de opción es real, y si el trabajador no la ha ejercitado no puede reclamar los salarios de empresa distinta a la que lo ha contratado y abonado el salario. La reclamación de diferencias salariales con efectos retroactivos solamente es posible, según la misma jurisprudencia, cuando se está ante un fenómeno de pura interposición, es decir, ante una empresa ficticia, en cuyo caso no tiene sentido la opción que regula el precepto, pero por el contrario cuando se trata de empresas reales (...) hay que tener en cuenta la eficacia *ex nunc* que tiene la sentencia constitutiva sobre la cuestión.”

C) El proceso de conflicto colectivo es adecuado para resolver sobre la existencia de cesión ilegal

El Tribunal Supremo ha unificado la doctrina respecto a un problema de orden procesal que afectaba a los procesos en materia de cesión ilegal. En concreto, el litigio trata de resolver la idoneidad de la modalidad procesal de conflicto colectivo prevista en los artículos 155 y siguientes de la LPL, para instar la declaración de existencia de cesión ilegal de trabajadores entre dos empresas prohibida por el artículo 43 ET. En opinión de la parte recurrente, los trabajadores afectados por la cesión ilegal forman un grupo genérico indefinido de trabajadores que se ven afectados por el conflicto, y ello porque la pretensión de la demanda de que se declare la cesión ilegal de trabajadores, afecta a la totalidad de trabajadores del centro de trabajo.

“En el supuesto concreto ahora sometido a la consideración de la Sala se ha de examinar si concurren o no los requisitos exigidos para determinar si la modalidad procesal del conflicto colectivo es el cauce procesal adecuado para el planteamiento de la cuestión litigiosa. Las circunstancias que presenta el asunto son las siguientes: a) existe un grupo genérico de trabajadores que viene configurado e integrado por la totalidad de trabajadores que prestan servicios en Petrocan, SA, en el centro de trabajo de Las Palmas. El derecho colectivo, cuyo reconocimiento se pretende, es el que puede afectar a tal grupo homogéneo y no individualmente a cada uno de los trabajadores que integran dicho grupo. b) El objeto del proceso es que, tras la declaración de cesión ilegal de trabajadores entre el centro de Petrocan, SA, de las Palmas de Gran Canaria y Cepsa, se reconozca el derecho de los trabajadores a optar por la condición de trabajadores de Cepsa y aplicación del Convenio

III. Empresario

colectivo de esta última, en definitiva, la interpretación de si la decisión o práctica de la empresa Petrocan, centro de trabajo de Las Palmas, de Gran Canaria, en la forma de realización de su actividad de recepción, almacenamiento y suministro de combustible líquido en Las Palmas, constituye cesión ilegal de trabajadores a Cepsa, con las subsiguientes consecuencias legales inherentes a tal declaración.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que el conflicto reúne los requisitos que permite su planteamiento por el cauce procesal del conflicto colectivo ya que existe un grupo homogéneo de trabajadores afectados por el conflicto, no constituyendo la configuración del grupo una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y pueden, en su momento, hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo, ya que la diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales, que en última instancia lo componen, es que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que *a priori* y no sujetos a prueba lo configuran, mientras que los trabajadores individuales forman o no parte del grupo en atención a sus circunstancias personales, que en cada caso han de probarse” (STS de 12 de junio de 2007, u.d., I.L. J 1657).

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de sucesión

El objetivo perseguido, en principio, por la regulación laboral que ordena las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados; no en vano es ésta la denominación que recibe la normativa comunitaria en la materia contenida en la Directiva 2001/23, de la que es deudora la regulación prevista en el artículo 44 ET. El ámbito de aplicación de dicho precepto queda determinado por lo dispuesto en su apartado segundo, donde a tales efectos se considera que la transmisión se ha producido cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. En esta ocasión, la **STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2007**, I.L. J 1454, trae a colación la doctrina del TJCE en la materia, concretamente la vertida en los asuntos Spijkers, Schmidt y Allen, para reiterar que a los efectos de la determinación de la existencia del supuesto regulado en la norma resulta esencial comprobar si la entidad económica ha mantenido su identidad, conclusión que resulta de la constatación de la continuidad en la actividad económica por el nuevo empresario. Dicha realidad puede estimarse cuando se produce la transmisión de elementos corporales o incorporeales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o una parte esencial de la plantilla. La referencia a la jurisprudencia comunitaria se completa con una amplia revisión de la jurisprudencia española en la materia, sin que en ocasiones los Tribunales tengan suficientemente en cuenta la evolución de la normativa comunitaria e interna, que no parece alterar el razonamiento del Tribunal, para quien la inaplicabilidad al supuesto de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET impone el rechazo del recurso. Conforme establece el texto de la sentencia:

“En lo relativo a la entidad SERCOYSA, no puede producirse la sucesión empresarial con respecto a plantilla perteneciente a otras unidades autónomas de producción (en otros centros de trabajo), porque así lo impone el propio precepto postulado como infringido –artículo 44 ET– y se deduce del hecho de que la empresa Aglonor SL contase con tres centros de trabajo independientes y –sobre todo– operativos (Montesequeiros, Cantera de Ventoso y Teruel). Sin que a esta conclusión sea óbice que determinados trabajadores pasasen de prestar servicios de la anterior concesionaria a la nueva, porque –en definitiva– la venta se refería a una concesión administrativa de explotación de una cantera (Ventoso), que aún en funcionamiento, precisó de una fuerte inversión de capital (un millón de euros); y no debe olvidarse que los supuestos contemplados en el artículo 44 del Estatuto, nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros (STC 66/1987, de 21 de mayo); aunque a esta manifestación, tomada aisladamente, no puede otorgársele un valor absoluto por cuanto se trata de la interpretación de la legalidad ordinaria (...) Por lo que sólo a los trabajadores objeto de transmisión –entre los cuales no estaban los actores– puede afectar la sucesión, ya que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal (...)” (STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2007, I.L. J 1454).

Aunque seguramente el fallo no cambiaría de signo, particularmente porque las consecuencias previstas en el artículo 44 ET no pueden aplicarse a los trabajadores no afectados por la cesión, desde nuestro punto de vista la argumentación de la sentencia debiera haber tenido en cuenta otros aspectos. En concreto, la decisión de asumir con trabajadores propios actividades anteriormente objeto de subcontratación puede quedar plenamente bajo el ámbito de aplicación del artículo 44 ET tanto como la operación contraria, siempre 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 accesorio”. El rechazo de la pretensión de los actores debiera argumentarse en torno a la existencia o no de datos fácticos que permitan determinar si en el proceso de asunción de la actividad de la contrata por la empresa principal se produjo la transmisión de una entidad económica, en los términos establecidos por el artículo 44.2 ET. Curiosamente, es éste el argumento central utilizado para la desestimación de la pretensión de los trabajadores respecto de una segunda empresa implicada en el litigio:

“En lo que se refiere a la entidad Seixo, no se ha transmitido una unidad productiva con capacidad para funcionar autónomamente, porque en el contrato de cesión del arrendamiento se exceptúa la maquinaria y la planta de aglomerado asfáltico, ni existe obligación de instalar una planta de aglomerado, por lo que mal puede hablarse de sucesión empresarial al faltar la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales, que permitirían la continuidad de la actividad empresarial; y, por ello, no podemos apreciar

III. Empresario

aquella cuando lo que se ha transmitido no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo de ésta dotado de autonomía suficiente en el plano funcional o productivo, sino unos meros elementos patrimoniales aislados” (STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2007, I.L. J 1454).

Similares argumentos determinan la apreciación de sucesión empresarial en un supuesto de cambio de titularidad de la actividad de un conservatorio de música materializada mediante Decreto del gobierno autonómico, de integración de dicha actividad en la estructura de la administración autonómica. La norma autonómica dispone la asunción del nuevo organismo público de los alumnos, otros elementos inmateriales y elementos significativos de la infraestructura empresarial como instrumentos musicales y aparatos de imagen y sonido anteriormente pertenecientes a un consorcio. En opinión del Tribunal “lo que se transmite no es únicamente un servicio sino una actividad consistente en la enseñanza musical con todos los elementos materiales necesarios para el funcionamiento de la misma (incluidos los muebles y, temporalmente, el inmueble todos los cuales configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación” [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de mayo de 2007, I.L. J 1721]; y, todo ello, independientemente de la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo de los trabajadores afectados por el proceso de transmisión, tal y como afirma para el mismo caso la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de mayo de 2007, I.L. J 1718.

B) No cabe subrogación empresarial en un supuesto de externalización de servicios de mantenimiento, limpieza y conserjería

Los procesos de descentralización de determinados servicios como son los de mantenimiento, limpieza o seguridad se ven afectados con frecuencia por problemas relacionados con las circunstancias en que se produce la modificación de las empresas que prestan tales servicios para una empresa principal y, en concreto, las reclamaciones judiciales suelen versar sobre las posibilidades legales o convencionales de subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores empleados en la realización de las actividades correspondientes. En tales supuestos, los Tribunales suelen aceptar limitar la aplicación del artículo 44 ET a los casos en que se produce transmisión de los elementos materiales fundamentales para el desarrollo de la actividad empresarial, circunstancia que no suele producirse en los procesos de cambio de contrata referida a alguna de las actividades descritas. La exigencia de transmisión de elementos materiales, tesis largamente defendida por la jurisprudencia laboral española, ha impulsado a introducir en los convenios colectivos de sector obligaciones de subrogación empresarial en supuestos de sucesión de contratas, aunque conviene tener en cuenta que, con carácter general, dichas cláusulas convencionales no han llegado a igualar en intensidad y extensión las garantías previstas por la norma legal. Pues bien, partiendo de la situación descrita, el TSJ de Madrid se enfrenta a una reclamación de un grupo de trabajadores, empleados en tareas de limpieza, mantenimiento y conserjería, de un colegio mayor que ha decidido externalizar dichos servicios. El empresario principal entiende que, por aplicación del artículo 44 ET, los trabajadores que realizaban dichas actividades, desde el momento en que se produce su transmisión, deben pasar a formar parte de la plantilla de la empresa

auxiliar que asume la realización de tales servicios, en virtud del contrato de adjudicación celebrado entre ambas empresas. La Sala, tras realizar una extensa revisión de la normativa y jurisprudencia en la materia, culmina sus razonamientos realizando una certera crítica de la denominada tesis de la “sucesión en la plantilla”, conforme a la cual en actividades intensivas en mano de obra debe entenderse que existe sucesión empresarial cuando la transferencia de la actividad se acompaña de la contratación por el nuevo empresario de una parte fundamental de los trabajadores que realizaban tales actividades para la anterior contratista. A pesar de reconocer la obligación de la Sala de seguir el criterio establecido por la jurisprudencia comunitaria, el fallo de la sentencia elude pronunciarse a favor de las tesis de las empresas tras considerar que:

“en el presente caso no estamos ante una verdadera contrata, sino ante una decisión, como establece la sentencia de instancia en su fundamento de derecho segundo, de externalizar el servicio de limpieza, que hasta la fecha venía desarrollando la entidad demandada, Colegio Mayor Argentino, con personal propio, entre el que se encontraban los actores”. “En consecuencia, cabe concluir indicando que el contrato concertado entre ambas empresas no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de la primera, porque resulta claro que ésta continúa desarrollando la misma actividad –continúa con trabajadoras a su servicio– siendo de su cargo, –como establece el hecho probado tercero de la sentencia– el abono de los gastos de fluidos, tales como gas, agua, o energía eléctrica que sean necesarios para el desarrollo de la actividad del contrato” (STSJ de Madrid de 26 de abril de 2007, I.L. J 1645).

En nuestra opinión, la aplicación al caso de la normativa y de la jurisprudencia comunitaria en la materia no debe eludirse con los argumentos de la sentencia, pues desde nuestro punto de vista a estos efectos resulta irrelevante si la transmisión de la actividad se produce entre el empresario principal y el contratista o entre sucesivos contratistas de la actividad, o si el primero abona determinados gastos vinculados a la realización de la actividad empresarial que difícilmente podrían aislarse. Por el contrario, el razonamiento judicial en el caso analizado debiera haber discurrido en torno al concepto de transmisión, en concreto alrededor de los datos fácticos que deben determinar si la actividad económica transmitida mantiene o no su identidad, si se ha producido o no transmisión de elementos materiales y, en caso de respuesta negativa, si éstos son o no fundamentales para el desarrollo de la actividad y, por último, si se ha verificado la subrogación contractual respecto de un número significativo de trabajadores.

C) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo: la saliente incumplidora no puede imponer la subrogación

Como se ha comentado en el apartado anterior, cuando el cambio de titularidad de la contrata de servicios no es considerado sucesión de empresa, a los efectos previstos en el artículo 44 ET, los efectos subrogatorios en éste previstos pueden imponerse por disposición del convenio colectivo aplicable. Ahora bien, cuando la subrogación

III. Empresario

empresarial se produce por aplicación del convenio colectivo habrá que estar a lo dispuesto en la correspondiente norma convencional para determinar los requisitos aplicativos y la extensión de la responsabilidad, no siendo aplicables, salvo expresa remisión, las garantías al efecto previstas en la norma legal. Los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento de la empresa adquirente de cierta información sociolaboral relativa al personal afectado por la subrogación. El incumplimiento de alguna de estas obligaciones puede enervar la obligación de subrogación, que en caso contrario pesaría sobre el empresario adquirente, perdiendo la empresa cedente incumplidora la facultad de exigir la subrogación del adquirente en los contratos de los trabajadores empleados en la actividad objeto de transmisión. El incumplimiento de la empresa cedente no debe perjudicar los intereses de los trabajadores afectados, cuyas relaciones laborales no deben considerarse directamente extinguidas por causa de la finalización de la contrata. Por último, la nueva adjudicataria tiene la obligación de hacerse cargo de los trabajadores afectados, claro está, siempre que concurran los supuestos convencionales de subrogación. A partir de dichas premisas, la resolución de cada caso en buena medida depende del estudio de la regulación convencional, cuyo contenido debe determinar la naturaleza de los requisitos formales, los efectos del incumplimiento de las obligaciones en el proceso de transmisión o de la ausencia de pronunciamiento del trabajador. En el supuesto objeto de comentario, corresponde al Tribunal Supremo la labor de examinar los términos de la regulación contenida en el artículo 14 del Convenio Nacional de Vigilancia y Seguridad y determinar la naturaleza y los efectos de los posibles incumplimientos de las obligaciones impuestas por éste a los empresarios cedente y adquirente. Conforme establece la sentencia:

“la solución del presente caso tiene que partir de dos datos: que se han cumplido los supuestos fácticos determinantes de la subrogación (cese en la contrata con entrada de nueva adjudicataria y afectación de los demandantes) y que, sin embargo, no se ha cumplido la exigencia de información –dado que el examen del alcance del retraso queda fuera de la contradicción y, por tanto, de este recurso–. Hay que valorar, por tanto, qué alcance tiene el incumplimiento por la empresa saliente de su deber de información. La primera conclusión que hay que establecer es que el cumplimiento de esa obligación no es un requisito constitutivo de la subrogación, porque no se concibe como tal en los apartados A y B del artículo 14, que son los que definen el supuesto de hecho de la norma. En este sentido es significativo que la obligación de información se contemple de forma independiente en el apartado C) del artículo y no en los apartados A) y B), que delimitan los requisitos necesarios para que opere la subrogación. Se trata de una obligación relacionada con la aplicación del proceso de subrogación, que no es un proceso que opere de forma automática, pues el artículo 14.C).2 permite su neutralización por la empresa saliente. Por otra parte, la subrogación no crea sólo derechos para la empresa saliente (su facultad de extinguir su vínculo laboral con los trabajadores afectados), sino también para el trabajador (su derecho de incorporarse a la nueva adjudicataria). Por ello, hay que concluir que si los hechos determinantes de la subrogación existen, el incumplimiento de su deber de información por parte de la empresa saliente no podrá proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del trabajador, haciéndole perder un derecho como consecuencia de un incumplimiento que ni le es imputable, ni ha afectado a la existencia del supuesto que justifica la subrogación. El trabajador podrá instar su incorporación a la nueva adjudicataria,

aunque tendrá que acreditar los hechos que fundan su pretensión. Pero la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria, como a los trabajadores. Pero la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria, como a los trabajadores. De ahí que el incumplimiento del deber de información permita a los trabajadores afectados mantener su relación con la empresa saliente o instar su incorporación a la nueva adjudicataria” (STS de 26 de julio de 2007, u.d., I.L. J 1610).

D) La declaración de despido improcedente no determina la responsabilidad solidaria de la empresa cedente

El Tribunal Supremo se pronuncia, en unificación de doctrina, sobre la extensión subjetiva de la responsabilidad por despido improcedente de un trabajador afectado por un proceso de sucesión de contratas y, en concreto, sobre si la contrata transmitente es o no responsable solidaria frente al trabajador no asumido por la contrata entrante. Conforme a la redacción prevista en el artículo 44.3 ET, la responsabilidad solidaria por deudas laborales debe circunscribirse temporalmente a las nacidas con anterioridad a la transmisión, salvo que la cesión haya sido considerada delito, supuesto en el que ambos empresarios responderán también por las obligaciones nacidas con posterioridad a dicho acto. Si las obligaciones cuyo cumplimiento se exige, las derivadas de la declaración judicial de improcedencia del despido del trabajador ante la negativa a su continuidad por la empresa entrante, han surgido con toda claridad producida la sucesión de contratas, difícilmente cabe exigir responsabilidad alguna al empresario transmitente, salvo que por sus incumplimientos hubiese podido perjudicar la continuidad de la relación laboral. No siendo así, el empresario transmitente queda eximido de responsabilidad, pues ahora corresponde al empresario entrante, que se ha subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, asumir las consecuencias que puedan derivarse de la extinción de la relación de trabajo. A favor de esta interpretación se manifiesta el Tribunal Supremo, tras afirmar lo siguiente:

“si la subrogación empresarial extinguió la relación laboral del actor con Ferrovial SA, siendo la nueva concesionaria del mantenimiento del Hospital Sierrallana, quien no contrató a aquél, las consecuencias de su actuación, que fue calificada por la sentencia recurrida despido improcedente, debe soportarlas la nueva concesionaria, que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora del trabajador, no procediendo por tanto condenar a Ferrovial Servicios SA, ya que se trata de un supuesto distinto no comprendido en el artículo 44.3 del ET” (STS de 12 de julio de 2007, u.d., I.L. J 1526).

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Novación contractual. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contratos a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **5. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en la presente crónica las sentencias correspondientes a los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral. En este período cabe destacar la STS de 19 de diciembre de 2007 (recurso 4410/2006), sobre exceso en la duración de una interinidad por vacante en una sociedad anónima para gestionar servicios públicos sanitarios donde la entidad pública es el único socio.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Novación contractual

Destaca en esta materia la STSJ de Madrid de 26 de abril de 2007, I.L. J 1645, en la que se resuelve que se produce novación contractual en supuestos en los que no ha habido una sucesión de contratos sino una verdadera decisión de externalizar un servicio que antes prestaba directamente la propia empresa. En ese sentido, se entiende que:

“(…) el contrato concertado entre ambas empresas no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de la primera, porque resulta claro que ésta continúa desarrollando la

misma actividad (...); por ello el tratar de imponer a los actores el paso de una empresa a otra supone una novación de su contrato por cambio de empleador y tal cambio no puede hacerse sin el consentimiento de los trabajadores, en cuanto deudores de las obligaciones legales que incumban al empresario, de conformidad con lo establecido en el artículo 1205 del Código Civil”.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Respecto de esta modalidad de contratación, debemos detenernos en diversas resoluciones que entran a resolver cuestiones de distinto alcance.

Por una parte, en relación con el tema de la admisibilidad del contrato por lo que a la acreditación causal se refiere, ha de destacarse, por un lado, la **STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2007**, I.L. J 1714, que determina que no puede considerarse que se ajustan a derecho los contratos por obra pactados por el INE para la realización de sus funciones y propias y permanentes –realización de encuestas en diferentes Planes de Actuación del INE– con un trabajador que ha de ser considerado, dado el carácter cíclico de la actividad, como trabajador discontinuo indefinido. Por otro, ha de hacerse alusión a cuatro sentencias referidas a la inexistencia de causa de temporalidad en supuestos de contratación para obra o servicio por parte de distintos Ayuntamientos que utilizan esta modalidad de contrato para dar cobertura a tareas que implican la realización de la actividad propia de la competencia de los entes locales: organización de actividades de inserción profesional de puesta en práctica de Planes de Inserción –**STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2007**, I.L. J 1310–; realización del Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales –**STS de 18 de julio de 2007**–, y cumplimiento de funciones de agente de desarrollo local para la realización de servicios contemplados en Convenio de Colaboración con el INEM –**SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de enero y 2 de febrero de 2007**, I.L. J 1584 y 1623–.

Por otra parte, en relación con la finalización del contrato, se encuentran varias sentencias que resuelven, en primer lugar, que se ajusta a derecho la extinción vinculada a la finalización de la contrata a la que se adscribe el contrato por obra (**STSJ de Baleares de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 1630, y **STSJ del País Vasco de 3 de abril de 2007**, I.L. J 1780); y, en segundo lugar, que no se ajusta a derecho la extinción anterior a la conclusión de la obra que justifica la contratación temporal. Se trata en este último caso de la **STSJ de Asturias de 4 de mayo de 2007**, I.L. J 1649, que en un supuesto de extinción del contrato por obra en el seno de una relación laboral especial de artistas viene a concluir que: “la decisión empresarial de prescindir de los servicios de la demandante, cuando la obra seguía representándose constituye un despido (...)”.

IV. Modalidades de Contratación

Por último, ha de hacerse referencia a la **STS de 4 de octubre de 2007**, I.L. J 1701, que aborda la cuestión relativa a la delimitación en convenio colectivo de lo que deba entenderse por obra o servicio determinado y su aplicación práctica. Concretamente, el supuesto que se plantea se refiere al sector de *telemarketing* y el TS, pese a considerar que la concreción convencional resulta excesivamente amplia —viene a señalar el convenio que “se entenderá que tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de *telemarketing* cuya ejecución en el tiempo es, en principio, de duración incierta, y cuyo mantenimiento permanece hasta la finalización de la campaña o cumplimiento del servicio objeto del contrato”—, entiende que se ajusta a derecho la delimitación como obra o servicio de la realización del “servicio de facturación” que resulta objeto de la contrata celebrada por la empresa, que sí implica que concurre la sustantividad propia que se exige legalmente.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

En relación con la adecuada formalización de este contrato en función de la causa alegada, la **STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2007**, I.L. J 1243, reitera la conocida doctrina en la materia sobre la inadecuación del contrato en aquellos casos en que la empresa es una Administración Pública y se utiliza esta modalidad contractual para la realización de tareas que no son excepcionales e imprevisibles sino que conforman su actividad normal y permanente (elaboración de estadísticas encomendadas al INE en su Programa de Actuación del año 2005).

En relación con la misma cuestión, pero en el supuesto de empresas privadas, ha de hacerse alusión, primero, a la **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2007**, I.L. J 1337, que viene en el mismo sentido a reseñar que:

“En la concreta situación que se enjuicia, no consta que se haya producido esa situación fluctuante para atender de manera esporádica incrementos de la actividad, sino para tareas habituales y ordinarias, en la medida en que (...) no existe constancia de que el ritmo de la actividad hubiera sufrido oscilaciones en la producción (...)”.

Y, en segundo lugar, a la **STSJ de Murcia de 19 de febrero de 2007**, I.L. J 1774, que en un supuesto en que se acredita la firma de hasta veintiocho contratos eventuales con el trabajador, sin prueba alguna de las circunstancias que se especificaban, concluye, de un lado, que no cabe duda de la concurrencia de fraude de ley en la contratación; y, de otro, que, aplicando la jurisprudencia conocida en la materia, ha de reseñarse que a efectos de delimitar la antigüedad de la relación laboral, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender a la duración de las interrupciones entre los sucesivos contratos.

c) Interinidad

En punto a la interinidad por vacante, cabe destacar la **STS de 19 de diciembre de 2007** (recurso 4410/2006), que establece que la demora en la convocatoria definitiva de la plaza cubierta por el contrato por interinidad, hasta el punto que se excede el plazo

máximo fijado en el convenio colectivo para la convocatoria del concurso, no convierte el contrato temporal en indefinido. Esta sentencia aplica pues, una doctrina establecida para los contratos de interinidad en la Administración pública a los realizados en una sociedad anónima para gestionar servicios públicos sanitarios donde la entidad pública es el único socio.

Por otra parte, algún pronunciamiento admite la validez del cese del contrato de interinidad por vacante por razón de la adscripción provisional de un trabajador fijo al mismo puesto ocupado por el interino prevista en el convenio como movilidad por razones de salud (STS de 31 de octubre de 2007, recurso 3848/2006).

En fin, en relación con esta modalidad contractual en el período analizado se recogen de nuevo pronunciamientos respecto a la duración de estos contratos como consecuencia de la transformación de Correos y Telégrafos y su conversión de entidad de derecho público en empresa sujeta al privado, entendiéndose que la duración de estos contratos no está sujeta al plazo máximo legal de 3 meses (SSTS de 29 de mayo de 2007, I.L. J 1648, de 5 de junio de 2007, I.L. J 1351, de 12 de junio de 2007, I.L. J 1293, de 22 de junio de 2007, I.L. J 1349, de 26 de junio de 2007, I.L. J 1301, de 27 de junio de 2007, I.L. J 1472, de 29 de junio de 2007, I.L. J 1383, de 9 de julio de 2007, I.L. J 1475, de 11 de julio de 2007, I.L. J 1601 y 1609, de 12 de julio de 2007, I.L. J 1474, de 19 de julio de 2007, I.L. J 1545, de 25 de julio de 2007, I.L. J 1512, de 26 de julio de 2007, I.L. J 1547, de 17 de septiembre de 2007, I.L. J 1751; de 19 de septiembre de 2007, I.L. J 1551; de 24 de septiembre de 2007, I.L. J 1679; de 25 de septiembre de 2007, I.L. J 1559; de 1 de octubre de 2007, I.L. J 1694; de 2 de octubre de 2007, I.L. J 1696; de 4 de octubre de 2007, I.L. J 1700).

También referidas a esta sociedad, pero ya en el marco de la interinidad por sustitución las SSTS de 17 de julio y 19 de septiembre de 2007, I.L. J 1736 y 1684, aplican la doctrina de que en los supuestos donde el trabajador interino participa en concurso para proveer plazas para personal fijo en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, la no incorporación del trabajador temporal a su plaza tras haber superado el concurso no puede suponer automáticamente la extinción de la relación laboral temporal anterior. Y ello, por no derivarse de las normas del concurso, proveyéndose únicamente que ante la falta de petición del trabajador, la plaza vacante se transfiere al siguiente candidato de la lista de aprobados.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

De nuevo en esta materia la resolución que debe destacarse se refiere a la igualdad en materia de cómputo del período de antigüedad entre trabajadores fijos y temporales. Se trata de la STSJ de Asturias de 16 de marzo de 2007, I.L. J 1320, que en relación con

IV. Modalidades de Contratación

los trabajadores de Correos y Telégrafos viene a aplicar la regulación legal y la doctrina jurisprudencial en la materia concluyendo, por una parte, que no resulta aplicable para el cómputo de la antigüedad la doctrina en materia de interrupciones de actividad superiores a veinte días; y, por otra, que debe “ser aplicable el complemento salarial al personal que presta servicios para la referida Sociedad Estatal con todo tipo de contratos, tanto fijos como temporales”.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con el contrato a tiempo parcial, o mejor, con las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, hay que mencionar, en primer lugar, la **STS de 10 de julio de 2007**, I.L. J 1739, que establece el método de cálculo del período de carencia de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad temporal por contingencias comunes que se exige para la prestación de incapacidad temporal. Se interpreta el artículo 3.1 del RD 1131/2002, que establece que “el período mínimo exigible debe estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementa en la misma proporción en la que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente”. A estos efectos, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

“El error en que incurre la entidad gestora demandada y recurrente consiste en aplicar el coeficiente reductor únicamente sobre el tiempo realmente trabajado en régimen inferior a la jornada habitual en la actividad correspondiente, cuando el artículo 3.1 citado manda aplicar ese factor de corrección sobre ‘este lapso’, que no es otro que el de los cinco años previsto en el artículo 130.a) de la Ley General de la Seguridad Social, pues a él alude de manera explícita el reglamento” (...) “al estar la jornada últimamente rendida en un 75%, el período de cómputo para completar los 180 días será el de cinco años más el 75% de esos cinco años, lo que nos da un resultado de 8’75 años.”

En segundo lugar, la **STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2007**, I.L. J 1333, rechaza plantear una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de Seguridad Social. El Tribunal objeta esta pretensión por entender que de acuerdo con la STS 253/2004, es razonable y proporcionado que las prestaciones de estos trabajadores sean más reducidas al calcularse sobre la base de las cotizaciones efectivamente realizadas, y que si bien dicho pronunciamiento no admite el principio de proporcionalidad estricta a efectos del cómputo de los períodos de carencia, en el fondo avala como una de las soluciones posibles para solventar este problema la contenida en la disposición adicional séptima de la Ley General de Seguridad Social. En la misma línea, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de marzo de 2007**, I.L. J 1403, estima que a los efectos del cálculo del período de carencia para las prestaciones de muerte y supervivencia ha de aplicarse la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de Seguridad Social.

Por otra parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de marzo de 2007, I.L. J 1266, declara el despido improcedente de un trabajador que se había negado a obedecer la orden de conversión por el empresario del contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo.

B) Contrato fijo discontinuo

Respecto de los trabajadores fijos discontinuos las únicas referencias que se encuentran en el período revisado se refieren, al supuesto de falta de llamamiento al inicio de un curso escolar, entendiéndose que se trataría de un despido (STSJ de Extremadura de 19 de abril de 2007, I.L. J 1456), y al cómputo de los períodos trabajados anteriores al reconocimiento del carácter fijo discontinuo a los efectos de la antigüedad (STS de 28 de junio de 2007, I.L. J 1578).

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

La STS de 31 de octubre de 2007 (recurso 1978/2006), establece que la pretensión de declaración del carácter laboral de una relación que finalizó, para que sea objeto de baremación en un concurso de méritos, no es competencia del orden social porque no responde a un conflicto actual entre empresario y trabajador como consecuencia del contrato de trabajo; sería, en su caso, cuestión prejudicial laboral en un eventual proceso contencioso-administrativo.

B) Irregularidades en la contratación

Tal y como señalábamos anteriormente, en relación con la contratación en la Administración Pública son diversas las resoluciones que se detienen en la conocida figura del trabajador contratado temporalmente que se convierte en trabajador indefinido no fijo al servicio de aquélla por irregularidades en la contratación.

En primer lugar, reseñar la STS de 20 de julio de 2007, I.L. J 1519 y la STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2007, I.L. J 1636, que establecen que la extinción de este tipo de contratos por cobertura legal del plazo por otro trabajador supone una situación idéntica a una interinidad por vacante para el trabajador que cesa, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

En segundo lugar, en relación con un trabajador contratado temporalmente por TVE, SA, la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2007, I.L. J 1339, estima la conversión de la relación laboral con el ente público que se rige por el derecho privado en una relación laboral ordinaria fija. Por consiguiente, inaplica la figura del contrato indefinido pero no fijo de plantilla.

IV. Modalidades de Contratación

En tercer lugar, en punto a trabajadores contratados periódicamente por el INE, mediante diversos contratos por obra o servicio, se entiende que éstos encubrían una relación de naturaleza discontinua, pero de carácter indefinido, no fijo [STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2007, (recurso 216/2007)].

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) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. La fecha de la declaración de insolvencia determina la norma que rige la prestación. b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Requisitos: no está condicionada a que no exista responsable alguno de estas obligaciones que no haya sido declarado insolvente, una vez declarada la insolvencia del empresario.

2. Jornada de trabajo. A) Descanso semanal. B) Efectiva. C) Horas extras. D) Reducción.

3. Movilidad funcional. A) Declaración de personal excedente, acuerdo de empresa y efectos en el proceso de cobertura de una vacante: caso Aeralia Arcelor Asturias. B) Movilidad funcional ascendente con jornada propia, menor, del encuadramiento profesional del trabajador. Discriminación y sucesión de convenios. C) Movilidad funcional descendente. **4. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Distribución irregular de la jornada, previsión en el Convenio, carácter temporal por razones de producción y organización. B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Perjuicios económicos para el trabajador. Derecho a optar por extinción del contrato de trabajo e indemnización. No procede descuento en la indemnización por falta de preaviso. Opción legal establecida que la empresa conoce. C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Desestimación. Ayuntamiento. Convenio colectivo. Jefe de sección. Cargo de confianza de libre designación no consolidable. D) Conflicto colectivo. Desestimación. Servicio de Salud del Principado de Asturias. Médicos Laborales. Guardias localizadas. No procede libranza al día siguiente si no hay prestación de servicio efectivo. No constituye jornada de trabajo. Aplicabilidad de la Ley 55/2003 en materia de jornada. Modificación de las condiciones de trabajo por aplicación de la ley y del convenio colectivo. E) Conflicto colectivo. Nulidad de la medida por incumplimiento del artículo 41 del ET y de las previsiones del convenio. **5. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: reingreso. Cómputo temporal de los

salarios indemnizatorios. B) Excedencia voluntaria: procedencia. Concepto de cargo público. C) Excedencia voluntaria: reingreso, amortización de plazas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2008 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1242 a J 1784).

1. SALARIO

A) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. La fecha de la declaración de insolvencia determina la norma que rige la prestación

En SSTs de 27 de junio y de 24 de julio de 2007, I.L. J 1393 y 1664, respectivamente, se reitera la doctrina unificada establecida en STS de 31 de enero de 2007, I.L. J 147, reiterada por la STS de 12 de febrero de 2007, I.L. J 111. En dicha doctrina unificada se resuelve la cuestión relativa a la responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación devengados como consecuencia de despidos producidos durante el período de tiempo en que estuvo en vigor el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, cuando el auto de insolvencia de la empresa se dicta una vez en vigor el nuevo artículo 33 ET en la redacción dada por la Ley 45/2002.

El TS advierte que el régimen transitorio del despido no es el mismo que el de la prestación de garantía y que para la determinación del régimen aplicable a la prestación de garantía hay que estar a la fecha en que surge la causa determinante de esa prestación, que no es la del nacimiento o reconocimiento de la deuda, sino la insolvencia del empresario, de modo que la fecha que debe tenerse en cuenta es la fecha de la declaración de insolvencia —ya bajo la vigencia de la Ley 45/2002— y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo.

Se indica que la prestación de garantía nace a partir de una sucesión de hechos que finaliza con la declaración de insolvencia y que hay que atenerse a esta última para seleccionar la norma que rige la prestación.

b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Requisitos: no está condicionada a que no exista responsable alguno de estas obligaciones que no haya sido declarado insolvente, una vez declarada la insolvencia del empresario

En STJS de Castilla y León (Valladolid) de 14 de marzo de 2007, I.L. J 1267, se cuestiona si responde subsidiariamente el FOGASA cuando en supuestos de sucesión empre-

V. Dinámica de la Relación Laboral

sarial no se demanda a la totalidad de empresas implicadas en el hecho sucesorio, y si la citada responsabilidad sólo es exigible cuando la declaración de insolvencia afecta a todos los posibles responsables de la deuda.

El TSJ de Castilla y León (Valladolid) indica, en primer lugar, que, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, la obligación del FOGASA de abonar las indemnizaciones por despido o por extinción del contrato de trabajo según los artículos 50 y 51 ET, y los salarios pendientes, no está condicionada a que no exista responsable alguno de estas obligaciones que no haya sido declarado insolvente, una vez declarada la del empresario conforme al artículo 274 LPL con anuencia del FOGASA o no compareciendo. En segundo lugar, se señala que el artículo 33 ET exige dos requisitos para que surja la responsabilidad del FOGASA, uno, la sentencia o resolución administrativa que reconoce la indemnización a favor de los trabajadores y, otro, la resolución en que consta la declaración de insolvencia del empresario. En tercer lugar, se indica que la responsabilidad del FOGASA no es una última instancia para el cobro de los créditos que garantiza, sino una obligación establecida por ley que debe hacerse efectiva cuando se cumplen los requisitos legales.

Siendo así, se considera que no es exigible del trabajador, como requisito para obtener la protección de su crédito salarial por el FOGASA, que agote todo tipo de procedimientos contra todos los posibles responsables de la deuda distintos a aquellos que aparecen como deudores condenados en la sentencia de cuya ejecución se trata y que han sido declarados insolventes, teniendo en cuenta que el momento procesal oportuno para que el FOGASA alegue la existencia de tales deudores solidarios que le permitan alegar su beneficio de exclusión como deudor subsidiario no es el procedimiento administrativo posterior a la declaración de insolvencia, sino el trámite regulado en el artículo 274 LPL, y que no puede admitirse que el Fondo, no habiendo requerido en dicho trámite la extensión de la ejecución contra eventuales deudores solidarios, permitiendo por lo tanto la declaración de insolvencia, la alegue posteriormente para rechazar el pago de su prestación de garantía. Se tiene en cuenta también que el FOGASA, una vez hecha efectiva su prestación, se subroga en los derechos del trabajador y podrá intentar ejecutar contra esos deudores solidarios.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Descanso semanal

El trabajo en domingo devenga para el trabajador el derecho al descanso semanal no disfrutado, aun cuando citada prestación de servicios se abone como horas extraordinarias.

El pronunciamiento contenido en la STS de 5 de junio de 2007, I.L. J 1352, tiene como sustrato fáctico el conflicto colectivo planteado por el Sindicato CCOO ante la Sala de lo Social del TSJ de Asturias.

Citado conflicto colectivo afecta a los trabajadores del grupo El Árbol que se rigen por el Convenio Colectivo del Comercio Minorista de Alimentación.

La empresa abría sus puertas los domingos autorizados, retribuyendolos como horas extraordinarias sin otorgar descanso compensatorio alternativo.

La Sentencia comentada, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores regulador del descanso semanal, concluye que la compensación de las horas trabajadas en domingo, mediante su pago como horas extraordinarias en la cuantía prevista en el convenio colectivo, no es incompatible ni impide el derecho al descanso semanal.

El conflicto enfrenta a la empresa Zara y al sindicato CCOO en el ámbito geográfico de la provincia de Sevilla. El sindicato impugnante (CCOO) negoció el convenio colectivo de aplicación, el cual no contempla el trabajo en domingos ni festivos. Obviando esta prohibición, la empresa Zara en sus centros de Sevilla, incluye masivamente en los contratos de trabajo una cláusula por la cual el trabajador se obliga a trabajar en domingos y festivos tanto si esa prestación de servicios constituye jornada ordinaria como si lo es extraordinaria.

B) Efectiva

Carecen de esta consideración las denominadas horas de “toma y deje”, que tienen la calificación de horas de presencia, según el convenio colectivo de aplicación.

Puede sorprender el contenido de la **STS de 2 de octubre de 2007**, I.L. J 1772, que valida la calificación como horas de presencia, del tiempo denominado de “toma y deje” de los servicios de los conductores de autobús, en los que el conductor conduce un autobús vacío hasta el primer servicio, o tras el último de los realizados.

En el presente caso, citada denominación se recogía en un convenio colectivo de empresa, el cual calificaba citada jornada como horas de presencia según el concepto que de éstas se contiene en el RD 1561/1995.

El convenio colectivo de la empresa señalaba como criterios de cómputo de la jornada semanal la de conducción en ejecución del servicio, de modo que en servicios regulares la jornada de 38,5 horas semanales computa desde que comienza el primer servicio hasta el último.

La argumentación de la Sentencia de Instancia descansa principalmente en la no consideración del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, como norma de derecho necesario, y su carácter disponible siempre que se respeten los mínimos contenidos en el artículo 34 del Estatuto.

Ahora bien, conviene recordar en este punto la modificación operada en el RD 1561/1995 por el RD 902/2007 de 6 de julio (BOE del 18).

V. Dinámica de la Relación Laboral

Citada norma modifica el artículo 10 del RD 1561/1995 que en lo que aquí interesa señala como hora de presencia “las dos primeras horas de cada período de espera de carga o de descarga. La tercera hora y siguientes se considerarán tiempo de trabajo efectivo, salvo que se conozca de antemano su duración previsible en las condiciones pactadas en los convenios colectivos de ámbito estatal o en su defecto, de ámbito inferior”.

Conforme este nuevo articulado y el principio de legalidad predicable de todo convenio colectivo y en ausencia de mención expresa por el convenio colectivo, no parece que puedan calificarse como horas de presencia las de cada período de carga o descarga que excedan de dos horas.

C) Horas extras

Prueba. Se requiere prueba detallada de la realización y de su número, salvo supuestos de habitualidad de la jornada que permita concluir la habitualidad de las horas extraordinarias. La carga incumbe al demandante.

Resultan ya tradicionales en esta crónica los comentarios sobre la cuestión de la carga de la prueba en materia de horas extraordinarias.

La riqueza doctrinal de la **STS de Cataluña de 24 de enero de 2008**, I.L. J 1334, descansa en que, alineándose con la tesis restrictiva (es decir, la prueba ha de descansar en el trabajador), acepta la inversión de ésta en los supuestos en que el habitual desarrollo de una jornada permite concluir también la habitualidad de la jornada extraordinarias. En estos casos, se afirma, acreditada la realización de horas extra incumbe a la empresa llevar un control diario de éstas por lo que las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores debe recaer sobre el empresario.

D) Reducción

La retribución de una jornada reducida ha de realizarse de manera lineal y no en atención a bloques horarios.

Así lo entiende la **STS de 19 de junio de 2007**, I.L. J 1467, que desestima la demanda interpuesta por un piloto de Iberia.

Esta Sentencia no es sino reiteración de la STS de 24 de abril de 2007, I.L. J 462 que fue objeto de la oportuna crónica.

Conviene recordar que este colectivo cobra las primeras 55 horas trabajadas a un precio; la hora de vuelo número 55 a la 75 a otro precio distinto y la hora 75 en adelante a otro precio distinto.

La petición del trabajador se contrae a que la retribución de su jornada real se haga de forma proporcional a la que le correspondería de realizar una jornada completa y real, incluyendo el promedio que le correspondería por las horas 55 en adelante.

El TS deniega esta retribución proporcional, considerando como correcto el criterio de la empresa de abonar la totalidad de la jornada reducida realizada al precio de las primeras 55 horas de trabajo bajo el argumento técnico de que la norma convencionalmente pactada por las partes negociadoras del convenio colectivo de aplicación no señala nada específico en la dirección solicitada por el trabajador.

A nuestro juicio, la doctrina contenida en la STC 3/2007 de 15 de enero de 2007, permite sostener una posición diferente y la estimación de la demanda del trabajador toda vez que:

– La reducción de la jornada no puede conllevar otro perjuicio económico que el inherente a la pérdida salarial proporcional a la jornada reducida. Lo contrario supondría un obstáculo al ejercicio del derecho y, en definitiva, una discriminación injustificada.

– La prohibición de discriminación indirecta ex artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 obliga a realizar un juicio de valor previo sobre la incidencia que respecto al principio de no discriminación provoca la decisión de retribución lineal y no proporcional.

3. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Declaración de personal excedente, acuerdo de empresa y efectos en el proceso de cobertura de una vacante: caso Aceralia Arcelor Asturias

La STSJ de Asturias de 26 de febrero de 2007 (recurso 796/2006), I.L. J 1306, confirma el pronunciamiento de instancia denegando al actor el derecho a ocupar una vacante como Técnico de Prevención, tras haber superado éste las pruebas pertinentes y obtener la mejor puntuación entre los aspirantes. Confirmación que se sustenta en dos órdenes de razones. En primer lugar, por considerar inconcluso el procedimiento de cobertura de la vacante al no haberse elaborado ni publicado a través de los servicios de la Administración de Personal la lista del candidato o candidatas por orden de puntuación, tal y como reclaman los artículos 8 y 9 del Anexo II del Convenio Colectivo de aplicación. En segundo lugar, la situación económica existente en la empresa se afronta a través de un Plan pactado entre representantes de trabajadores y empresario que crea unas llamadas “Unidades de Implantación”, Unidades a las que se atribuye la competencia para determinar el personal excedente, entre otros 9 Técnicos de Prevención. Existencia de personal excedente que, en una sencilla interpretación *a sensu contrario* del artículo 4 del Anexo II del Convenio, determina la inexistencia de vacante. Este artículo 4 del Anexo II del Convenio establece que la Sociedad declarará la existencia de vacantes siempre que no exista personal excedente que reúna los requisitos de clasificación profesional e idoneidad exigidos.

V. Dinámica de la Relación Laboral

B) Movilidad funcional ascendente con jornada propia, menor, del encuadramiento profesional del trabajador. Discriminación y sucesión de convenios

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de marzo de 2007 (recurso 6/2006), I.L. J 1396, conoce de una reclamación salarial de una serie de trabajadoras, operadoras principales de 1ª y 2ª (grupo 38), que, suprimido en su localidad el servicio 1003 de la empresa “Telefónica de España SAU” en el que venían prestando servicios, pasan a realizar las funciones superiores de operadores auxiliares de planta interna (grupo 35), manteniendo la jornada de 35 horas semanales que venían desempeñando. La Sentencia opta por no declarar expresamente inaplicable el convenio colectivo de aplicación, el vigente para los años 1999-2000, que atenta claramente contra el Estatuto de los Trabajadores al negar la máxima de que el desempeño de funciones superiores lleva aparejado la retribución correspondiente a éstas, y advierte la utilización “como criterio orientativo” del nuevo convenio colectivo, reflejo en este punto de lo establecido en el artículo 39.3 ET, estimando la pretensión. Estimación que se sustenta igualmente en una discriminación prohibida por retribuir de forma desigual un idéntico trabajo sin apreciar razones objetivas y suficientes para ello. Reconoce también, como es natural, el pronunciamiento judicial que lo anterior no obsta la retribución en proporción a la jornada, menor, trabajada.

C) Movilidad funcional descendente

La STSJ de Galicia de 31 de enero de 2007 (recurso 2362/2006), I.L. J 1444, deniega la pretensión del trabajador de asignación de funciones de su categoría, Instalador Oficial de 2ª, en lugar de las inferiores de repartidor de bombonas o botellas de gas que viene desempeñando por considerar que concurren los requisitos del artículo 39.2 ET para la asignación limitada en el tiempo de funciones inferiores al grupo o categoría equivalente: las necesidades técnicas u organizativas y las necesidades perentorias o imprevisibles en la actividad productiva. Decir a este respecto que se acredita la solicitud empresarial al Servicio Público de Empleo de personal repartidor así como el escasísimo número de instalaciones de gas que realiza la empresa, claramente insuficientes para una asignación permanente de éstas al trabajador. La sentencia sintetiza la regulación sobre las distintas situaciones de movilidad funcional y la incursión de ésta en el mundo de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sorprende no obstante que el carácter nítidamente permanente de la asignación de funciones inferiores no se haya conducido por otros derroteros empresariales, artículo 39.5 en relación con el artículo 41, ambos del Estatuto de los Trabajadores, ni, consecuentemente, procesales.

4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Distribución irregular de la jornada, previsión en el Convenio, carácter temporal por razones de producción y organización

La empresa procedió a un cambio en la distribución de la jornada de carácter temporal y con amparo en la norma colectiva y ello por motivos de producción y organización durante el período estival para lo cual lo comunicó a cada uno de los trabajadores afectados

y a la representación de los trabajadores. La **SSTSJ de Madrid de 12 de marzo de 2007**, Sala Social, I.L. J 1272, confirma la desestimación de la demanda y a tal efecto recoge la doctrina jurisprudencial y señala que (TS en Sentencia de 15 de diciembre de 1998, recurso 1162/1998) “la facultad que confiere el artículo 34.2 del Estatuto no significa que el empresario pueda hacer uso de esta facultad a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se vertebra el poder de dirección de la actividad laboral. Ningún poder jurídico tolera ser ejercitado con abuso (artículo 7.2 CC), cosa que sucede cuando su titular lo emplea, con daño de terceros, para fines ajenos a los que determinaron su concesión. La decisión empresarial de fijar el horario de trabajo, siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, la concurrencia de las cuales es aspecto susceptible de someterse al control judicial, caso de discrepancia”. Y analizando el artículo 47 del Convenio Colectivo del Metal para Madrid destaca que

“No se discute por los recurrentes la jornada irregular establecida con carácter temporal, caso de que encajara legalmente como tal figura, respete los mínimos de descanso diario y semanal previstos en el propio Estatuto y en vía convencional, aunque discuten la forma de comunicación de las cartas ya que, a su juicio, no son lo suficientemente detalladas, expresando la verdadera causa económica subyacente y que, por sorpresa, se aduce por primera vez en el juicio. Mal cabe llegar a esta conclusión cuando el artículo 47 antes transcrito no exige una comunicación al detalle y exhaustiva de los motivos sino más bien su adaptación a las exigencias del artículo 34.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, y en todo caso aparece en tales cartas el motivo de la medida adoptada, razones de producción y organización, cuya causa última es más profunda, la mala situación económica demostrada en el primer semestre de 2006 que abocó en pérdidas, y aunque esto último, en efecto, se manifestara *in extenso* por primera vez en la vista oral está todo ello comprendido en una unidad de acto, cumpliéndose con la previsión del Texto Paccionado de que la medida se aplique por razones de necesidad y urgencia, debido al aumento o disminución de pedidos, fallos en suministros, reparaciones, averías y necesidades estacionales de la producción, de ahí que la patronal, ante una disminución puntual de pedidos, para un mejor funcionamiento de sus infraestructura productiva, racionalizándola, se viera obligada a prever una disminución de producción en los meses de mayo y junio, momento en que compensó con descansos la distribución irregular de la jornada, incrementando la producción en junio y agosto. No estamos, en su consecuencia, ante una medida caprichosa o arbitraria de la demandada, sino ante el ejercicio regular de su poder de organización y variación, porque el que juzga dispone, y ha procurado atemperarla, de la manera menos traumática, a la situación real existente, sin que quepa deducir tenga entidad suficiente como para calificarla de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija amoldarla a los requisitos del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, entre otras consideraciones porque se trata de una medida transitoria que no excede los quince días, además de que el sistema de turnos ya estaba previamente establecido, pasándose de tres a dos, con incremento temporal de la jornada en dos horas, compensándose con descansos, y cuya finalidad última es prudencial y preventiva para evitar en el futuro la adopción de otras medidas más contundentes, preservando, en definitiva, el valor del empleo y de

V. Dinámica de la Relación Laboral

los puestos de trabajo, lo que en modo alguno encaja como modificación sustancial del artículo 41 del ET, ni tampoco como vulneración del calendario laboral a fijar de común acuerdo por la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, tal como marca el artículo 10.3 del Convenio Colectivo de la empresa demandada, precisamente por ser la distribución irregular de la jornada una excepción a dicho calendario, perfectamente posible cuando, como aquí ocurre, existe una especial previsión en Convenio y se justifica la medida adoptada por razones productivas en razón a la disminución de pedidos.”

B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Perjuicios económicos para el trabajador. Derecho a optar por extinción del contrato de trabajo e indemnización. No procede descuento en la indemnización por falta de preaviso. Opción legal establecida que la empresa conoce

En el presente supuesto al trabajador con fecha 1 de mayo y efectos a 1 de junio se le notificó escrito por el cual se le modificaba el horario, pasando a realizar el horario de 4,30 a 11 horas, cuando anteriormente realizaba de 1 a 7,30 horas. Por sentencia judicial, se desestimó la acción del trabajador, declarándose justificada la modificación de las condiciones realizadas por la empresa, notificándose ésta el 1 de julio de 2004, siendo firme el 15 de julio de 2004. En fecha 13 de julio, el trabajador comunicó a la empresa su decisión de extinguir el contrato de trabajo, a los efectos del artículo 41 del ET. Por sentencia del Juzgado de lo Social se desestimó la pretensión y la Sala de lo Social en **STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 366, señaló lo siguiente, en primer lugar, y respecto a la posibilidad de compensar con la indemnización la falta de preaviso “no puede realizarse descuento alguno por falta de preaviso por cuanto que, en primer término, no olvidemos que estamos ante el supuesto especial prevenido en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, que regula expresamente la opción que tiene el trabajador de extinguir su contrato de trabajo en los supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que afecten a la jornada, horario o régimen de trabajo a turnos [a), b) y c) del número 1 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores], precepto que no obliga a preavisar al empresario cuando el trabajador opte por rescindir el contrato de trabajo”. Respecto a la cuestión de la extinción, reitera la doctrina jurisprudencial (18 de marzo de 1996; RCUUD 2468/1995) respecto a los perjuicios económicos en cuanto que ha establecido lo siguiente:

“No es, por tanto, acogible la tesis de la sentencia propuesta como término comparativo de que toda modificación de esas esenciales condiciones de trabajo lleva consigo la existencia de perjuicios para el trabajador y que, en consecuencia, debe invertirse la carga de la prueba y acreditarse por la empresa que, en el caso concreto, no se han producido tales perjuicios.

La doctrina correcta, desde una adecuada hermeneusis del precepto estatutario en cuestión, debe ser la de que se produzcan y aprecien por el Juzgado sentenciador, la existencia de perjuicios para el trabajador a causa del repetido cambio de condiciones esenciales de trabajo para que, en base a ello, actúe el mecanismo resolutorio contractual que le concede la norma estatutaria. Es evidente, conforme a una interpretación literal del párrafo 3 del señalado artículo 41 del texto estatutario, que la facultad de rescisión contractual por

modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que, el mismo se refiere, “se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el trabajador”, por lo que si no se dan por concurrentes aquéllos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual.

No es dable establecer, en tal sentido, una presunción *iuris tantum* de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del repetido artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse por el tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio.”

Siendo el perjuicio prueba que debe acreditar el trabajador en el sentido de ser “real y objetivamente constatable y de cierta consideración”. En el presente supuesto acreditado que hay un perjuicio de una reducción salarial del 19,78%, se entiende la realidad del perjuicio y por tal procede la extinción del contrato con la indemnización legal de los 20 días de salario por año de servicio con un máximo de nueve meses.

C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Desestimación. Ayuntamiento. Convenio colectivo. Jefe de sección. Cargo de confianza de libre designación no consolidable

El conflicto analizado por la STS de 19 de julio de 2007, I.L. J 1428, es el supuesto de trabajador jefe de sección que fue cesado después de 12 años, por tanto lo determinante es delimitar si se trata de una categoría profesional o un puesto de trabajo, y si en su caso, este es o no de confianza, pudiendo ser nombrado y removido libremente. Así destaca la señalada sentencia que “el artículo 23.d) del Convenio Colectivo del Personal de recogida de basuras de los años 1988-1999, en vigor cuando el actor fue nombrado Jefe de Sección, expresamente establece que la promoción o ascenso de los trabajadores a puestos de trabajo que impliquen mando o confianza, tales como Jefe de Sección, serán de libre designación por el Ayuntamiento; el mismo artículo en el Convenio Colectivo de los años 1991-1995 establece que el Presidente del Consejo de Administración podrá en cualquier momento ocupar o remover los puestos de trabajo que impliquen mando o confianza dentro de la Jefatura de Servicios, mediante personal de libre designación, sin que éstos consoliden tal situación debiendo retornar en su momento a su puesto de trabajo de origen; por otra parte el artículo 15 en relación con el 23.a) antes citado establece que la relación de funciones superiores no da derecho a la consolidación debiendo las vacantes promoverse mediante concurso-oposición, pudiendo removerse los puestos que impliquen mando o confianza; si a esto le añadimos que, según interpretación de la Comisión Mixta de Limpieza Viaria del artículo 23.d), las Jefaturas de Servicio y Sección son puestos de trabajo y no categorías profesionales, siendo el desempeño de libre designación y remoción, debiendo reintegrarse, en caso de cese, al puesto de trabajo y categoría de origen, la conclusión tiene que ser la de que la remoción y cese del actor es ajustada a derecho, no existiendo ni la vulneración de los artículos 15 y 18 CE, ni una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en cuanto al horario, ya que el que realiza el actor es el establecido en el Convenio Colectivo para el personal de taller, no siendo de aplicación como sostiene la recurrida el artículo 39 del ET”.

D) Conflicto colectivo. Desestimación. Servicio de Salud del Principado de Asturias. Médicos Laborales. Guardias localizadas. No procede libranza al día siguiente si no hay prestación de servicio efectivo. No constituye jornada de trabajo. Aplicabilidad de la Ley 55/2003 en materia de jornada. Modificación de las condiciones de trabajo por aplicación de la ley y del convenio colectivo

El conflicto colectivo reclamado versa sobre el derecho a la libranza del día siguiente a los facultativos que realicen guardias de presencia física y/o localizada en días laborables para respetar el descanso ininterrumpido de doce horas entre jornada y jornada, al entender la existencia de una condición más beneficiosa. La STSJ de Asturias de 26 de enero de 2007, I.L. J 1440, destaca que “no es una modificación sustancial de condiciones de trabajo (ni individual ni mucho menos colectiva, ya que la sentencia de conflicto colectivo no es fuente colectiva sino que simplemente es declarativa de derechos), que tenga su encaje en el artículo 41 del Estatuto por cuanto la decisión impugnada no es una decisión unilateral que se deba a razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino que es un cambio que se basa y viene determinado por la aplicación de una nueva normativa en materia de jornada y descansos (la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), al amparo de lo establecido en el propio Convenio Colectivo que rige la relación de los facultativos laborales del Hospital General de Asturias, el cual establece en materia de jornada laboral en su artículo 11 que la jornada de trabajo del personal afectado por el ámbito de aplicación del convenio será la vigente para el personal estatutario del Insalud en los Acuerdos que cita y normas de desarrollo, disponiendo expresamente que de producirse una norma sustitutoria ésta será de aplicación inmediata en sus propios términos. Y es que, en definitiva, el artículo 41 no resulta aplicable si la modificación no se produce por decisión unilateral del empresario sino por títulos distintos, no tratándose el supuesto de autos de una modificación que deba ajustarse a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino de una mera aplicación de lo pactado y previsto en el propio convenio colectivo”. Respecto a lo alegado de tratarse de una condición mas beneficiosa, señala que la Ley 55/2003 es la que establece que las guardias localizadas no constituyen jornada de trabajo salvo requerimiento o llamada para la prestación de un servicio efectivo y, por tanto, no procede entender la existencia de tal alegada condición más beneficiosa pues no aparece la voluntad del Hospital de querer aplicar a los facultativos laborales la normativa de no considerar como jornada de trabajo el período de localización, sino que se trata de una mera tolerancia o dejación. Por último la señalada sentencia reitera que “la normativa en materia de jornada establecida en la Ley 55/2003 resulta de aplicación al personal laboral’ del Hospital General en virtud de lo establecido, precisamente, en el artículo 2.3 del Estatuto en relación con el artículo 11 del Convenio Colectivo que rige la relación laboral del personal facultativo laboral, y que se remite en materia de jornada a la vigente para el personal estatutario. Pero es que además, igualmente se habría de considerar de aplicación al personal laboral el régimen de jornada y de descansos establecido en la Ley 55/2003, por aplicación de lo establecido en el párrafo primero de la Disposición Adicional Segunda de la citada Ley, debiendo considerarse acertada la interpretación que realiza la juzgadora de instancia cuando considera que la expresión contenida en la misma cuando dice que el régimen de jornada y de descansos será de aplicación ‘al personal sanitario a que se refiere el artículo 6 sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de

empleo', ha de entenderse como una llamada a todo el personal sanitario, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, ya sea estatutario, laboral o funcional, y no limitado al personal sanitario estatutario, pues cabe entender que, al contener la precisión de sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, no se está limitando, por el legislador, su aplicación únicamente al personal estatutario, sino que se está refiriendo a las clases de personal sanitario que se contienen en el artículo 6, y al resto de los vínculos jurídicos de la relación de empleo, lo que está en concordancia con lo establecido en la Exposición de Motivos de la propia Ley que en relación a la sección 1ª del capítulo X, en donde se establece la regulación del régimen de jornada y de descansos, viene a disponer que se trata de asegurar un régimen común aplicable con carácter general a los diferentes centros y establecimientos sanitarios, con el fin de garantizar el funcionamiento armónico y homogéneo de todos los servicios de salud, resultando el régimen de jornada y descansos elemento fundamental en la organización del trabajo cuya homogeneidad es precisa para la correcta prestación de los servicios”.

E) Conflicto colectivo. Nulidad de la medida por incumplimiento del artículo 41 del ET y de las previsiones del convenio

La empresa procedió en virtud de alteración de la contrata consistente en reducción del número de horas de limpieza, pasando a realizarse en un plazo de 3 días a la semana y en horario de mañana por lo que lo comunicó a la representación de los trabajadores e iniciándose consultas, no alcanzándose acuerdos. La empresa notificó a cada una de las trabajadoras afectadas su nueva jornada laboral, que suponía una reducción de horas semanales y de prestación de servicios de cinco a tres días, advirtiéndoles del derecho a rescindir la relación laboral con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades. Posteriormente hubo varias reuniones llegando a varios acuerdos, pero éstos no se combaten. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña declaró la nulidad de la modificación sustancial operada. La **STS de 20 de septiembre de 2007**, I.L. J 1682, confirmó dicha sentencia señalando que “Es claro pues que la sentencia recurrida, no conculcó dicho precepto paccionado, cuando declaró la nulidad de una medida, la modificación de las condiciones de trabajo, que la empresa decidió unilateralmente, sin cumplir las previsiones del artículo 41 ET, y en contra, además, de las previsiones del Convenio. Queda ello patente al comprobar que con las cartas fechadas en 1 de enero y notificadas en 26 siguiente, la empresa procedió a fijar una nueva jornada laboral, que suponía una reducción de horas semanales sin entablar un previo período de consultas con los representantes de los trabajadores ni respetar el plazo de preaviso que el precepto estatutario dispone, y a comunicarles ‘su derecho a rescindir la relación laboral con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades’. Cuando es lo cierto que el artículo 55 del Convenio (cfr. párrafo segundo del fundamento tercero) contiene concretas previsiones tendentes a evitar precisamente la rescisión de los contratos; y sin embargo en dichas cartas, tampoco se ofreció a los afectados que completaran su jornada laboral en otro centro de trabajo, ni se manifestó la voluntad de mantenerles

V. Dinámica de la Relación Laboral

su salario si es que FCC no podía ofrecer esa actividad complementaria. No fue pues la sentencia la que infringió los artículos 41 ET y 55 del Convenio, sino la empresa con su decisión unilateral del día 1 de enero”.

5. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: reingreso. Cómputo temporal de los salarios indemnizatorios

La STS de 19 de junio de 2007, I.L. J 1298, empieza por afirmar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, el que se encuentre en situación de excedencia voluntaria tiene derecho a la posterior readmisión, cuando exista plaza de igual o similar categoría a la suya o que hubiera o se produjeran en la empresa, por lo que una readmisión tardía por parte de la empresa da derecho al trabajador a reclamar por el concepto de daños y perjuicios los salarios devengados durante el tiempo del retraso, y otros superiores si llegaran a acreditarse, con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil. Sentado lo anterior, el problema concreto que se plantea en el recurso es el de la determinación del día inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios por la mora empresarial, señalando que tal plazo deberá computarse desde la fecha de la solicitud de readmisión tras la excedencia, si es que entonces existía vacante apropiada para el reingreso.

B) Excedencia voluntaria: procedencia. Concepto de cargo público

La STS de 18 de septiembre de 2007, I.L. J 1549, se plantea resolver sobre el derecho a la excedencia forzosa derivado del nombramiento de la actora como Gerente de una sociedad anónima, de capital en su totalidad municipal, con la que suscribió un contrato laboral especial de alta dirección.

Para resolver el tema planteado se parte de la doctrina contenida en la Sentencia de 20 de septiembre de 2000, partiendo de que el artículo 46.1 del ET establece que la excedencia forzosa se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo se pronuncia sobre lo que debe entenderse por cargo público.

Debe considerarse cargo público no el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente, por lo que en el caso debatido no existía el nombramiento para un cargo público que posibilite la aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.1 del ET, y permita acceder a la excedencia forzosa, ya que no es un cargo político, temporal, amovible al que se accede por elección o nombramiento de una autoridad competente, sino que la relación constituida con la sociedad anónima, que la nombró Gerente, concertando una relación laboral especial de alta dirección, es privada, y se rige por la LS Anónima, aunque el capital sea público.

C) Excedencia voluntaria: reingreso, amortización de plazas

La cuestión de hecho planteada en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de enero de 2007, I.L. J 1591, parte de los siguientes datos fundamentales:

- a) que la empresa en el momento de la excedencia tenía cinco trabajadores;
- b) que al pasar a excedencia voluntaria el actor sus funciones las asumió uno de los trabajadores de la empresa y,
- c) que al solicitar la reincorporación solo había cuatro trabajadores en plantilla.

La cuestión jurídica que se plantea en el caso concreto es si el hecho de asignar las funciones a otros trabajadores de la empresa, haciendo una reasignación de funciones, es una forma de amortizar, y, en todo caso, cómo se puede amortizar por un empresario privado una plaza.

La Sala quiere parte de las dos siguientes precisiones:

1.— La amortización de plazas en las Administraciones Públicas no suscita duda, pues al existir una RPT (relación de puestos de trabajo) existe un procedimiento administrativo que obliga a las citadas administraciones a seguir sus trámites para amortizar.

2.— Producida la situación de excedencia voluntaria es evidente que durante el período que dura ésta el trabajador no puede cuestionar las decisiones del empresario sobre las plazas, su supresión, la modificación de las funciones, etc., porque en ese período no tiene derecho a pedir la reincorporación.

Antes de entrar a resolver la cuestión litigiosa, la sentencia se detiene en la problemática que suscita la carga de la prueba de la existencia de vacante, concluyendo que, en materia de carga de la prueba, aplicando el principio de disponibilidad probatoria, incumbe a la empresa acreditar la inexistencia de vacantes.

Después de hacer cita de abundante doctrina jurisprudencial, la sentencia estima que la amortización de plazas de trabajadores excedentes voluntarios puede producirse a través de diversas vías, todas ellas compatibles y que se resumen a continuación:

- a) A través de un expediente de regulación de empleo si se dan las circunstancias para hacer uso de la facultad del artículo 51, sin derecho a indemnización alguna.
- b) Por decisión de la empresa, que puede reordenar las funciones asignándolas a otros trabajadores o simplemente no contratando a nadie y suprimiendo el puesto de trabajo.

V. Dinámica de la Relación Laboral

La tesis, pues, que sostiene la Sala es que en principio el empresario privado puede amortizar por decisión unilateral las plazas que dejan los excedentes voluntarios, sin necesidad de ningún requisito especial; si bien tiene varios límites:

- a) Si se dan las circunstancias del artículo 51 ha de acudir al Expediente de Regulación de Empleo, y debe incluir a los excedentes, sin derecho a la indemnización.
- b) Si solicitada la reincorporación se crean nuevas plazas éstas son para el trabajador excedente, y,
- c) Pedida la reincorporación, si se produce una vacante en la empresa no podrá amortizarla y tendrá que readmitir al excedente.

En conclusión:

“No existe previsión en la Ley para la amortización individual, pues el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores requiere que el trabajador esté en activo; y, además, aunque el empresario puede comunicar a los representantes de los trabajadores su decisión de amortizar esa plaza individual, ello no es una exigencia legal y, en todo caso, no puede operar en aquellos centros de trabajo pequeños que carecen de representación legal de los trabajadores. Por ello, la amortización de una plaza concreta dejada por un excedente queda amortizada cuando consta la voluntad del empresario en tal sentido, sin que sea necesario acudir a procedimientos reglamentarios que con la legalidad actualmente vigente no existen cuando se trata de empresarios privados, con la sola excepción de las amortizaciones colectivas vía Expediente de Regulación de Empleo.”

JESÚS R. MERCADER UGUINA
DAVID LANTARÓN BARQUÍN (coordinador)
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA
MONTSERRAT RUIZ CUESTA

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. B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos

determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, números 9 a 12 del año 2007.

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

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

otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales de éste y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el “Mutuo acuerdo de las partes” [artículo 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado “Finiquito”, es analizada en la **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2007** (recurso 408/2007), I.L. J 1270, y en la **STS de 31 de mayo de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 5194/2007), I.L. J 1302.

La Sala Cuarta del TS razona:

“La empresa argumenta que los fallos de dichas sentencias son contradictorios, porque la recurrida niega valor extintivo al recibo de saldo y finiquito mientras que la referencial sí lo reconoce. Mas no es así. En cuanto al supuesto valor extintivo de los citados recibos, las dos sentencias se pronuncian en sentido negativo, si bien la recurrida lo hace más rotundamente, mientras que la referencial se limita a afirmar que considera ‘no reconocido el pleno valor liberatorio del recibo firmado’. De modo que no existe contradicción en este punto entre las sentencias sometidas al juicio de comparación. Si las sentencias comparadas llegan a pronunciamientos distintos se debe realmente, como ponen de manifiesto tanto la parte recurrida en su escrito de impugnación, como el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, a que ‘las sentencias (...) son producto de la mayor o menor pericia en la aportación de las pruebas’ por la parte empresarial. Ello ha llevado a que en los relatos de hechos probados aparezcan datos distintos que justifican las conclusiones dispares que alcanzan las citadas sentencias. Cobra, por tal razón, especial relieve en el caso, la doctrina unificada que establece que la sustancial igualdad entre los hechos que exige el artículo 217, debe colegirse de la narración histórica de las sentencias comparadas, de modo que no son los hechos realmente acontecidos los determinantes en sí mismos, sino la forma en que éstos han quedado plasmados en los relatos de dichas sentencias. De ahí que no sea posible apreciar la concurrencia de este requisito, cuando las circunstancias fácticas con relevancia jurídica aparecen reflejadas de modo diferente en ambos relatos [SSTS de 14 de junio de 1996 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3137/1995) 23 de diciembre de 1996 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2072/1996), 14 de octubre de 1997 (recurso de casación para la unificación de doctrina 94/1997) y 23 de octubre de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina 265/2003) entre otras]. La primera de las citadas razonó ya que “cuando

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

esta identidad de presupuestos (los fácticos) no se da, alguna de las sentencias en comparación podrá no ajustarse debidamente a Derecho o podrá haber incurrido en error de hecho no subsanado oportuna y adecuadamente, pero lo que resulta inviable es el que entre esas sentencias comparadas se origine el fenómeno jurídico de la contradicción judicial, que es al único al que responde el recurso de casación para unificación de doctrina, según definición del artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.”

La **STSJ del País Vasco de 3 de abril de 2007** (recurso 252/2007), I.L. J 1780, estudia la extinción contractual por “realización de la obra o servicio objeto del contrato” [artículo 49.1.c) ET], desestima la existencia de despido, declarando la extinción del contrato consecuencia de la realización de la obra o servicio determinado, sujeta a la duración de una contrata, arrendamiento de servicios o concesión administrativa, debida a la reducción o disminución del servicio objeto de la contrata que implica una supresión de la necesidad temporal de trabajo. Falla que esta circunstancia es por sí sola suficiente para extinguir sus contratos.

“Cuando lo que se pacta es que el contrato para obra determinada inicialmente concertado pueda ser novado sucesivamente en cuanto a su objeto por mutuo acuerdo de las partes, de tal modo que el trabajador no puede ser empleado simultáneamente en diferentes obras, sino que terminada una obra, o agotada la posibilidad de empleo en ella del trabajador éste pueda pasar a otra mediando el correspondiente acuerdo con el empresario, obviándose así los inconvenientes de los trámites que habrían de mediar de celebrarse diferentes contratos de obra y lapsos de tiempo de inactividad del trabajador (...), es la conclusión de la última obra para la que el trabajador es contratado la que determina el fin de la subsistencia del contrato temporal existente entre las partes, razón por la cual, sobre la base de cuanto se ha razonado, ha de concluirse que dicho cese no constituye un despido.”

Relativa a la extinción del contrato de trabajo “por voluntad del trabajador” (artículo 50 ET), la **STSJ de Navarra de 13 de abril de 2007** (recurso 117/2007), I.L. J 1756, niega la existencia de dimisión de un trabajador, y por tanto esta última considera que el empleado es despedido.

La Sala argumenta:

“Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo puede producir desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo. Existe, pues, causa de

extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción.”

Las SSTSJ de Cataluña de 16 de enero de 2007 (recurso 7665/2006), I.L. J 1249, de Castilla y León (Valladolid) de 14 de marzo de 2007 (recurso 166/2007), I.L. J 1268, STSJ de Asturias de 23 de marzo de 2007 (recurso 3036/2006), I.L. J 1317 y, finalmente, de Cataluña de 24 de enero de 2007 (recurso 7042/2006), I.L. J 1326, versan sobre varios supuestos de extinción de contrato de trabajo por voluntad de diversos trabajadores objeto de *mobbing*. La Sala deniega la calificación de despido.

Las sentencias argumentan:

“El que la empresa demandada tenga una política de personal con los jefes de sección en el que la flexibilidad de horario se vuelve una espada de Damocles contra el trabajador, si bien autoriza a efectuar las protestas oportunas en la medida en que el horario efectivamente realizado excede de los mínimos o máximos legales, ello no puede implicar que exista un incumplimiento grave susceptible de motivar la extinción de la relación laboral por el citado artículo 50 ET. En este supuesto estamos ante una movilidad funcional que no ha conllevado (al menos al momento de ejercitar la acción) un cambio de condiciones de trabajo que altere lo antes obtenido por la vía de la concertación entre las partes, pues no puede hablarse de un traslado forzoso a la necesidad de realizar un curso de formación, aunque sea fuera de su localidad de origen y de trabajo, salvo que se acreditara una evidente mala fe en su ubicación, lo que no consta; tampoco puede estimarse que una conversación fuera de tono e irrespetuosa, como lo fue la realizada, suponga la manifestación de una situación de acoso moral, pues consta su condición de extraordinaria y puntual, lo que no puede incluirse dentro del concepto doctrinal de *mobbing* a que antes se ha hecho mención. Por ello y con independencia de las posibles acciones que pueda conservar el actor en el ejercicio de sus derechos laborales, al igual que el resto de sus compañeros afectados por similar problemática, no puede considerarse que exista una especial situación de discriminación o afectación especial del actor, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de la instancia.”

Las SSTSJ de Galicia de 23 de enero de 2007 (recurso 4800/2006), I.L. J 1445, y de 19 de enero de 2007 (recurso 5265/2007), I.L. J 1450, desestiman la extinción contractual laboral por voluntad de los trabajadores ante sendos incumplimientos empresariales del abono de salarios durante un breve espacio de tiempo, pero continuado.

A tal efecto las Salas exponen:

“El término improcedentemente ‘no puede ser interpretado como una remisión o referencia exclusiva al despido improcedente de los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores,

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

sino que debe ser entendida la frase comentada como alusiva a cualquier extinción o rescisión de la relación laboral que se haya efectuado sin contar con la voluntad del empleado y que no haya sido causada por un incumplimiento grave de éste'. La sentencia citada añade que 'lo más razonable es que el empleado no tenga derecho a percibir indemnización alguna en los ceses que sean debidos bien a su voluntad bien a un incumplimiento contractual grave cometido por él, pero, en cambio, en todos los demás supuestos de extinción de la relación de trabajo lo lógico es que tenga derecho a percibir una indemnización pactada. Aplicando tal doctrina al presente supuesto debe afirmarse que la expresión de la cláusula novena del contrato cuando se refiere a despido improcedente, ha de comprender también aquellos incumplimientos del empresario que son equivalentes al despido improcedente como expresión de la terminación del contrato por circunstancias no imputables al trabajador, sino a graves incumplimientos del empresario. Como se afirma en la referida sentencia, también en este caso la interpretación contraria conduciría al absurdo, pues si la simple invocación de una causa de despido por la empresa que luego no resulte probada o sobre la que ni siquiera se intente acreditar el incumplimiento del trabajador conduciría a la indemnización especial pactada, con mayor razón se habrá de entender aplicable la misma cuando la extinción del contrato se ha producido por tales incumplimientos contractuales cuando son llevados a cabo por conducta del empleador valorada jurisdiccionalmente como determinante de la resolución del contrato. Por otra parte, esta interpretación es acorde con lo establecido en el artículo 1281.2º del Código Civil, pues –como se afirma en la sentencia citada– 'el sentido literal de las palabras (indemnización por despido improcedente y no por resolución de contrato por causa imputable al empresario, en este caso) contradice la intención evidente de los contratantes, que debe prevalecer sobre aquélla y que no puede ser otra que la de aplicar la indemnización en aquellos casos en los que el empresario no acredita una causa justa para extinguir la relación'."

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La "Transgresión de la buena fe contractual" [artículo 54.2.d) ET] es analizada expresamente por la **STS de 3 de julio de 2007** (recurso 2486/2007), I.L. J 1496, estimando la improcedencia de un despido disciplinario de un trabajador basado en la sustracción de vino de la compañía aérea para la que trabajaba. La Sala expone:

"Viene insistiendo la doctrina que en aquellas cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquéllas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el artículo 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una

interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (...) la jurisprudencia requiere –como hemos visto– para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa.”

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 **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2007** (recurso 8176/2006), I.L. J 1706. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante fundado en causas objetivas, la Sala declara la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a que las causas económicas negativas alegadas únicamente afectan a una sección de la empresa, y no a toda ella, requisito ineludible para poder ser considerado el despido procedente.

Para ello, la Sala, en su FJ único, razona:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (...) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...) Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante.”

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2007** (recurso 8925/2006), I.L. J 1635, declara nula la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de la trabajadora demandante, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello fundamenta el fallo, “el despido es ejecutado durante el período de permiso de lactancia. Asimismo, existe la omisión de puesta a disposición de la indemnización correcta, defecto cuantitativo sólo achacable a la voluntad incumplidora de la empresa”.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2007** (recurso 8138/2006), I.L. J 1337, enjuicia un supuesto de caducidad de la acción por despido. Expone que el cómputo del plazo de caducidad se reanuda al día siguiente a aquél en el que el trabajador reciba la notificación de conciliación del organismo conciliador territorialmente competente, teniendo efectos suspensivos hasta dicho momento. No obstante, al haber dirigido el intento de conciliación extrajudicial ante un órgano territorialmente incompetente, la Sala no estima la excepción de caducidad.

B) El procedimiento por despido

Las **SSTS de 10 de julio de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 604/2006), I.L. J 1433, y **de 2 de abril de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1531/2006), I.L. J 1493, con ocasión de la infracción de las normas esenciales del procedimiento de despido, analizan sus requisitos necesarios.

Las Salas, reiterando su propia doctrina judicial, argumentan:

“Es preciso recordar que, como constante doctrina emanada del Tribunal Supremo ha establecido, para que pueda tener viabilidad el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: A) que se haya infringido una norma procesal. B) que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia. C) que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto. D) que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión. E) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida.”

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de marzo de 2007 (recurso 3055/2006), I.L. J 1397, al enjuiciar un supuesto de una trabajadora despedida, estima su procedencia, ante un supuesto de contratación temporal sin apreciar la existencia cesión de ilegal de trabajadores.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un significativo número de resoluciones analizan la improcedencia de los despidos efectuados en supuestos de sucesión empresarial. En este sentido, las SSTSJ de Aragón de 21 de marzo de 2007 (recurso 27/2007), I.L. J 1410, de 21 de marzo de 2007 (recurso 70/2007), I.L. J 1409 y de 21 de marzo de 2007 (recurso 1114/2006), I.L. J 1411, ante varios supuestos de sucesión de empresas, estiman la improcedencia de los despidos efectuados a los tres trabajadores, en las segundas empresas absolviendo a las anteriores empresas adjudicatarias.

Asimismo, la STS de 19 de septiembre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3777/2006), I.L. J 1684, estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, durante la vigencia de su contrato de interinidad, en el supuesto que el trabajador, que ha superado las pruebas selectivas, no se incorpora al puesto obtenido cubierto por el trabajador interino. La Sala argumenta que la no incorporación al puesto no es causa de extinción del contrato de interinidad, que, al no efectuarse, se convierte en indefinido.

“El contrato de la actora era ya indefinido desde que, pese a la concurrencia de una causa de extinción, aquélla continuó prestando servicios sin que se hubiera denunciado el contrato ni se probara la temporalidad de los servicios. La continuidad en la prestación de los servicios durante un plazo de tiempo considerable hasta que se decide la extinción, sin prueba de la temporalidad de aquéllos, también determinaría que el cese fuera injustificado con la calificación de despido improcedente.”

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2007 (recurso 8576/2006), I.L. J 1704, al enjuiciar un supuesto de trabajador despedido disciplinariamente por falta de asistencia al trabajo, debido a un bajo rendimiento ante un cambio de sistema de medición del trabajo, confirma la sentencia de instancia que desestimaba la improcedencia de despido. Las SSTSJ de Cataluña de 10 de enero de 2007 (recurso 7598/2006), I.L. J 1252, y de Madrid de 28 de marzo de 2007 (recurso 6433/2007), I.L. J 1275, declaran la improcedencia de sendos despidos basados en transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza y deslealtad de un trabajador por un posible incumplimiento laboral de los dos trabajadores afectados.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La Sala argumenta:

“Es claro su conducta en nada puede perjudicar a la empresa si ha obrado como le es exigible, de buena fe, y no implica incumplimiento contractual alguno por parte del trabajador, ni deslealtad, ni desde luego abuso de confianza ni quebrantamiento de la buena fe, siendo la única forma de contrarrestar o confirmar la mala opinión que sobre su trabajo le ha transmitido la empresa, no habiendo ocultado a la patronal la actuación ni divulgado dato confidencial alguno, como no lo es el haber percibido el bonus, sin hacer referencia a nada más, ya que no se trata, como estima el juzgador *a quo*, de poner a los clientes de la empresa como testigos de un posible incumplimiento empresarial, sino, por el contrario, de obtener una valoración objetiva de un posible incumplimiento del trabajador, al que previamente se la ha tildado de incompetente, referido en exclusiva a evaluar la asistencia que éste les ha prestado, lo que nunca puede dañar la imagen de una empresa que actúa movida por la optimización de sus servicios al margen de fines espurios, que desde luego no serían dignos de tutela judicial.”

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La STSJ de Galicia de 19 de enero de 2007 (recurso 5469/2006), I.L. J 1447, ante la improcedencia del despido, reconoce el derecho de opción a la empresa empleadora y no a la trabajadora debido a que ésta no era candidata a representante de los trabajadores, y el empresario no conocía su intención de presentarse hasta varios días después de la fecha de despido. Por ello, podrá optar entre ofrecer la indemnización correspondiente, o ser admitida en su puesto de trabajo.

b) Salarios de tramitación

La STS de 4 de julio de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1678/2006), I.L. J 1497, al analizar el alcance temporal de los salarios de tramitación, expone su relación con el derecho a la percepción de la prestación por incapacidad temporal.

Al tal efecto la Sala expone:

“En cuanto al fondo, la cuestión ha sido ya unificada por esta Sala en Sentencias de 16 de junio y 3 de octubre de 1994 y 17 de enero de 1995, que resume la invocada como contradictoria de 28 de mayo de 1999 (recurso 2646/1998), a cuya doctrina hay que estar por razones de seguridad jurídica, en los siguientes términos: ‘corresponde a la entidad gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente, solución que es asimismo aplicable, y con idéntica razón, a los supuestos en los que la incapacidad temporal se había iniciado antes de la fecha del despido. Resulta intrascendente que el despido haya sido declarado nulo o improcedente a estos efectos, sobre todo después de que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, derogara el número 6 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, que

para el caso del despido de un trabajador que tuviera el contrato suspendido necesariamente habría de considerarse nulo el despido, si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia; después de la reforma, la calificación del despido se llevará a cabo al margen y con independencia de la situación en que pudiera encontrarse la relación laboral del despedido. La clave para la solución del problema radica en la propia naturaleza de los salarios de tramitación; el artículo 52.1.b) del Estatuto de los Trabajadores concibe los salarios de tramitación como la suma que es debida al trabajador, cuando el despido es declarado improcedente, y equivale a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare su improcedencia o hasta que hubiere encontrado empleo si la colocación es anterior a la sentencia. Eso significa que la compensación se corresponde con la falta de abono de salarios durante el tiempo de referencia, para evitar así que un comportamiento inaceptable del empresario llegue a causar perjuicios económicos al trabajador, privándole de las rentas de trabajo que en otro caso hubiera devengado, de modo que si no subsiste la obligación de satisfacer salarios tampoco cabría aplicar la medida compensatoria, para reparar un quebranto económico inexistente. Así se deduce del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores que, entre otras, menciona la incapacidad temporal de los trabajadores como causa de suspensión del contrato de trabajo, y en el número dos del mismo precepto se establece que ‘la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo’; esa misma conclusión se alcanza partiendo del concepto de incapacidad temporal que facilita el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, motivada por la imposibilidad de trabajar. En definitiva, si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal que coincidan el despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia.”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Numerosas sentencias judiciales analizan la nulidad de los despidos efectuados a trabajadoras embarazadas, en estado de lactancia, o en situación de excedencia por cuidado de hijo menor.

Así, la **STS de 24 de julio de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2520/2006), I.L. J 1520, desestima la nulidad del despido efectuado a una trabajadora embarazada, cuyo estado desconocía la empresa.

La Sala fundamenta el fallo:

“La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la ‘aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo’, no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, ‘durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo’; cuando se despidiera a una trabajadora, ‘el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito’. La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse ‘cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales’. Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo.”

– Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2007** (recurso 8925/2006), I.L. J 1635, estima la nulidad de un despido efectuado a una trabajadora durante el disfrute del permiso de lactancia.

– En sentido análogo, la **STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2007** (recurso 8852/2006), I.L. J 1633, estima la nulidad de un despido efectuado a una trabajadora durante el disfrute de una excedencia voluntaria por cuidado de hijo menor, cuando es probado que ella misma realiza trabajo en otra empresa, al no ser considerado éste un acto prohibido para ésta.

– Finalmente, la **STJCE de 11 de octubre de 2007** (Asunto C- 460/2006), I.L. J 1691, estima la nulidad de un despido efectuado a una trabajadora durante el disfrute del permiso por maternidad. Para ello delimita temporalmente la prohibición de despido de las trabajadoras por la empresa, alcanzando desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad.

De otro lado, la **STSJ de Madrid de 23 de abril de 2007** (recurso 1007/2007), I.L. J 1284, argumenta la nulidad de una cláusula convencional que regula la edad de jubilación forzosa de los trabajadores de una empresa, al declarar la nulidad del despido efectuado a un trabajador, por haber superado la edad de jubilación regulada en dicho convenio, por discriminación por razón de la edad.

Al efecto la Sala resuelve que

“el convenio colectivo puede mejorar las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de mínimos, pero no cercenar o rebajar los derechos reconocidos en él, no pudiendo, por tanto, regular ni limitar derecho fundamental alguno. Está vedado a los convenios el establecimiento de una edad de jubilación forzosa de la misma manera que lo está el determinar cuál sea la edad mínima para acceder al mercado de trabajo”.

Finalmente, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos:

– La **STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2007** (recurso 7546/2006), I.L. J 1243, desestima la nulidad de un despido ante la falta de aportación de indicio razonable de existencia de lesión de derecho fundamental alguno, ante la extinción de un contrato eventual en la Administración Pública. Esto es, desestima la nulidad del despido de un trabajador ante la terminación de su contrato laboral, no apreciando acción alguna de cesión ilegal y de despido lo que determina la inexistencia de litispendencia.

– En idéntico sentido, la **STSJ de Navarra de 4 de enero de 2007** (recurso 370/2006), I.L. J 1253, desestima la nulidad de un despido ante la falta de aportación de indicio razonable de existencia de lesión del derecho a la asociación sindical, así como la inexistencia de violación del derecho a la indemnidad, ante la falta de conocimiento de la empresa de las reivindicaciones denunciadas por el actor.

M^a. 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) Actividad sindical y garantías. b) Elecciones sindicales válidas por actividad empresarial acreditada. c) Tutela del derecho: la denominación del sindicato no puede ser confusa ni inducir a error. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Supuestos de estimación: discriminación por pertenencia a un sindicato. b) Supuestos de desestimación. C) Principio de indemnidad económica e indemnización por daños. a) En complementos de puesto de trabajo. b) Indemnización por daños morales. **2. Representación unitaria.** A) Celebración de elecciones en centros de trabajo con menos de 6 trabajadores. Nulidad del preaviso electoral. No cabe alterar la unidad electoral básica establecida por la ley. B) Derecho de opción en un supuesto de despido improcedente. Le corresponde a la empresa si el trabajador, en la fecha del despido, no era candidata a representante y el empresario no conocía su intención de presentarse. C) Mandato representativo. Se extingue en los supuestos de cambio de adjudicataria. **3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: Jurisdicción y competencia. B) El proceso de conflicto colectivo: Objeto. **4. Huelga.** A) Derecho de huelga y mercado común. B) Efectos de la huelga: el descuento salarial.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2007 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1242 a J 1784).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Actividad sindical y garantías

La extinción del vínculo laboral de un representante de los trabajadores es cuestión sensible que obedece por lo general a diversas razones que combinan, de una parte, la realidad de las causas expresadas en la carta y, de otra, aspectos no declarados, que terminan por constituir el verdadero núcleo argumental de la litis. Así, la calificación del despido constituye un factor de resultado donde cristaliza una de las garantías de los representantes con mayor peso práctico, al decidir éstos si continúan en la empresa o por el contrario transforman la obligación de readmisión en otra sustitutiva de carácter indemnizatorio (artículo 56.4 ET). Es claro que el ejercicio de actividad sindical no garantiza por sí mismo la permanencia en la empresa ante un supuesto de subrogación que vacía de contenido la tarea hasta ese momento desempeñada por el actor.

En este esquema se circunscribe la **STSJ de Navarra de 4 de enero de 2007**, I.L. J 1253, en cuyo fundamento de derecho cuarto se analiza la declaración de nulidad del despido, interesada por el demandante en base a lo que considera “su trayectoria ejemplar, su vocación sindicalista y la pretendida cadena de hechos de persecución” que atribuye a la empresa en contra de su propia persona y de su sindicato. Tras el pormenorizado estudio de cuantas alegaciones invoca el trabajador, la Sala de lo Social del Tribunal, entiende justificado el despido objetivo llevado a cabo por el empresario entendiendo que “no hay ningún indicio relevante de comportamiento de la empresa contrario a la libertad sindical”, lo que impide la declaración de nulidad pretendida confirmando la extinción de la relación laboral, pese a la acreditada condición de representante legal de los trabajadores que venía ostentando.

De ahí que el ejercicio de los derechos que comporta la condición de representante de los trabajadores y delegados sindicales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), no tenga más límite que la concurrencia de ciertos requisitos referidos tanto a las características de la unidad productiva como a la implantación de la organización sindical en la empresa, como expresan las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1989 y 84/1989.

Recogiendo esta doctrina y la que sienta el TS en la Sentencia de 9 de junio de 2005, la **STSJ de Extremadura de 1 de marzo de 2007**, I.L. J 1345, niega condición de delegada sindical, a efectos de las garantías que el artículo 10 LOLS concede, a trabajadora despedida por cuanto en las actuaciones no consta que el centro de trabajo ocupara a más de 250 trabajadores ni que el sindicato –al que ella está afiliada y de la que es delegada– tenga presencia en los órganos de representación de los trabajadores, lo que determina que la opción legal entre readmisión o indemnización corresponda a la empresa y no a la demandante “pues no puede considerarse que su condición de delegada sindical sea de las características que prevé el artículo 10.1 de la reseñada Ley Orgánica”.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En la misma línea, la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical que el artículo 28 CE reconoce, además de extender su protección natural a la persona del representante ya electo o designado, puede acontecer en momentos previos; es frecuente encontrarse en la casuística judicial supuestos en que la decisión extintiva adoptada por la empresa se atribuye a la posibilidad de impedir el acceso a la condición de delegado de personal o cargo de representación unitaria o sindical. Es éste precisamente el supuesto que analiza la **STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2007**, I.L. J 1634, que ante el hecho incontrovertido de no ostentar el actor en la fecha de su despido cargo de representación sindical, ni durante el transcurso del último año, no le hace beneficiario de las garantías sindicales —en orden a la titularidad del derecho de opción— por razón de no advertir en la decisión de la empresa indicios suficientes de que su comportamiento haya sido motivado por haber desarrollado el actor una actividad sindical que no consta realizase. Se trata de un caso en el que se despide a un trabajador, y entre los motivos que alega para determinar la nulidad del mismo, se encuentra la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical. No obstante, el motivo es desestimado ya que, a pesar de la previsible ostentación del cargo representativo, a la fecha del despido la empresa no tenía conocimiento de esa futura posibilidad. Además, entiende el Tribunal que el actor ya había sido delegado de personal años anteriores, y durante ese período la empresa no había llevado a cabo ninguna actuación tendente a la vulneración de la libertad sindical.

b) Elecciones sindicales válidas por actividad empresarial acreditada

Impone el artículo 69.2 ET en relación con el artículo 1.1.d) del Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa, aprobado por Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, que el proceso electoral en las empresas puede celebrarse una vez hayan transcurrido seis meses desde el inicio de actividades en el centro de trabajo correspondiente, fijando igualmente para los elegibles en concepto de antigüedad el mismo requisito temporal, sin perjuicio de que por pacto se hubiese establecido otro distinto de menor duración.

Tal es el contexto que analiza la **STSJ de Valencia de 9 de marzo de 2007**, I.L. J 1277, centrado en la pretensión de nulidad de preaviso electoral que mantiene la Unión Sindical Obrera por entender que no concurre el primero de los requisitos, toda vez la apertura de la oficina de la empresa en Valencia se produjo sin respetar el expresado plazo de los seis meses. Sin embargo, consta en el relato fáctico, en el cuarto ordinal de hechos probados, que la demandada —dedicada a servicios de vigilancia y seguridad— tiene datos de alta a trabajadores en la Seguridad Social desde el 1 de abril de 2004 habiendo iniciado con esa fecha su actividad en la provincia, circunstancia esta que considera decisiva sin perjuicio de que la reciente alta administrativa del centro solamente constituya irregularidad administrativa y dato puramente formal que ninguna influencia puede tener en la licitud del proceso electoral.

c) Tutela del derecho: la denominación del sindicato no puede ser confusa ni inducir a error

A propósito de la denominación del sindicato —que conforme al artículo 4.2.a) de la LOLS “no podrán coincidir ni incidir a confusión con otra organización legalmente re-

gistrada”— la **STS de 2 de octubre**, I.L. J 1695, sostiene que no procede por parte del recurrente hacer propio y exclusivo el uso de la expresión “Sindicato de Enfermería” si además de ésta se añade el acrónimo que distingue a ambas organizaciones, pues con ello no cabe entender que se produzca confusión alguna.

Invoca como precedente la doctrina de la misma Sala contenida en las Sentencias de 16 de diciembre de 2002 (recurso 84/2002) y 25 de junio de 2003 (recurso 140/2002), y la que ampliamente se ha registrado en el ámbito civil en interpretación del artículo 408.1 del Reglamento Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, que concibe un uso abierto y en absoluto restrictivo del nombre en el ámbito del comercio y del Derecho Común, siempre que el acrónimo que le acompañe represente un término de diferenciación suficiente y bastante, como en el caso analizado acontece.

Además termina incorporando un criterio preventivo, en términos admonitorios no exento de crítica, recordando al sindicato recurrente que el artículo 398.2 del Reglamento del Registro Mercantil prohíbe el uso de acrónimos en las denominaciones sociales “norma que si observaran las partes serviría para diferenciarlas de forma más clara”.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Supuestos de estimación: discriminación por pertenencia a sindicato

En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (STC 14/1993, de 18 de enero). También si se trata de despido colectivo y el empresario selecciona a los trabajadores entre los afiliados a un determinado sindicato que con carácter previo niega la suscripción de acuerdo con un expediente de regulación de empleo. Tal es el supuesto que estudia y trata la **STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2007**, I.L. J 1708.

Partiendo de la regla según la cual el criterio de selección de los trabajadores en el despido colectivo corresponde al empresario y sin más límites que el fraude de ley, el abuso de derecho y los móviles discriminatorios que prohíben los artículos 14 CE y 17.1 ET, la sentencia analizada aborda —en sus fundamentos de derecho sexto y último—, la discriminación sindical por pertenencia a sindicato que invoca en sus recursos y que parte de un dato meramente aritmético pero revelador: un 22% del colectivo de trabajadores despedidos pertenece a un sindicato cuya representación en la empresa es sólo del 7,5%.

Es este dato suficiente para establecer el indicio material que pone en marcha la protección que dispensa el artículo 2 LOLS a la libertad sindical, comprensiva tanto del derecho del trabajador a la afiliación al sindicato que libremente elija como del referido a la actividad sindical, entendida como *garantía de indemnidad*, que veda cualquier diferencia de trato por razón de una u otra circunstancia. Y ante la ausencia de toda actitud probatoria que

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

descarte la sospecha discriminatoria, el Tribunal declara la nulidad de los despidos por no seguir el empresario un criterio de extinción proporcional tomando como referencia la afiliación sindical de los trabajadores afectados por el ERE.

La vulneración del derecho a la libertad sindical por razón de afiliación a determinado sindicato, cometida por órgano de representación de los trabajadores, ha sido tratada por la doctrina del Tribunal Constitucional dándole consideración de garantía de indemnidad, “por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien las realiza” (SSTC 111/2003, 188/2004, 336/2005 y 144/2006), protección que encuentra fundamento en el Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, artículos 12 LOLS y 17 ET, que prohíben toda clase de discriminación tanto en el empleo como en las condiciones de trabajo por motivos sindicales.

La cuestión litigiosa –que estudia la **STC 181/2007, de 10 de septiembre**, I.L. J 1533, parte del hecho declarado probado que constata de manera inequívoca la posible conexión entre la decisión del órgano de representación de los trabajadores, denegatoria de su ingreso en la Sociedad estatal de estiba y desestiba del puerto de Castellón (SEDCAS), y su concreta afiliación sindical. Se trata de un caso en el que al recurrente le es denegada la integración en la plantilla de la empresa, entendiéndose éste que la razón por la cual existe esta negativa es la afiliación y actividad sindical del mismo en CCOO. Tras el riguroso análisis de las actuaciones y del conjunto de circunstancias concurrentes se llega a la *razonable posibilidad* de que así aconteciera, concluyendo que se acreditan indicios suficientes y razonables de que la falta de aprobación de la solicitud de ingreso del recurrente en la empresa constituye una conducta sindical contraria al artículo 28.1 CE. Y ello porque se convierte su concreta afiliación sindical en el elemento o criterio determinante de la negativa al empleo en el proceso de selección de personal llevado a cabo, agravado si cabe por proceder el comportamiento antisindical de un agente directo –el propio Comité de empresa– que actúa en detrimento de los intereses de los trabajadores, cuya defensa y promoción le corresponde conforme al artículo 7 CE.

b) Supuestos de desestimación

También puede lesionarse la libertad sindical cuando se imputa a la empresa una conducta antisindical consistente en no aceptar a la persona designada por un sindicato como interlocutor de la Dirección para prevenir o aminorar conflictos de trabajo, cargo que en el supuesto que estudia la **STS de 27 de junio de 2007**, I.L. J 1576, ni está previsto en la ley ni en el convenio colectivo aplicable, pero cuyo desempeño otorga al representante –*liberado estatal* en el caso debatido– un crédito horario adicional y otra serie de ventajas operativas que al sindicato recurrente le son negadas por no cumplir su representante los requisitos de idoneidad que la empresa libremente ha dispuesto. Éste es, en suma, el argumento que el Alto Tribunal emplea para desestimar el recurso formulado: no se lesiona la libertad sindical cuando la persona nombrada por el sindicato no puede cumplir con la tarea de interlocución para prevención de conflictos –propuesta y financiada por la propia empresa– al entenderse que su escasa antigüedad o continuidad de permanencia

constituye obstáculo insalvable para garantizar el buen desempeño de la misión encomendada.

Otro supuesto desestimado, por considerar el Tribunal la no vulneración de la libertad sindical ni otros derechos fundamentales, es el que se produce en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de enero de 2007**, I.L. J 1594, en la que se desestima el recurso de suplicación. El ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una libertad de información y opinión, de tal manera que tanto los trabajadores como empresarios deberán disfrutar de la libertad de opinión y de expresión en sus reuniones, publicaciones y otras actividades sindicales. El Tribunal entiende que no puede prosperar el recurso porque no se han alterado los supuestos de hecho que en la resolución se constatan. Ahora bien, en lo que a nosotros interesa, el Tribunal entra a valorar la vulneración de la libertad sindical en relación con la libertad de expresión y opinión, entendiendo que no se ha cercenado la libertad sindical porque en todo momento han utilizado, tanto demandante como demandados, los medios de comunicación, tanto escritos como de otra clase, para manifestar sus opiniones sobre la situación ocurrida a los trabajadores afectados.

C) Principio de indemnidad económica e indemnización por daños

a) En complementos de puesto de trabajo

El principio de indemnidad retributiva en el desempeño de funciones sindicales viene a recibir un nuevo y vigoroso respaldo en la **STC 200/2007, de 24 de septiembre**, I.L. J 1670, por cuanto privar al recurrente de complemento salarial con exclusivo fundamento en su condición de liberado sindical constituye flagrante vulneración de su derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE) y, por ende, a los conexos de igualdad en la aplicación de la ley y tutela judicial efectiva (artículos 14 y 24.1 CE).

Reiterando su doctrina en la materia (por todas, STC 151/2006, de 22 de mayo, FJ 3º) recuerda que el menoscabo económico que se produce representa un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad de tal derecho; y lo viene a justificar en su potencial efecto disuasorio sobre las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos y en cuyo normal desenvolvimiento terminarían siendo afectadas. Tal consideración es incluso extensiva al supuesto que la sentencia contempla: trabajador en situación de liberado sindical que, aunque no presta servicios en la empresa y no le afectan los turnos establecidos en el centro de trabajo, debe mantener la integridad de su salario en razón a la garantía de indemnidad económica que le asiste.

La abundante doctrina sobre el crédito horario se extiende al mantenimiento de cuantos conceptos integran la totalidad del salario; sin embargo tal principio de *omnicomprensibilidad* decae en ciertos supuestos como el referido a la productividad, cuya vinculación a la participación personal del trabajador es determinante de su devengo como entiende la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de febrero de 2007**, I.L. J 1626,

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

que con estimación del recurso formulado por Transportes Interurbanos de Tenerife, SA, revoca la sentencia dictada en la instancia por Intersindical Canaria en reclamación de libertad sindical. Se trata de un caso en el que los conductores de autobús perciben por cada viajero un céntimo, no percibiéndolo los representantes de los trabajadores cuando hacen uso del crédito horario. La sentencia del juzgado de lo social declara antisindical esta conducta. La empresa recurre en apelación y el Tribunal declara ajustada a derecho la conducta, contraria a mantener el abono –a favor de los representantes de los trabajadores que hacen uso del crédito horario– del complemento de productividad fijado para los conductores en base a la propia naturaleza del incentivo “cuya razón de ser estriba en que sea el trabajador conductor quien ejerce la conducción del autobús y en el número de pasajeros que transporte”, circunstancias que, como en el presente caso no pueden singularizarse, impiden el devengo de la retribución litigiosa. No cabe, pues, en el presente caso declarar antisindical la conducta llevada a cabo por la empresa.

b) Indemnización por daños morales

Siguiendo en esta línea, pero en otro orden de cosas, en cuanto a la pretensión de indemnización derivado de la vulneración del derecho de libertad sindical, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 2 de febrero de 2007**, I.L. J 1627, resuelve desestimando el recurso del sindicato. Se trata de un caso en el que el trabajador disponía de un crédito de 57 horas mensuales, y tras ser elegido delegado sindical sin liberación de funciones, reclama una ampliación de 30 horas mensuales más conforme al Acuerdo de Derechos Sindicales en AENA. La sentencia del juzgado de lo social declara vulnerado el derecho a la libertad sindical pero desestima la petición de indemnización económica por daños morales a favor del sindicato. Ante esta sentencia se interpone recurso de suplicación tanto por la empresa como por el sindicato. En cuanto al recurso de la empresa, es desestimado por el Tribunal que hace una interpretación finalista y volitiva del Acuerdo, aceptando la ampliación de horas reclamadas. Por otro lado, en cuanto al recurso del sindicato, que denuncia la infracción de los artículos 15 LOLS, 28 CE y 180.1 LPL, defendiendo la tesis de la indemnización automática de la lesión causada por el comportamiento antisindical, el Tribunal entiende, siguiendo la postura del Tribunal Supremo (STS de 25 de febrero de 2004), que “la reparación de la vulneración del derecho de libertad sindical incluida la indemnización que procediera, no significa en absoluto que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de la indemnización”. Será necesario, por tanto, la “probanza de una base fáctica que delimite los perfiles del daño”.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Celebración de elecciones en centros de trabajo con menos de 6 trabajadores. Nulidad del preaviso electoral. No cabe alterar la unidad electoral básica establecida por la ley

La cuestión debatida se centra en determinar la legalidad de los preavisos para celebrar elecciones en determinados centros de trabajo de dos empresas: una perteneciente al sector de las Cajas de Ahorro y otra dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales.

Como se sabe, el artículo 61 ET concreta el derecho de participación de los trabajadores en la empresa a través de los órganos de representación que se regulan en el Título II del ET, constituidos por los delegados de personal y el comité de empresa. A los efectos de la constitución de la representación de los trabajadores el ET atiende, preferentemente, al criterio de construirla en torno al concepto de centro de trabajo dotado de autonomía, criterio matizado por el del número de trabajadores que prestan servicios en éste. De ahí que en centros de trabajo que cuenten con más de 50 trabajadores procede la elección de Comité de Empresa y en aquellos en los que el número sea inferior procederá la elección obligatoria de delegados de personal, cuando el número de trabajadores sea superior a diez y, dependiendo de la voluntad de éstos, cuando sea superior a seis. Con todo ello, se da la circunstancia de que los trabajadores que presten servicios en centro de trabajo dotado de una plantilla inferior a seis no pueden materializar su derecho básico a participar en la empresa.

En ocasiones, los sindicatos pretenden subsanar tales insuficiencias promoviendo elecciones agrupando a todos sus trabajadores en unidades electorales de ámbitos distintos al centro de trabajo. Dos ejemplos de tal praxis son la **STSJ de Murcia de 19 de febrero de 2007**, I.L. J 1775, y la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de mayo de 2007**, I.L. J 1723. En la primera de ellas se valora la legalidad del preaviso para celebrar elecciones sindicales en tres centros de trabajo de la empresa, todos ellos localizados en el municipio de Murcia: el primero con 7 trabajadores, el segundo con 9 y el tercero con 7 trabajadores. El segundo de los supuestos se refiere al preaviso de elecciones a delegados de personal que afecta a todos los centros de trabajo de la empresa en Ávila y que el número de trabajadores era de 31 (la empresa tiene en Ávila doce centros de trabajo y 42 empleados repartidos en 9 de los centros, teniendo seis o más sólo dos de ellos).

En las citadas Sentencias, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de marzo de 2001 (recurso de casación 2012/2000) se declara la nulidad de ambos preavisos señalando que no es posible, en ningún caso, la celebración de elecciones para delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten con menos de 6 trabajadores. La razón de esta decisión reside en que los promotores de tales elecciones no pueden alterar la única unidad electoral básica establecida por la ley para éstas. De todo ello se deduce que no cabe su convocatoria y celebración en un ámbito superior al centro de trabajo, mediante la agrupación de varios de ellos con la finalidad de obtener por esa vía una representación distinta en número o calidad a la querida por la Ley.

B) Derecho de opción en un supuesto de despido improcedente. Le corresponde a la empresa si el trabajador, en la fecha del despido, no era candidato a representante y el empresario no conocía su intención de presentarse

La **STSJ de Galicia 19 de enero de 2007**, I.L. J 1447, analiza quién tiene el derecho de opción en un supuesto de despido improcedente durante un proceso de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores. De acuerdo con lo expuesto en el artículo 56 ET, cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario podrá optar entre la

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 45 días de salario por año de servicio. No obstante, si el despedido fuera un representante unitario o un delegado sindical, la citada opción le corresponderá siempre a éste. Pues bien, el propio Tribunal Supremo ha hecho extensiva la garantía prevista en este artículo a los proclamados candidatos en unas elecciones sindicales (STS de 2 de diciembre de 2005, entre otras).

El caso enjuiciado por la sentencia citada es el siguiente: En el centro de trabajo donde prestaba servicios la actora, se convocaron elecciones sindicales. Constituida la mesa y publicado el censo electoral, se procedió a la proclamación de candidaturas de 26 de abril a 4 de mayo de 2006. El último día del plazo mencionado, Comisiones Obreras presentó a la actora como primera candidata de su lista electoral. No obstante, el 5 de mayo —día en que se procedió a la proclamación de candidaturas— el Director de Recursos Humanos dirigió un escrito a la mesa electoral informando que la trabajadora había cesado en la empresa el día 26 de abril, con motivo de un despido disciplinario. La mesa electoral, tras comprobar que el despido había sido impugnado, mantuvo a la trabajadora en el listado definitivo de candidaturas y, celebrada la votación, la trabajadora resultó elegida como uno de los nuevos representantes electos.

El juzgador de instancia declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa demandada a que readmitiera a la trabajadora a su anterior puesto de trabajo o a que la indemnizara, “a elección de ésta”. Contra dicha sentencia la empresa recurrió en suplicación al entender que la opción entre indemnización y readmisión prevista en el artículo 56 ET no le corresponde a la trabajadora sino a la propia empresa. El TSJ de Galicia estima el recurso por cuanto en la fecha en que se produjo el despido, el sindicato no había procedido a la presentación de candidaturas. En consecuencia, en ese momento, la trabajadora no ostentaba “no ya la cualidad de representante de los trabajadores, sino la de candidata a representante legal, ni la empresa conoció su intención de presentarse hasta la presentación de la candidatura en aquella fecha”. Por lo expuesto y dadas las particularidades concurrentes, el Tribunal considera que en tal caso la opción le corresponde a la empresa.

C) Mandato representativo. Se extingue en los supuestos de cambio de adjudicataria

El supuesto enjuiciado por la STSJ de Aragón de 25 de abril de 2007, I.L. J 1416, se basa en los siguientes hechos: Las actoras prestaban servicios en la contrata de limpieza que la empresa tenía adjudicada en un centro sanitario. En las últimas elecciones sindicales, las trabajadoras resultaron elegidas como representantes del personal pero, como consecuencia de un cambio de adjudicataria, pasaron a formar parte de la plantilla de la nueva empresa en aplicación del artículo 31 del convenio colectivo de aplicación.

Así es, tal precepto imponía al nuevo adjudicatario del servicio subrogarse en la posición de empleador con respecto a aquellos trabajadores que acreditaran una antigüedad de cuatro meses. Pues bien, ¿en qué medida afecta el cambio de adjudicataria al mandato representativo? En tales supuestos, el Tribunal Supremo entiende que estamos ante una causa de extinción del mandato, en la medida en que el trabajador “perdió la representatividad de quienes le eligieron y para la que fue elegido, pues esa condición no es trans-

ferible ni puede ser impuesta a los trabajadores de una empresa que no fueron electores, ni a esta misma empresa” (STS de 28 de junio de 1990).

Lo que ocurre es que, en este caso, el propio convenio colectivo señalaba de forma expresa: “cuando se produzca un cambio de contrata, la nueva empresa reconocerá a la representación sindical hasta la terminación de su mandato” (artículo 31). Invocando tal precepto, el Secretario de acción sindical de la Federación de Servicios de UGT de Aragón se dirigió a la nueva adjudicataria del servicio de limpieza al objeto de informarle que las trabajadoras ostentaban la condición de representantes legales. Algunos meses después, las actoras comunicaron a la empresa su intención de disponer del crédito horario a fin de asistir a una reunión convocada por la central sindical. La empresa, sin embargo, les denegó el permiso solicitado, lo que provocó una demanda contra la empresa sobre tutela de derechos fundamentales.

La sentencia de instancia entendió que el precepto citado aludía tanto a los representantes de los trabajadores (miembros del comité de empresa y delegados de personal) como a los representantes sindicales (delegados sindicales). En consecuencia, estimó la demanda presentada por las trabajadoras, ordenando a la empresa el cese inmediato de su conducta. Dicha sentencia fue recurrida por la empresa ante el TSJ de Aragón, quien en su Sentencia de 25 de abril de 2007, I.L. J 1416, estimó el recurso de suplicación formulado con base en los siguientes argumentos:

En nuestro sistema de relaciones laborales existen dos tipos de representantes de los trabajadores en las empresas: de un lado, los representantes sindicales y, de otro, los representantes unitarios. El primero es un canal propiamente sindical, formado por las secciones sindicales y, en su caso, delegados sindicales. Las secciones sindicales se componen por los afiliados al sindicato en la empresa o en el centro de trabajo [artículo 8.1.a) LOLS] y los delegados sindicales se eligen de y entre los miembros de la sección sindical (artículo 10.1 LOLS). Los miembros de los comités de empresa y los delegados de personal se eligen, por el contrario, por todos los trabajadores de la empresa y de ahí que se les denomine representantes unitarios o electos. No cabe duda de que ambos canales de representación están conectados: En primer lugar, porque los sindicatos están expresamente legitimados para promover elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa (artículo 67.1 ET), así como para presentar candidatos a dichas elecciones [artículos 2.2.d) LOLS y artículo 69.3 ET]. En segundo lugar, porque la mayor representatividad sindical se hace depender de si el sindicato en cuestión supera o no determinados porcentajes de audiencia en las elecciones a órganos de representación unitaria. Las consideraciones anteriores explican que usualmente se hable de elecciones sindicales, cuando lo cierto es que a través de ellas se elige a los delegados de personal o a los miembros del comité de empresa.

No obstante, “nada de lo anterior conduce a eliminar por completo, y menos desde la perspectiva constitucional, las diferencias subsistentes entre los sindicatos, de un lado, y los comités de empresa y delegados de personal, de otro, pues no existe indefinición

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ni identidad constitucional entre aquéllos y éstos”. La norma fundamental constitucionaliza el sindicato (artículo 7 CE), sin hacer lo mismo con el comité de empresa o con los delegados de personal, que son creación de la ley, teniendo sólo una relación indirecta con el artículo 129.2 CE. Por tanto, la actividad desplegada por el representante unitario, en su condición de tal, se sitúa fuera del ámbito del derecho fundamental de libertad sindical.

Por otro lado, en varios artículos del convenio colectivo de aplicación, se habla de “representantes de los trabajadores”, en cuyo caso habría que entender que la norma convencional se refiere a unos y a otros: los representantes unitarios y los sindicales. Sin embargo, el artículo 31 cuando impone a la nueva adjudicataria del servicio la obligación de reconocer la condición de representante hasta la terminación del mandato, mantiene la expresión “representación sindical”, lo que pone de manifiesto –en opinión del Tribunal– que el derecho se reconoce única y exclusivamente a los representantes sindicales y no a los unitarios.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: Jurisdicción y competencia

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve en su STS de 12 de julio de 2007, I.L. J 1538, el recurso de casación planteado por la Entidad Pública Empresarial Ferrocarriles de vía estrecha (FEVE, en adelante), impugnando la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2006, en la que se declaró nula la convocatoria de plazas de ingreso a la citada empresa, por no respetar la prioridad de la promoción interna recogida en el Convenio Colectivo. El primer motivo alegado por la recurrente se sustenta en la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la cuestión, por tratarse de una decisión de un organismo público, y en consecuencia sometida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En segundo lugar, se argumenta la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo y la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido codemandados los trabajadores contratados en el proceso de selección impugnado, y por último, la infracción de diversos preceptos normativos que imponen, a su juicio, la obligación de realizar ofertas públicas para sus puestos de trabajo.

El Tribunal Supremo, reiterando su doctrina y con expresa referencia a la de la Sala de Conflictos, rechaza el primero de los motivos, pues aunque es cierto que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones sobre convocatorias de los organismos públicos, dicha norma encuentra excepción en el caso de las empresas mayoritariamente participadas por capital público, dado que la ley las somete al ordenamiento jurídico privado. Así, la convocatoria impugnada no constituye el fruto de una potestad administrativa, sino un mero acto de gestión empresarial, y susceptible en consecuencia de ser cuestionado por vía de conflicto colectivo.

En cuanto al segundo motivo, a pesar de ser inadmisibile por tratarse de una cuestión nueva y no ser la casación sede adecuada para su alegación (argumento que sirve igualmente

al Tribunal para rechazar la última de las razones de la parte recurrente), es también rechazado por el Tribunal, reiterando los dos elementos objetivo y subjetivo cuya concurrencia permite calificar un conflicto como colectivo [ver *infra* 3.B)].

En materia de competencia objetiva, la **STS de 20 de septiembre de 2007**, I.L. J 1682, analiza si en la determinación del órgano jurisdiccional al que corresponde el conocimiento de un procedimiento por conflicto colectivo debe tomar en consideración el ámbito al que se circunscribe dicho conflicto o si por el contrario ha de valorarse el territorio en que desenvuelven sus efectos las normas o pactos que motivan éste.

En el caso analizado se impugna una decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo en la empresa FCC, en cuanto que modificó la duración de la jornada a las trabajadoras que prestaban sus servicios como limpiadoras en virtud de una contrata mercantil de limpieza con Caixa Tarragona en diversos centros de la provincia de Tarragona. Se señala que la causa de dicha alteración se fundamenta en las nuevas condiciones que la entidad financiera estableció en la renovación de la contrata, que desplegaban sus efectos en la totalidad de sus centros de trabajo, algunos en otras comunidades autónomas.

El Tribunal Supremo reitera el criterio de que lo relevante es el alcance territorial de los efectos del conflicto planteado en el proceso concreto, sin atender a aspectos meramente formales. De este modo, aunque la modificación de las condiciones de la contrata afectara a centros de trabajo ubicados en diversas comunidades autónomas, al no haberse acreditado en el proceso que existan trabajadores fuera del territorio de Cataluña que atravesasen la misma problemática, la atribución de la competencia al TSJ es ajustada a la legalidad.

La misma Sentencia, en otro orden de cosas, recuerda que el hecho de haberse adoptado la decisión empresarial mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores no convierte a éstos en litisconsortes pasivos necesarios, sino que esta participación en el proceso tiene un carácter puramente voluntario.

En el mismo sentido que la anterior, la **STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2007**, I.L. J 1324, valora si es correcta la atribución de competencia al Juzgado de lo Social de Barcelona para conocer de un Conflicto planteado frente a la “Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament” sobre la aplicabilidad del VI Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Generalitat de Cataluña, dado que aquella agencia tiene competencia, en cuanto que órgano central, en todo el territorio de Cataluña. La sentencia, valorando el hecho de que los trabajadores de dicha agencia autonómica se encuentran exclusivamente en la ciudad de Barcelona, considera por ello conforme a derecho el conocimiento del asunto por el órgano antes señalado. Resulta relevante destacar que debe diferenciarse a estos efectos la normativa de ámbito administrativo relativa al territorio sobre el que un órgano desempeña sus funciones de la de ámbito estrictamente procesal-laboral, que en todo caso se rige por lo dispuesto en su ley procedimental.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

B) El proceso de conflicto colectivo: Objeto

La STS de 21 de junio de 2007, I.L. J 1388, conoce del recurso de casación planteado por la empresa ARRIVA NOROESTE, SL frente a la Sentencia del TSJ de Galicia que le obligaba establecer cuadros de personal que respetaran el artículo 16 del convenio colectivo sectorial provincial (Transporte de viajeros de A Coruña), que establece una duración máxima de jornada de trabajo de 12 horas y un descanso entre jornadas de al menos 12 horas, salvo acuerdo con los representantes de los trabajadores. Junto a ciertas excepciones de carácter procesal y alegaciones en cuanto a la valoración de la prueba que no resulta aquí de interés reproducir, el primero de los motivos esgrimidos por la recurrente es la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, pues entiende que en su caso se tratará de un procedimiento plural, pero limitado a trabajadores concretos y determinados.

El Tribunal desestima este motivo, por cuanto que es jurisprudencia reiterada que la caracterización de un conflicto colectivo viene determinada por dos requisitos: 1) la afectación de un grupo genérico de trabajadores (elemento subjetivo), entendiéndose por tal “no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad” y 2) la concurrencia de un interés general, de carácter indivisible correspondiente al grupo en su conjunto, no susceptible como tal de división o fraccionamiento entre sus integrantes. A mayor abundamiento, recuerda el Tribunal que, como ya afirmó en su Sentencia de 1 de junio de 1992, “el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores”.

4. HUELGA

A) Derecho de huelga y mercado común

El principio de competencia libre y no falseada, elevado a base constitucional del ordenamiento jurídico comunitario en el Título VI del TCE que desarrolla las normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación a las legislaciones nacionales, trata de asegurar la existencia de un mercado común de libre intercambio de bienes, servicios y personas. La STJCE de 11 de diciembre de 2007, caso *Viking*, ha tenido ocasión de refrendar la primacía de este principio frente a cualquier actuación, estatal, empresarial o sindical, que pueda hacer menos rentable la circulación de las empresas en el mercado interno.

El litigio objeto de la sentencia surge cuando una naviera finlandesa decide enarbolar un buque de su propiedad en Estonia, con el propósito de ajustar las condiciones de trabajo a las de este país, argumentando dicha decisión en las pérdidas derivadas de la competencia directa de los buques de aquel país. Ante esta situación, el sindicato finlandés de marinos –FSU– remitió una petición a la Federación Internacional de Sindicatos de Trabajadores de Transporte –ITF–. En ella, se instaba a todos los sindicatos afiliados a que no negociaran

con Viking, aplicando su política relativa a los pabellones de conveniencia, cuyo objetivo esencial es eliminar el *dumping* social y garantizar la protección de los trabajadores y la mejora de las condiciones de trabajo. El FSU también amenazó a Viking con la convocatoria de una huelga y la empresa se aquietó entonces a las condiciones exigidas por el sindicato para firmar un convenio colectivo, comprometiéndose inicialmente a que el cambio de pabellón no supusiese ningún despido.

Un año después, sin embargo, la empresa presentó una demanda ante un tribunal inglés (ya que ITF tiene su sede en Londres), para que se declarase que la medida impulsada por la ITF y el sindicato finlandés era contraria a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 43 TCE. En base a lo anterior, la empresa solicitó la retirada de la circular que prohibía negociar con ella y, por otra parte, que el sindicato finlandés no obstaculizase la libertad de establecimiento de Viking.

Se planteó entonces una cuestión prejudicial al TJCE para determinar si es contraria al principio de libertad de establecimiento una medida de conflicto contra una empresa con el fin de conseguir que se celebre un convenio colectivo, cuyo contenido puede dificultar el ejercicio de la libertad de establecimiento. Y aunque el TJCE reconoce el derecho de huelga “como Derecho Fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”, admite que su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones. Entre las posibles limitaciones a este derecho está el de la libertad de establecimiento que constituye, en palabras del TJCE, “uno de los principios fundamentales de la Comunidad” y considera que “una medida de conflicto colectivo como la proyectada por el FSU tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil, el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento”.

Por tanto, a pesar de que el TJCE admite en esta Sentencia que el derecho de huelga constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las Libertades Fundamentales, lo cierto es que este pronunciamiento limita considerablemente la acción sindical al afirmar que la restricción a la libertad de establecimiento sólo podrá justificarse por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, pero en tales casos ha de comprobarse que estas medidas “son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograrlo”.

B) Efectos de la huelga: el descuento salarial

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 1 de marzo de 2007, I.L. J 1264, confirma la vulneración del derecho a la igualdad, apreciada en la instancia, en el caso de diferente trato en materia de deducción de salarios correspondientes a las jornadas de huelga para colectivos diversos que ejercieron tal derecho.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En particular, el TSJ analiza los efectos que puede tener en la retribución salarial de los trabajadores para el caso de sendas huelgas convocadas en jornadas coincidentes y con reivindicaciones parcialmente similares por los correspondientes comités de empresa, de los integrantes del Personal de Administración y Servicios (PAS) y el Personal Docente e Investigador (PDI) de la Universidad de Burgos.

El citado centro educativo descontó del salario a los primeros la parte correspondiente a los días de huelga, mientras que para el PDI no se llevó a cabo reducción alguna. Estos hechos son calificados, tanto por la demandante como por el juzgado de lo social, como contrarios a la igualdad, pues ante iguales circunstancias igual debe ser la consecuencia jurídica. En oposición a la pretensión, la Universidad justifica su diferenciación en el hecho objetivo de tratarse de dos huelgas distintas, convocadas por diferentes comités de empresa, habiéndose realizado control de seguimiento de la huelga mediante hojas de firmas únicamente al PAS.

El TSJ, en la misma línea interpretativa de la STS de 30 de enero de 1997, Sala Cuarta, rechaza esta interpretación formal de los colectivos y entiende que en el momento en el que la Universidad toma la determinación de hacer valer su derecho a descontar la parte proporcional del salario correspondiente a las jornadas de huelga, viene obligada a hacerlo con todos sus empleados. El hecho de no haber llevado el control sobre el ejercicio del derecho de huelga para el colectivo de PDI no altera este efecto, pues la carga de esta fiscalización es necesariamente del empleador. De este modo, al no haberse realizado a todos los empleados el control, la Universidad viene obligada a renunciar a la práctica de descuento salarial alguno a la integridad de la plantilla, con independencia del colectivo al que pertenecieran: la suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio de la huelga afectó por igual a unos y a otros, en los mismos días y por motivos sustancialmente semejantes, por lo que resultaría arbitrario dar un tratamiento salarial distinto a unos y otros.

JESÚS R. MERCADER UGUINA (coordinador)

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

PATRICIA NIETO ROJAS

JOSE DELGADO RUIZ

AMANDA MORENO SOLANA

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Legitimación para negociar. 2. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 3. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Todas las sentencias reseñadas, reproducidas en los números 9 a 12, ambos incluidos, de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, 2007, de Lex Nova, abordan cuestiones sobre las que ya existe un abundante número de decisiones judiciales, cuyos criterios se siguen a la hora de resolver aquéllas.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Inexistencia. Carga de la prueba. Corresponde a quien impugna el convenio colectivo por apreciar falta de legitimación de alguno de los sujetos negociadores la prueba de tal circunstancia. Lo recuerda la STSJ de Navarra de 24 de mayo de 2007, I.L. J 1760:

Admitida la legitimación de las asociaciones empresariales codemandadas por su interlocutor social, “la situación creada con el reconocimiento recíproco de representatividad al constituirse la mesa de negociación debe tomarse como presunción favorable” a aquella legitimación,

“que no ha resultado desvirtuada por la actividad probatoria de los demandantes (...). Por otra parte, la intervención de la autoridad laboral, a quien corresponde el control mediato o indirecto sobre la legalidad de los convenios, y que ha debido comprobar que se cumplen las condiciones previas de representatividad y legitimación (artículo 90.5), les dota igualmente de una apariencia de validez sólo desvirtuable mediante prueba plena que incumbe a quien lo impugna.

(...) En el presente procedimiento, acreditada social y administrativamente la legitimación y representación de las asociaciones empresariales demandadas, no se prueba por

los demandantes, ni siquiera es verosímil, la carencia de ninguno de los presupuestos o requisitos de la representación que permita romper la presunción legal”.

2. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

No cuestionan la validez del convenio colectivo las pretensiones que persiguen la aplicación o una determinada interpretación de éste. Por lo tanto, no cabe admitir que tales pretensiones deban conocerse a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos. “A diferencia de esas pretensiones, la acción impugnatoria se dirige directamente contra la validez del convenio colectivo por entender que éste no se ajusta al conjunto del ordenamiento jurídico que ha de respetar y, por ello, se pretende (su) (...) declaración de nulidad” [STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de marzo de 2007, I.L. J 1399].

3. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la evolución legislativa y jurisprudencial en esta materia y, en particular, sobre la posibilidad de que la comisión paritaria asuma una interpretación del convenio colectivo vinculante para sus partes, STSJ de Navarra de 30 de enero de 2007, I.L. J 1256.

La obligatoriedad de someter al conocimiento de la comisión paritaria los conflictos derivados de la aplicación e interpretación del convenio requiere que éste contenga una previsión en tal sentido. La falta de ese sometimiento no constituye defecto procesal alguno cuando “el propio convenio no ha regulado la intervención obligatoria previa de la comisión paritaria” (STS de 21 de junio de 2007, I.L. J 1388).

B) Por los Tribunales laborales

Criterios de interpretación. Sobre la necesidad de tomar en consideración tanto las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos y la especial importancia de la interpretación sistemática, STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de marzo de 2007, I.L. J 1399:

“La interpretación de los convenios colectivos, dada la naturaleza dual, contractual y normativa, de los mismos, híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley, pone de manifiesto el doble camino que ha de seguir (...); pues, de un lado, se han de aplicar las normas que regulan la interpretación de las leyes (...) y, por otro, las reglas propias de la interpretación de los contratos (...).

Por ello, la interpretación de los convenios colectivos no debe acometerse únicamente por la vía del artículo 3 del CC, sino también (sic), dada la doble naturaleza del convenio,

VIII. Negociación Colectiva

tomando como pautas las reglas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del CC; así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones (...).

Las reglas básicas de interpretación literal y sistemática son similares para la ley y para el contrato; aquélla ha de ser interpretada 'según el sentido literal de sus palabras' (artículo 3.1 del CC), como en éste ha de estarse 'al sentido literal de sus cláusulas' si éste es claro en cuanto a la intención de los contratantes (artículo 1281 CC); y el precepto legal, como las cláusulas contractuales, deben interpretarse 'en relación con el contexto', el primero, y 'las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas', las segundas (artículo 1285 CC).

Entendemos que es semejante la labor interpretativa que se desarrolla y se aplica a la ley y al contrato, pues pronto se descubre una nota común en ambos casos. En los dos se trata de indagar el sentido que en derecho corresponde a una voluntad declarada; ahora bien, las diferencias son fácilmente apreciables; en la interpretación de la ley se intenta despejar las dudas y aclarar ambigüedades mediante una indagación puramente objetiva, en tanto que para interpretar el contrato es necesario desarrollar una labor mucho más compleja, pues, además de aquella indagación, ha de buscarse la concreta intención de las partes, esto es, se opera en la doble vertiente objetiva y subjetiva.

(...) la interpretación sistemática tiene importancia especial, al ser el convenio, como (se) dice, 'un todo orgánico e indivisible', cuyas partes forman 'un entramado unitario'. Y siguiendo esta línea también se ha dicho que 'la interpretación sistemática, global o de conjunto, es un factor de particular relevancia en la investigación (sic) del convenio colectivo, más acentuada que en la interpretación del contrato. Entre otras particularidades, el convenio colectivo ofrece la de ser un bloque inescindible; no se compone de una serie de cláusulas o artículos, desconectados entre sí en una composición inorgánica de elementos escindidos, sino que forma un conjunto coherente y orgánico que debe ser interpretado y aplicado en conjunto. Por eso hay que valorar cada una de las cláusulas del pacto colectivo en el contexto de todo el convenio; es lo que la jurisprudencia ha venido a denominar el 'canon hermenéutico de la totalidad'."

General primacía de la interpretación realizada por el juzgador de instancia. Su criterio debe prevalecer, por más objetivo, sobre el del recurrente, salvo que la interpretación a que hubiesen llegado no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. Tal primacía 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. Así, con cita de sentencias del Tribunal Supremo que sientan la doctrina expuesta, STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2007, I.L. J 1632.

JAVIER GÁRATE

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. B) Recargo de prestaciones. C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil. D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria.

9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales.

14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.

1. FUENTES

Según la STJCE de 11 de septiembre de 2007, I.L. J 1615, una prestación no contributiva, de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento 1408/71, de 14 de junio, como la prestación regulada en la Ley de asistencia a la discapacidad alemana en favor de jóvenes que era objeto del litigio, ha de entenderse de manera que las personas que se encuentran en la situación del demandante sólo pueden regirse por la regla del artículo 10 bis del Reglamento y el abono de la prestación puede condicionarse a la residencia, siempre entendiéndose que la aplicación de dicha legislación debe hacerse en los términos estrictamente necesarios con respecto al objetivo de la ley nacional.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La STS de 14 de junio de 2007, I.L. J 1368, vuelve a reiterar la doctrina mantenida desde la STS de 26 de septiembre de 2000, respecto al cálculo de la pensión de los trabajadores de la ONCE, conforme a su encuadramiento en el Régimen General. A tenor de ello, la

base reguladora de las pensiones de los vendedores de cupones de la ONCE debe hacerse conforme a la que correspondiere de haber sido encuadrados desde el principio en el Régimen General de la Seguridad Social.

4. GESTIÓN

Gestión de las MATEPSS del subsidio de incapacidad temporal por causas comunes. En caso de incomparecencia injustificada del trabajador al reconocimiento médico fijado por la MATEPSS, esta entidad puede extinguir el subsidio. Las dos **SSTS de 28 de junio de 2007**, I.L. J 1392 y **de 12 de julio de 2007**, I.L. J 1506, tratan del alcance de las facultades de las MATEPSS cuando asumen la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por causas comunes y, en concreto, si pueden declarar extinguida la prestación cuando el asegurado citado a reconocimiento médico no comparezca ni justifique su ausencia. Según ambos pronunciamientos, existe apoyo legal a esta facultad que se contempla en el artículo 131 bis.1 LGSS cuando dispone que el derecho a subsidio se extingue por incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos señalados por el INSS o de la MUTUA. Este precepto determina las facultades de gestión de la Mutua, incluyendo como causa legal de la extinción de la prestación con carácter automático la no comparecencia del trabajador al reconocimiento médico fijado por ésta. Ello sin perjuicio de que la conducta del trabajador constituya una falta tipificada en la Ley de Infracción y Sanciones del Orden Social (artículo 47). Se observa que ninguna de las dos sentencias contempla excepciones a la presunción legal de que la no comparecencia del trabajador a la cita de reconocimiento médico equivale a la simulación de una enfermedad. En base al carácter tan gravoso de la sanción debe preverse, a nuestro juicio, excepciones que impidan su aplicación automática en todo caso teniendo en cuenta especialmente el principio de proporcionalidad de la sanción. Por lo demás, estos pronunciamientos coinciden con su doctrina ya asentada, entre otras, por las recientes Sentencias de 7 de marzo de 2007 y de 15 de marzo de 2007.

Ingreso del capital-coste por parte de la MATEPSS en concepto de una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Reclamación a la empresa incumplidora y subsidiariamente al INSS del capital-coste de la pensión más los intereses de capitalización. En el caso planteado por la **STS de 11 de julio de 2007**, I.L. J 1531, la Mutua recurrente adelantó el pago al trabajador de la prestación de incapacidad permanente total por accidente de trabajo al no haber sido dado de alta aquél por la empresa en el momento que ocurrió la contingencia.

La Mutua pretende que la acción de reintegro frente a la empresa y al INSS —en tanto responsables principal y subsidiario respectivamente del pago de la prestación— comprenda también los intereses de capitalización que ésta tuvo que abonar a la Tesorería General de la Seguridad Social. En esta sentencia el Tribunal Supremo examina el alcance del derecho a subrogación en los derechos y obligaciones del beneficiario que detenta la Mutua tal como prevé el artículo 126.3 LGSS una vez adelantado el pago de la prestación. Para

IX. Seguridad Social

su determinación el Tribunal Supremo interpreta los artículos 89 y 90 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, que regulaba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social y que era la normativa aplicable en el momento en que la Mutua adelantó el pago, la cual ha sido sustituida en la actualidad por el RD 1415/2004 que contiene previsiones similares sobre la materia. Así el artículo 89.2 del Reglamento de 1995 menciona como partidas económicas que integran la constitución del capital-coste de una pensión tanto “el valor actual del capital coste de las pensiones” como también “los intereses de capitalización hasta el día en que se efectúe el ingreso”. En base a ello, el Tribunal Supremo entiende que “el abono de estos intereses forma parte necesaria e ineludible del contenido de esta obligación de constituir el capital-coste de renta”. Y ello es así porque el abono de intereses se presenta en todos los casos en que se efectúa la capitalización pues meritan necesariamente durante el tiempo que transcurre entre la fecha inicial de efectos económicos de la prestación y la fecha de ingreso de ese capital-coste.

En apoyo de esta interpretación, el artículo 90.1 del Reglamento de 1995 fijaba un plazo reglamentario de quince días para ingresar el capital-coste de la prestación una vez la Tesorería General de la Seguridad Social le hubiese notificado su importe mediante la correspondiente reclamación de la deuda. Por tanto, los intereses derivados de capitalización no tienen carácter moratorio pues se devengan aunque la Mutua haya ingresado la indemnización dentro del plazo previsto.

De esta interpretación conjunta el Tribunal Supremo concluye que los “intereses de capitalización” forman parte de los conceptos económicos que integran el capital-coste de renta de manera que la Mutua tiene derecho a que éstos se comprendan en el reintegro que ha de recibir de la entidad o empresa responsable.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Determinación de la base reguladora de las prestaciones de viudedad y orfandad. Sistema de retribución por empresa de transportes en proporción al kilometraje realizado. Los excesos de los importes previstos en concepto de dietas en el Convenio Colectivo deben considerarse complemento salarial por razón de cantidad y calidad de trabajo. En el supuesto planteado en la STSJ de Navarra de 22 de mayo de 2007, I.L. J 1761, la cuestión litigiosa consiste en determinar el alcance de las cantidades retribuidas en concepto de dietas por una empresa de transportes a efectos de calcular la base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de accidente de trabajo. Según los hechos probados, los trabajadores habían negociado con la empresa simplificar el sistema de compensación por gastos y suplidos ocasionados por los transportes de manera que no fuese necesario acreditar la justificación documental de estas incidencias. Con tal motivo

se instauró un nuevo sistema de retribución que fijaba el pago de las cantidades en proporción a los kilómetros efectuados. Así, el gasto correspondiente a los 6.500 km quedaba subsumido en el importe de las dietas fijadas por Convenio Colectivo. Los restantes kilómetros mensuales efectuados adicionales a la cifra señalada se retribuían a seis céntimos de euro por kilómetro. Dichos importes no fueron considerados salarios sino un reintegro por los gastos ocasionados por razón de trabajo. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra desestima la pretensión de la empresa de calificar tales cantidades como dietas al no superar los topes previstos en la legislación tributaria ya que el término de referencia a considerar ha de ser el previsto en el Convenio Colectivo. La sentencia parte de la premisa que en tanto norma con carácter impositivo no es posible sustituir el sistema de dietas previsto en Convenio Colectivo si éste no lo permite y que los gastos ocasionados por comidas y alojamientos deben compensarse según los importes y las condiciones previstas en el Convenio Colectivo. Conforme a la presunción legal de salario prevista en artículo 26 ET el Tribunal Supremo entiende que son salarios los excesos de los importes previstos en el Convenio Colectivo. Y más concretamente merece la calificación de salario el sistema de abono por kilómetros realizados a partir de los 6.500 km ya que se tratan en realidad de incentivos por cantidad y calidad en el trabajo para fomentar el rápido cumplimiento de los transportes encomendados.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

En la STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2007, I.L. J 1312, se considera accidente de trabajo el aneurisma de aorta con resultado de muerte, ya que los primeros síntomas tuvieron lugar dentro de la jornada laboral del trabajador. Así pues, el malestar que sintió el día 20 de marzo de 2000 y que le hizo abandonar el puesto de trabajo, es lo suficientemente importante para permitir incardinar el supuesto entre los comprendidos en el artículo 115.3 LGSS, presumiendo que se produjo la situación desencadenante de la rotura de la aorta que le produjo la muerte.

B) Recargo de prestaciones

Respecto a la determinación del empresario infractor por la falta de medidas de seguridad, la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2007, I.L. J 1330, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, que ha estimado la existencia de responsabilidad solidaria de la empresa principal, junto con la contratista, en el recargo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de falta de medidas de seguridad. La imputación de responsabilidad solidaria

deriva de los artículos 42.2 y 24.3 de la LPRL, y en el artículo 11.2 del RD 1627/1997, en la cual se imputa el carácter de “empresario infractor” y, por tanto, responsable solidario al empresario principal respecto de los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos efectuada por los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata siempre que concurren dos elementos: a) que la infracción se haya producido en el centro del empresario principal y b) que los servicios u obras contratados o subcontratados correspondan a la propia actividad. Otro supuesto de responsabilidad solidaria entre contratista y subcontratista es analizado por la **STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2007**, I.L. J 1460. En este caso, se trata de *culpa in vigilando* por el uso de los ascensores, que no estaban definitivamente terminados y sin autorización administrativa.

En la **STSJ de Asturias de 26 de enero de 2007**, I.L. J 1442, se concluye que la falta de concentración del trabajador —que se manifiesta en las distracciones o imprudencia no temeraria que pudiese cometer—, no afecta al porcentaje del recargo de prestaciones (en el supuesto analizado, un 40%), dado que la empresa cometió una infracción calificada como falta grave con propuesta de sanción en su grado medio. Tal como se señala en la sentencia, si hubiese sido colocada la rejilla de protección en la boca de impulsión —cuyo montaje es preceptivo en los casos de aspiración libre e impulsión entubada—, el accidente nunca se habría llegado a producir.

El recargo debe cubrir todo daño o lesión causada al trabajador. En el caso de la **STSJ de Cantabria de 18 de abril de 2007**, I.L. J 1455, nos encontramos ante un accidente de trabajo mientras el trabajador prestaba sus servicios en la empresa, con resultado de atrapamiento de la pierna derecha. Tras la intervención quirúrgica para amputarle la pierna, se le practicaron varias transfusiones de sangre, en una de las cuales contrajo el virus VHC de la hepatitis C, ocasionándole el fallecimiento posterior. Al no haber desvirtuado la empresa recurrente la presunción de que el contagio del virus fuese por otra causa distinta a la transfusión sanguínea, ha de admitirse que el VHC fue causado por la defectuosa asistencia sanitaria recibida y, por tanto, dicho daño ha de ser cubierto por el recargo de prestaciones.

La **STS de 12 de julio de 2007**, I.L. J 1505, confirma la doctrina jurisprudencial según la cual el recargo de prestaciones procede incluso en el supuesto de imprudencia no temeraria del trabajador, ya que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Por ello, deben adoptarse las medidas de seguridad que sean necesarias, cualquiera que ellas sean.

Sobre el expediente administrativo en relación al recargo de prestaciones, las **SSTS de 27 de junio de 2007**, I.L. J 1573 y 1574, reiteran la doctrina judicial, según la cual, al tratarse de un expediente administrativo en materia de prestaciones, se le ha de aplicar las normas reguladoras previstas en la LGSS para éstos, que no contemplan la caducidad de los expedientes administrativos de concesión de prestaciones iniciadas de oficio, como es el supuesto estudiado. De ahí que la falta de expresa resolución en el reiterado plazo de 135 días, tan sólo ha de habilitar el inicio de la vía judicial, tras la interposición de la previa y preceptiva reclamación previa, sin que ello pueda sin más privar de eficacia la Resolución administrativa tardía declarativa del recargo de prestaciones, congruentemente

con el artículo 44 de la Ley 30/1992. También se analizan supuestos análogos en la STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2007, I.L. J 1319 y la STSJ de Asturias de 16 de febrero de 2007, I.L. J 1304.

Sin embargo, la STS de 26 de septiembre de 2007, I.L. J 1672, señala que, concebido el recargo como indemnización, el supuesto objeto de litigio encaja en el artículo 44.1 LPAC, y para tal caso la norma contempla la exclusiva consecuencia de que los interesados “podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio negativo”, lo que también se prevé en el artículo 14.3 de la OM de 18 de enero de 1996, que regula el procedimiento para reconocer las prestaciones por IP y la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad.

C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil

La indemnización por daños y perjuicios ha de ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios. En este sentido, las importantes SSTS de 17 de julio de 2007, I.L. J 1737 y 1741, han señalado que ha de realizarse una “valoración vertebrada” que permita diferenciar: 1º) la tasación del daño biológico y fisiológico –esto es, el daño inferido a la integridad física–; 2º) las consecuencias personales que el accidente conlleva –daño moral–; 3º) el daño patrimonial separando por un lado el daño emergente –los gastos soportados por causa del hecho dañoso– y, por otro, los derivados del lucro cesante –la pérdida de ingresos y de expectativas–. A falta de un sistema de valoración de daños, se ha venido señalando por el Tribunal Supremo que se puede optar por cualquiera que esté suficientemente fundamentado, siendo un criterio posible el sistema técnico para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Aunque para la jurisprudencia no había sido en absoluto obligatorio utilizar dicho baremo, a partir de las sentencias citadas hay una opción clara por la aplicación del baremo para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación que hoy se contiene, como Anexo, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Esta opción se justifica en el hecho de que su utilización comporta las siguientes ventajas: la seguridad jurídica, la asunción de un criterio unitario en la fijación de la indemnización, la agilización de los trámites y la respuesta objetiva a los daños morales.

D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria

En la STSJ de Madrid de 30 de abril de 2007, I.L. J 1646, se analiza un supuesto en el que la dinámica del siniestro es de exclusiva imputabilidad al trabajador, por lo que fue consecuencia de la imprudencia profesional de éste, y concluye que “la obligación de vigilancia de la empresa no comprende cada acto concreto productivo, pues entonces sobraría la instrucción y la formación previa”. Un caso en el que se rebaja el porcentaje del recargo, como consecuencia del principio de compensación de culpas, se puede ver en la STSJ del País Vasco de 17 de abril de 2007, I.L. J 1784.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La STSJ de Asturias de 20 de abril 2007, I.L. J 1314, entiende que no estamos ante un supuesto de “urgencia vital” en aquellos casos en los que la actora, en tratamiento en la Sanidad Pública, se desplaza a un centro privado muy alejado de su localidad de residencia a fin de recabar una segunda opinión sobre el plan terapéutico propuesto en el hospital público, sometiéndose voluntariamente en el centro privado a la solución que allí ofrece, que está a su alcance en la sanidad pública. Por el contrario, en la STS de 4 de julio de 2007, I.L. J 1427, ante un supuesto de desprendimiento de retina, entiende que sí se asiste a un supuesto de urgencia vital, procediendo el reingreso de gastos médicos, cuando se realiza una intervención quirúrgica en centro concertado con el servicio público de salud para eliminar las listas de espera.

Finalmente, la STSJ de Castilla y León de 16 de mayo de 2007, I.L. J 1719, ante un supuesto de falta de consentimiento para practicar una transfusión en caso de ser necesaria, considera que no procede el reintegro de gastos médicos, pues es la falta de garantía de que en ningún caso se realizará una transfusión de sangre y no una negativa al tratamiento es lo que determina al paciente a dirigirse libremente a otro centro sanitario privado y, por consiguiente, no puede estimarse que haya existido una negativa del centro sanitario a prestar la asistencia sanitaria a la que estaba obligado y la causa de los gastos en los que el recurrente incurrió, por lo que el citado reintegro no procede.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En la STSJ de Asturias de 20 de abril de 2007, I.L. J 1313, se determina que ante un supuesto de incapacidad temporal por contingencias comunes aseguradas en una MATEP, esta última es la responsable del pago del subsidio durante el período que transcurra desde el agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal, con alta con propuesta de incapacidad permanente, hasta la declaración de esta.

La STS de 20 de julio de 2007, I.L. J 1431, ante un supuesto de incapacidad temporal, declara la responsabilidad del Servicio Público de Salud al pago de los gastos sanitarios por contingencia común a la MATEP, que los abonó previamente como derivados de accidente de trabajo. El mismo Tribunal en STS de 19 de julio de 2007, I.L. J 1469, determina ante un supuesto de incapacidad temporal, iniciado el período de vacaciones pagadas, pero extinguida la relación laboral, que la cuantía del subsidio debe ser igual a la de la prestación de desempleo desde la fecha de finalización de las vacaciones. Igualmente y para el supuesto de extinción de la relación laboral durante el período de incapacidad temporal, la STS de 26 de junio de 2007, I.L. J 1471, determina que es la MATEP quien

sigue siendo responsable del abono del subsidio, por ser la aseguradora en el momento de actualización del riesgo asegurado.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La STS de 19 de junio de 2007, I.L. J 1563, establece una novedosa doctrina en relación a la gestión de las situaciones de Incapacidad Temporal en el RETA. El caso examinado es el de una trabajadora autónoma que solicita la prestación por IT una vez ya extinguida ésta por el transcurso del plazo máximo de duración, sin que durante el transcurso de la situación de incapacidad aportara documento alguno a la Mutua gestora: ni los partes de baja y confirmación, ni la declaración acerca de la continuidad de la actividad. El punto de partida es la doctrina acerca de la oficialidad de tal prestación expresada en numerosas SSTS que se citan que consideran que a las situaciones de Incapacidad Temporal tardíamente acreditadas debe aplicarse el artículo 44.2 LGSS acerca de la caducidad cuando el beneficiario hubiera dejado transcurrir más de un año sin reclamar una mensualidad reconocida, pero no es aplicable el artículo 43 LGSS acerca de la prescripción quinquenal con retroactividad máxima de tres meses. Sin embargo, en esta ocasión el Tribunal Supremo examina la alegación de que si se solicita la prestación una vez extinguida la situación de incapacidad se ve la Mutua imposibilitada para ejercer todo acto de control y considera el Tribunal que la jurisprudencia anteriormente establecida o hacía referencia al Régimen General en el que no descansan sobre el trabajador las obligaciones documentales de la situación de incapacidad, o bien se trataba de situaciones que aunque residenciadas en el RETA no habían provocado duda alguna acerca de la situación de incapacidad, o bien se había apreciado causa justa para incumplir las obligaciones documentales establecidas en la Orden de 19 de junio de 1997.

Seguidamente constata el Tribunal Supremo que las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones documentales establecidas en la citada orden de 19 de junio de 1997 no se hallan claramente establecidas en la normativa legal; sin embargo no le cabe duda alguna al Tribunal de que “se trata del incumplimiento por el interesado de una obligación que impide el control de la prestación con todos los efectos que ello supone respecto de la apertura a situaciones de fraude”, por consiguiente, habrá de estimarse aplicable a los trabajadores autónomos que se hallen en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común el artículo 43.1 LGSS en cuanto dispone una prescripción quinquenal del derecho sin perjuicio “de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”

IX. Seguridad Social

por tanto –y como se afirma en el Fundamento de Derecho Tercero.2 de la sentencia re-
señada– modificando en tal sentido [para los afiliados al RETA] la doctrina que hasta el
momento presente se había mantenido en esta misma materia.

A partir del día 1 de enero de 2004 los trabajadores afiliados al RETA que hayan mejorado
voluntariamente el ámbito de la acción protectora de dicho régimen suscribiendo las
posibilidades que les brinda el Real Decreto 1273/2003, tienen la posibilidad de causar
las prestaciones correspondientes a la situación de incapacidad permanente parcial; pero
ello exclusivamente en cuanto a las causadas por contingencias profesionales. En la **STS
de 19 de septiembre de 2007**, I.L. J 1750, se analiza el recurso de quien pretendía una
prestación por incapacidad permanente parcial pero derivada de contingencias comunes,
a lo cual el Tribunal opone la literalidad del Real Decreto mencionado, y las precedentes
resoluciones jurisprudenciales, con cita de la STS de 15 de febrero de 2005, I.L. J 192,
señalando asimismo que resultaría irrelevante que el accidente de tráfico sufrido hubiera
acaecido en el trayecto al lugar de trabajo dado que en el Real Decreto 1273/2003 se
especifica que los accidentes acaecidos en tales desplazamientos no tendrán la considera-
ción de accidentes de trabajo en el RETA; finalmente el Tribunal recuerda que la división
en grados que se indica en el artículo 137 LGSS no es de aplicación al RETA por cuanto se
trata de un precepto que no se halla incluido en la Disposición Adicional Octava.1 LGSS
entre aquellos que son de aplicación a todos los regímenes del sistema.

En la **STSJ de Murcia de 19 de febrero de 2007**, I.L. J 1776, se analiza la situación de
una persona que regenta de forma intermitente un establecimiento, procediendo a las
respectivas altas y bajas en el RETA. La Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto
84/1996 permite que las solicitudes de alta puedan cursarse en el plazo de 30 días pos-
teriores al inicio de la actividad, excepcionando así el principio general expresado en el
artículo 30.3 de dicha norma de que las altas deben formalizarse con anterioridad al ini-
cio de la actividad; amparándose en tales normas, la interesada solicitó una prestación por
Incapacidad Temporal, alegando como cumplido el requisito de hallarse en alta en base a
la solicitud de alta cursada con posterioridad a la baja médica, aunque con efectos desde
el día primero del mes. La sentencia argumenta que sería contrario al principio general
del aseguramiento de contingencias que fuera admisible la supresión de la incertidumbre
del riesgo, lo que sucedería si se admitiera la decisión de solicitar el alta con fecha pos-
terior a la actualización de la contingencia. Para ello recuerda dos elementos jurídicos:
que la cobertura de la contingencia por Incapacidad Temporal era voluntaria (lo cual,
dicho sea de paso, no es necesariamente relevante, ya que de ser obligatoria la cobertura
se hubiera producido la misma situación de certidumbre en el riesgo), y que el alta en el
RETA no puede ser de naturaleza distinta en este aspecto a la del Régimen General, en el
que no cabe el alta de un trabajador que no se encuentre trabajando o en condiciones de
hacerlo; y para ello, recuerda que el artículo 35.3 del Reglamento citado equipara el ré-
gimen jurídico de la Incapacidad Temporal en el RETA a lo dispuesto para los trabajadores
encuadrados en el Régimen General.

En la **STSJ del País Vasco de 3 de abril de 2007**, I.L. J 1781, analiza un supuesto en el
que se solicita que las prestaciones causadas lo sean como derivadas de un accidente de
trabajo, concretamente por ser la causa un infarto de miocardio sufrido por un conductor

de camión afiliado al RETA. Con abundancia de citas jurisprudenciales, el Tribunal viene a argumentar que en el RETA no existe la presunción de que los siniestros sucedidos en el tiempo y lugar de trabajo constituyen un accidente de trabajo, por lo que deberá probarse que existe un accidente (con acción súbita, no lenta, de una causa exterior) y que las lesiones corporales derivan de aquella causa relacionada con la actividad laboral; y –como en el caso de autos– cuando no se halla tutelado el accidente de trabajo como contingencia laboral, el accidente por causa común o no laboral no puede incluir los supuestos que por expresa determinación legal o mediante presunciones constituyen supuestos de accidente laboral como el agravamiento de enfermedades preexistentes por causa del trabajo; olvidar la necesidad de probar la lesión mediante un agente exterior, no interior, llevaría al absurdo de que cualquier siniestro acaecido fuera del trabajo por padecimientos de naturaleza común sería calificado como accidente no laboral, simplemente en base a que sucedió súbitamente, siendo pues “necesario acreditar la concurrencia de un agente extraño o concreta causa externa que actuara de manera repentina e imprevista como factor desencadenante de su brusca y súbita manifestación”. La sentencia incluso cita extensamente la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca de la necesidad de que la causa sea externa al cuerpo de la víctima, ya que se entiende que para que exista un accidente la lesión corporal ha de tener su origen en una causa diversa a la de un padecimiento orgánico, que no sea desencadenado de forma exclusiva, o, fundamentalmente, por una enfermedad. Y una vez argumentado extensamente todo lo anteriormente apuntado, concluye la sentencia diciendo que en el caso examinado medió aquella situación tensional derivada de mayor actividad y el propio esfuerzo al limpiar la cama del vehículo, por lo que accede a considerar como accidente el infarto padecido con la mejora correspondiente en el cálculo de la base reguladora de la prestación solicitada.

Previsión Sanitaria Nacional

La STS de 23 de julio de 2007, I.L. J 1662, aparentemente ratifica la polémica doctrina sentada anteriormente por el Tribunal en anteriores pronunciamientos mediante las SSTS de 29 de abril de 2004, I.L. J 1867; de 21 de julio de 2005, I.L. J 1782; de 5 de julio de 2006, I.L. J 1035, y de 12 de julio de 2007, I.L. J 1434; sin embargo, existe algún pronunciamiento adicional que merece ser comentado.

Sintetizando, el problema examinado deriva de la extinción del régimen de previsión de los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo (AMFAT) mediante una disposición de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que decía: “Disposición Adicional Decimoctava. Extinción del régimen de previsión de los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo. Con efectos del día 1 de enero del año 2000 se extinguirá el régimen de previsión de los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo, quedando derogadas todas las disposiciones reguladoras del mismo y, en particular, la Orden de 7 de diciembre de 1953 del Ministerio de Trabajo. La Administración General del Estado determinará reglamentariamente, en el plazo máximo de seis meses, los derechos que, de acuerdo con la naturaleza del régimen de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de

IX. Seguridad Social

trabajo, corresponden, en su caso, a los interesados como consecuencia de la extinción y liquidación del citado régimen”. En la primera de las sentencias citadas –dictada en Sala General, y con algunos votos particulares–, se aclaró que en el sistema denominado Previsión Sanitaria Nacional creado en 1953 para los médicos de las entidades de asistencia sanitaria y de las de accidentes de trabajo, convivieron dos regímenes distintos de previsión: uno era una actividad mutual de previsión social complementaria, regida por la voluntad de los órganos mutuales, y que fue transformada en 1995 en una mutua de seguros a prima fija; el otro era el régimen AMFAT, regulado por disposiciones de carácter general que actuaba como una entidad equivalente a gestora de la Seguridad Social (nótese la precisión de “equivalente”). Este último régimen fue declarado extinto en la Ley 55/1999, y los problemas surgieron a raíz de que el Gobierno no ha cumplido nunca con el mandato que le ordenaba en un plazo de seis meses regular los derechos de los interesados. Tal incumplimiento del deber de regular los derechos de los asegurados no puede comportar su pérdida, ya que se ordenaba su modulación, por lo que deben entenderse subsistentes los derechos de los pensionistas que lo eran con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 55/1999; sin que pueda hacerse valer ningún tipo de prescripción, ya que se considera que las notas que impregnaban el sistema AMFAT “se integran dentro de lo que se puede denominar materia de seguridad social, que ha de regirse –en lo no expresamente previsto en sus propias disposiciones– por las normas básicas de Seguridad Social”.

Sentada esta doctrina, cuyo análisis y crítica no procede hacer aquí y que puede iniciarse con la lectura de los votos particulares de la STS de 29 de abril de 2004, debemos constatar que en todas las SSTS posteriores se habían contemplado supuestos en los que lo que se discutía era la continuidad de prestaciones causadas antes de la extinción del sistema AMFAT, o que podían haberse causado antes de tal fecha de 1 de enero de 2000 por reunirse ya todos los requisitos para ello. En la sentencia que ahora comentamos se ratifica la concesión de una pensión de jubilación que se considera causada a finales del año 2002 en virtud de las cotizaciones en su día satisfechas al indicado sistema de previsión, y para ello a la jurisprudencia reseñada se añade ahora un importante pronunciamiento: no sólo se deben respetar los derechos de quienes eran ya pensionistas con anterioridad a la ley 55/1999, sino también los derechos generados “en virtud de las cotizaciones efectuadas a dicho régimen hasta su extinción”. Tras esta reseña, sólo nos queda constatar que en la sentencia comentada no se efectúa diferenciación alguna entre derechos y expectativas de derecho, y sólo muy indirectamente puede hallarse un razonamiento acerca del enlace jurídico entre la existencia de unas aportaciones en el sistema que “era no idéntico pero sí equivalente por sus notas características al sistema público” y el derecho a causar una pensión actual, tras la norma de 1999 que procedió a su extinción y liquidación.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La STS de 25 de septiembre de 2007, I.L. J 1681, se plantea el encuadramiento de dos trabajadores que prestaban servicios en empresas privadas de carga y descarga de buques, delimitando el alcance subjetivo del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores del Mar, para ver si en éste tienen cabida o no quienes no se hallan en el censo de trabajadores portuarios contratados por las Sociedades Estatales pero que pueden ha-

llarse realizando tareas coincidentes. La doctrina del Tribunal, unificada ya en la STS de 15 de abril de 2003, I.L. J 258, y reiterada posteriormente en diversas ocasiones, es que el artículo 2 del Decreto 2864/1974 ordena el encuadramiento de los trabajadores que realicen las tareas que allí se mencionan, entre ellas las de estibador portuario, y que tal actividad puede ser idéntica entre quienes se hallan contratados por las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba –sujetos a una relación laboral especial– y quienes trabajan para otra empresa, puesto que lo relevante es el trabajo desempeñado y no la naturaleza especial o común de la relación laboral que une al trabajador con su empresa. Sin embargo, en el caso concreto se estima que sólo uno de los trabajadores puede ser considerado como estibador portuario, mientras que las tareas de quien ostentaba la categoría de Jefe de Operaciones en modo alguno pueden considerarse equivalente a las del grupo de estibadores, por lo que debe permanecer encuadrado en el Régimen General.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Expediente administrativo y derecho a la tutela judicial efectiva

En la STS de 3 de julio de 2007, I.L. J 1494, la empresa recurrente alega la vulneración del artículo 24 CE, refiriéndolo al procedimiento administrativo. Sin embargo, el TS alega que el derecho que reconoce el artículo 24 CE afecta, en principio, al proceso judicial, no al procedimiento administrativo, y en el presente caso la omisión del trámite de audiencia que hubiera permitido a la parte aportar alegaciones y aportar documentos y justificaciones (artículo 84 LRJAPC) no ha tenido relevancia alguna, puesto que la parte ha podido presentar tales alegaciones, justificaciones o documentos en el proceso judicial. En este sentido, la doctrina de la Sala Tercera del citado Tribunal ha señalado que “la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrá originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional”.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

NURIA PUMAR BELTRÁN

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

EUSEBI COLÁS NEILA

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario* :**

Consideración preliminar. 1. Prestación por 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. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras voluntarias. b) Planes de Pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

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

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 J 1242 a J 1784).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

e) Supuestos especiales

El caso planteado en la **STSJ de Navarra de 5 de enero de 2008**, I.L. J 1254, resuelve el recurso planteado por el demandante ante la declaración de cobro indebido de la prestación por desempleo.

El demandante realizó un contrato temporal de futbolista por una temporada, comenzando el 1 de julio de 2002 y siendo dado de baja el 31 de diciembre del mismo año por estimar el club que debía calificarse su relación como de jugador aficionado.

La distinción entre deportistas profesionales y aficionados es una cuestión compleja que ha motivado el desarrollo de una importante doctrina jurisprudencial.

En el proceso resultan acreditadas dos circunstancias: que el demandante suscribió un contrato como deportista profesional y que recibía hasta su rescisión de contrato una remuneración de 1.2116,40 euros anuales.

Sin embargo, ninguna de las causas son decisivas a los efectos del procedimiento.

A tenor del artículo 1 del RD 1006/1985, son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

En definitiva, lo decisivo es establecer si entre el deportista y su club se da la relación de dependencia y ajenidad propia de una relación laboral, para lo cual se han de valorar todas las circunstancias como el horario, la jornada, la sumisión a la disciplina del club, ... Sin que la acreditación de un contrato que le califique de futbolista profesional y una retribución superior al SMI puedan por sí mismos bastar para revocar una resolución del INEM de revisión y revocación de la prestación de desempleo, cuando en el procedimiento, por la limitación propia del objeto de la litis, no se ha llegado a poder valorar todas

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

las circunstancias de hecho que concurren en la relación deportiva referenciadas, procede confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social que estima la absolución de las demandas, en este caso el Servicio Público de Empleo Estatal y el club deportivo.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

En el caso planteado en la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2008, I.L. J 1327, el actor pretende obtener el subsidio por desempleo que le ha sido denegado por percibir una renta mensual superior al 75% del SMI a causa de la indemnización legal obtenida por extinción contractual.

El actor considera que no puede calificarse como renta a los efectos del artículo 215.3.2 LGSS el abono fraccionado por la empresa de la indemnización legal derivada de su cese en ésta por expediente de regulación de empleo. Por el contrario, la Entidad Gestora y el Juzgado de instancia, entienden que el exceso de indemnización legal por despido colectivo percibido por el actor es una renta a computar a los efectos del subsidio solicitado, superando por ello el umbral de necesidad amparado por la normativa vigente.

En el presente caso cabe aplicar el artículo 215.3.2 LGSS y el artículo 7.e) de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la redacción dada en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 45/2002, que no consideran como renta la indemnización legal por despido, debiéndose, por ello, declarar excluida a efectos de cómputo para el subsidio por desempleo, como también a efectos fiscales, el importe de la indemnización por despido, pero no, cuando, como sucede en este caso, la indemnización supera los límites previstos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que el exceso del límite legal, en su forma de pago fraccionado, debe computarse como renta a los efectos previstos en el artículo 215.3.2 LGSS. Por tanto, procede desestimar el recurso planteado por el recurrente.

La STS de 20 de junio de 2007, I.L. J 1565, resuelve el recurso planteado por la demandante acerca del reconocimiento del subsidio para mayores de 52 años que le fue denegado por no haber permanecido inscrita como demandante de empleo durante un tiempo prolongado, concretamente desde el 11 de febrero de 1985 al 10 de octubre de 1991. Si bien, volvió a inscribirse el 7 de marzo de 2001 y permaneció en tal situación hasta que solicitó el reconocimiento del subsidio en 6 de marzo de 2003.

En definitiva, se trata de decidir si constituye requisito necesario para poder acceder a las prestaciones por desempleo para mayores de 52 años que éstos hayan permanecido inscritos como demandantes de empleo ininterrumpidamente en la oficina pública correspondiente, o si, por el contrario, basta que lo hayan estado en un período anterior a la solicitud, suficientemente demostrativo de su intención de obtener algún trabajo, aun

cuando haya transcurrido un período intermedio más o menos importante en el que han permanecido de baja como demandantes de empleo.

Al respecto el Tribunal Supremo tiene ya establecida una doctrina interpretativa de los preceptos que se han denunciado como infringidos que entiende que desde una interpretación finalista del artículo 215.1.1.3 LGSS, lo que se puede decir es que dicho precepto está contemplando la situación de quien accede al subsidio para mayores de 52 años inmediatamente después de extinguida la prestación contributiva y por ello no exige más requisitos de inscripción que los generales del artículo 215.1.1, y que, por lo tanto, estas situaciones en las que existe una gran separación entre una y otra prestación no encajan directamente en las previsiones expresas del legislador.

Por tanto, de los hechos concretos procede entender que en este caso la demandante trató de incorporarse a la actividad laboral en 2001 y permaneció en tal situación durante más de dos años, sin obtener empleo alguno, cumplió las exigencias legales contenidas en el artículo 215.1.1 LGSS, aun cuando estuvo sin acudir al mercado de trabajo durante seis años y ocho meses tras un vida activa de más de ocho años. En conclusión, el Tribunal Supremo estima el derecho al subsidio por desempleo de la demandante.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Período de carencia: Jubilación parcial

La cuestión objeto del litigio que resuelve esta Sentencia es la plena y absoluta equiparación, a efectos del cómputo de cotizaciones, de los días trabajados a tiempo parcial con los de tiempo completo, solicitando la demanda que la Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS. Pretensión que es rechazada en la **STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2007**, I.L. J 1333, sobre la base del propio pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en Sentencia 253/2004. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional se limita a declarar la inconstitucionalidad del artículo 12.4º del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada a éste por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, pero deja claro desde el principio que no es contrario al artículo 14 de la Constitución, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcional inferior a la de un trabajador a tiempo completo. Según el Alto Tribunal, el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, por lo que es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora.

Lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional no admite es la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones, porque conduce a un resultado claramente desproporcionado, dificultando injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados. La solución postulada por el propio Tribunal Constitucional es la introducción de mecanismos correctores que atenúen los efectos de esa estricta proporcionalidad.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

Cuestión debatida es si para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, cuando se accede a ésta, desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, procede aplicar la denominada “doctrina del paréntesis”, esto es, si la base reguladora se debe calcular computando las bases de cotización de los meses inmediatamente anteriores al mes en que deja de cotizar, o bien se deben tomar en consideración las bases de cotización de los meses inmediatamente anteriores al hecho causante. La **STS de 29 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 1382, declara que, a tenor de la aplicación del artículo 162.2 LGSS (redactado conforme al artículo 5.1 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social) y del artículo 4.4 del RD 1647/1997, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997, no cabe la aplicación de la doctrina del denominado “paréntesis” a este supuesto en el que la actora, empleada de hogar, solicitó la prestación de jubilación desde la situación de demandante de empleo no subsidiado. Se mantiene el criterio establecido por el Tribunal Supremo en Sentencia de Sala General de 1 de octubre de 2002 que aclara y rectifica la doctrina unificada en el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de invalidez, estableciendo que el “paréntesis” en cuanto eliminación de un período de cómputo, que se sustituye por otro anterior, queda referido exclusivamente a la situación de invalidez provisional y, en su caso, a las prórrogas del artículo 131 bis.2 LGSS, sin que pueda extenderse a otros supuestos diferentes. En consecuencia se establece que el cálculo de la base reguladora de la prestación se ha de realizar tomando las bases de cotización de los meses inmediatamente anteriores al hecho causante integrando las lagunas con las bases mínimas.

b') Cuantía de la prestación

La cuestión de la retroactividad de los efectos de la cuantía de la pensión de jubilación en caso de error es resuelta en la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de febrero**

de 2007, I.L. J 1625. En ésta se declara que en el caso en que el contenido económico de la prestación por un error inicial de la entidad gestora quedó minusvalorado, sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectando en su contenido económico de error, debiendo ser la retroacción la de cinco años. Se considera en la Sentencia que no se deben confundir dos conceptos diferentes, uno, el reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación, y, otro, la determinación de la cuantía de este derecho, siendo en el primer caso un derecho imprescriptible, pero cuyos efectos se limitarán a los tres meses anteriores a la solicitud del reconocimiento. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 18 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 1468, que añade, siguiendo el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007, que el pago de diferencias debe retrotraerse a la fecha de reconocimiento del derecho, con aplicación por analogía del plazo de prescripción quinquenal establecido en el artículo 43.1 LGSS. En definitiva, cuando se ha reconocido la procedencia del derecho a la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de suerte que si después se pretende y se logra un incremento de la cuantía, los efectos de tal incremento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento inicial del derecho, con el límite de los cinco años.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones

Sobre la inclusión de dos pagas extraordinarias en el importe anual garantizado por el acuerdo de prejubilación se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo en sentido afirmativo, considerando que la base de cálculo de éste ha de ser el 100% del sueldo pensionable bruto en el momento de la prejubilación. Este pronunciamiento se repite en la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2007**, I.L. J 1246. Junto a ello, en esta Sentencia se declara también, aplicando la consolidada doctrina del Tribunal Supremo, la aplicación del artículo 59.2 ET puesto que la acción se ejercita para exigir percepciones económicas de tracto sucesivo, de modo que la prescripción de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, cuya determinación en el presente caso ha de hacerse teniendo en cuenta que el devengo es mensual. Ello comporta que el ejercicio de la acción no ha de producir otro efecto prescriptivo que el de las cantidades concretamente reclamadas correspondientes a los atrasos causados mensualmente.

En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 7 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 1289; **de 6 de junio de 2007**, I.L. J 1363; **de 17 de julio de 2007**, I.L. J 1432; **de 17 de julio de 2007**, I.L. J 1485; **de 12 de julio de 2007**, I.L. J 1514; **de 18 de junio de 2007**, I.L. J 1297.

– Coeficiente reductor aplicable a las jubilaciones anticipadas

Cuestión siempre problemática es la determinación del coeficiente reductor que ha de aplicarse en el caso de jubilaciones anticipadas que se pactan en el marco de un Plan de Prejubilación. Esta cuestión se plantea en la **STS de 24 de julio de 2007**, u.d., I.L. J

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

1488. El objeto del pleito resuelto en esta Sentencia es determinar si, en virtud de lo establecido en el artículo 161.3.2ª de la LGSS, en redacción dada por Ley 35/2002, y en la Disposición Transitoria Tercera LGSS, en redacción dada por la citada Ley, al trabajador de Telefónica España SA, le corresponde un coeficiente reductor del 6%, en lugar del 8%, en la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que concurren los siguientes requisitos: era mutualista antes de 1 de enero de 1967, acredita 41 años de cotización, se jubila a los 60 años de edad, precedida de una prejubilación alcanzada en el marco de medidas inscritas en el Convenio Colectivo, la empresa abona una cantidad que en cómputo anual representa un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y las cuotas que hubiera abonado, o en su caso las de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social. El Tribunal Supremo declara en esta Sentencia que, a tenor del sentido literal del precepto legal, no cabe la aplicación del pretendido coeficiente del 6'5%, dado que el trabajador no cumple el requisito de tener cumplidos 61 años de edad al solicitar la jubilación. Se considera, conforme a anteriores pronunciamientos, que no existe violación del artículo 14 CE en la regulación de la Ley 35/2002, porque establece trato distinto para situaciones distintas, recogiendo dos sistemas distintos y con distintos requisitos: cuando se tiene 60 años y se trata de afiliados al Mutualismo Laboral con anterioridad a 1 de enero de 1967 y cuando se han cumplido 61 años y se aplica lo establecido en el artículo 161.3 LGSS. Ambas especies de jubilación anticipada difieren nítidamente en sus orígenes, al ser histórico el de una y económico-coyuntural el de la otra.

Igual pronunciamiento se recoge en la STS de 20 de julio de 2007, u.d., I.L. J 1523, y STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2007, I.L. J 1343.

D) Previsión Social Voluntaria

a) Mejoras voluntarias

La cuestión litigiosa que se resuelve en la STSJ de Navarra de 17 de enero de 2007, I.L. J 1258, consiste en determinar cuáles de las contingencias previstas en el Plan de Previsión Social corresponden al trabajador demandante. La empresa recurrente considera que no tiene derecho a la prestación por las contingencias de jubilación anticipada ni a las de invalidez, supervivencia-viudedad, teniendo en cuenta que el actor perdió la condición de partícipe al causar baja en la compañía por despido. El artículo 192 LGSS establece que los derechos a la percepción de mejoras voluntarias se atribuyen de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento, por lo que se debe resolver la cuestión en base a la regulación paccionada establecida en el Reglamento del Plan de Previsión Social de VAW Inasa, SA. En dicho Reglamento se prevé que la extinción de la relación laboral comporta la pérdida de la condición de participante. Pero también se establece que los trabajadores que han causado baja en la empresa tras haber prestado servicio en ésta durante más de diez años conservan todos los derechos previstos en los títulos 1º a 4º del Reglamento, es decir, la protección para los casos de jubilación, incluida la jubilación anticipada, invalidez permanente total, absoluta o gran invalidez y fallecimiento.

Puesto que las mejoras voluntarias se atribuyen conforme a las normas que las han establecido, los conflictos que se planteen en relación a ellas se deben resolver con arreglo a las normas sobre interpretación de los contratos (artículos 1281 y siguientes CC). En la **STSJ de Madrid de 27 de abril de 2007**, I.L. J 1283, se establece que las partes llevaron a cabo una transacción sobre los derechos que denominaban “plan de pensiones” y que, realmente, no era tal sino una pensión concertada como “beneficio” a favor del actor.

En otro orden de cuestiones, la **STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2007**, I.L. J 1318, se refiere a un supuesto de mejoras voluntarias pactadas en convenio colectivo y externalizadas a través de contratos de seguro colectivo, que sin embargo no cubre todos los compromisos pactados. Al respecto, la Sentencia establece que no es posible desconocer el derecho a una mejora prestacional reconocida en una disposición convencional escudándose en el formal cumplimiento de la obligación legal de externalización de unos compromisos de pensiones asumidos por una empresa puesto que ésta es una obligación complementaria y no autónoma que trae su causa de otra precedente y a cuyo cumplimiento se dirige. Si bien es cierto que una vez instrumentado el proceso de externalización, la obligación y responsabilidad de la empresa por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a los asumidos en dichos contratos de seguros y planes de pensiones, no lo es menos que la extensión de tales obligación y responsabilidad vendrá determinada y delimitada por los concretos términos pactados en esos contratos, sin que se pueda proyectar a otros derechos. El convenio impone a la empresa la obligación de concertar un seguro que cubra todas las contingencias. Pero ello no le impide incumplir ese mandato y formalizar con la compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección que la pactada en el Convenio, sin perjuicio de que en tal caso sea ella directamente la que deba responder ante sus trabajadores.

b) Planes de Pensiones

—Aplicación del principio de igualdad al derecho de los trabajadores de incorporación al Plan de Pensiones del Sistema de Empleo.

La aplicación del principio de igualdad al derecho de los trabajadores de incorporarse al Plan de Pensiones de Empleo de los Trabajadores de la Caja Insular de Ahorros de Canarias constituye el objeto del conflicto resuelto en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de enero de 2007**, I.L. J 1582. En ésta se aprecia la concurrencia de cosa juzgada puesto que sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia 104/2004, de 28 de junio. El fallo del Tribunal Constitucional descansó en que “el reconocimiento de derechos diferentes a trabajadores de la misma empresa cuya situación en el momento de la incorporación al Plan puede ser idéntica desde todos los puntos de vista relevantes en orden a la articulación de la citada incorporación, por el solo hecho de que durante una fase determinada de su relación laboral con la empresa, anterior a la fecha de incorporación del Plan, sus respectivas modalidades de contratación desde el punto de vista

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de la duración del contrato fueron diferentes, no puede considerarse una justificación razonable, puesto que su lógica no descansa en ninguna razón objetiva justificada y relevante sino simplemente en una valoración, (...), de los trabajadores respecto de los fijos, haciendo a los primeros de peor condición que los segundos hasta el punto de considerar que los mismos no ingresaron realmente en la empresa sino desde el momento que adquirieron la condición de fijos, perjudicando con ello sus intereses en cuestión de tanta trascendencia como la relativa a la causación de sus derechos de pensión futuros”.

Con posterioridad se establece un nuevo sistema de previsión social en la empresa a partir del Acuerdo de 15 de noviembre de 2002, configurado a través de cuatro Subplanes, apreciándose por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), en la Sentencia citada, una nueva lesión del mismo derecho a la igualdad ante la Ley que ha de encontrar amparo en la propia Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2004. Al Subplan 3, de conformidad con el Acuerdo, sólo puede accederse desde el Subplan 1 y para la integración en éste se tomaba como fecha de ingreso en la empresa la fecha de ingreso “como trabajadores fijos”. Persiste la vulneración y a su apreciación no es obstáculo la no impugnación del Acuerdo de 15 de noviembre de 2002, pues, como ya dijera el Tribunal Constitucional, no se cuestiona la viabilidad de la existencia de dos subplanes diferentes —ahora cuatro—, ni el que la adscripción a uno u otro pueda hacerse depender de un dato meramente cronológico, como es la fecha de ingreso en la empresa —ahora la previa adhesión a un concreto Subplan con carácter previo—. Tampoco impide valorar la vulneración la irrevocabilidad de las decisiones individuales. Se considera en la Sentencia que no constituyendo el Acuerdo de 2002 hecho nuevo, sometiendo la demanda a examen una única conducta dilatada en el tiempo, siendo ésta la misma que obtuvo amparo ante el Tribunal Constitucional, ha de apreciarse la concurrencia de cosa juzgada que impide el posterior replanteamiento de cuestión ya resuelta.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a’) Criterios de valoración: los baremos

La STS de 26 de septiembre de 2007, u.d., I.L. J 1743, aplica lo establecido en el artículo 136.1 LGSS (redacción dada por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 35/2002, de 12 de julio) sobre “lesiones originarias”. Dicho precepto, que recoge la doctrina precedente del TS, establece que “las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”.

c') Incapacidad permanente total

La IPT es esencialmente profesional, y ha de conectarse ineludiblemente con las tareas propias del afectado, en relación con la situación residual del trabajador, declarándose esta situación contingencial cuando las lesiones o secuelas impidan el desempeño de las tareas propias de la actividad habitual con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige. En el caso concreto, la trabajadora padece una serie de lesiones respecto de las cuales tiene únicamente contraindicada la realización de tareas que sobrecarguen la columna, debiendo evitar posturas mantenidas en sedestación y bipedestación estática o el manejo de pesos. De lo que se concluye que dichos déficits anatómicos, en su actual estado, no tienen suficiente repercusión funcional y no le impiden, por el momento, adoptando las necesarias medidas de higiene postural, realizar las tareas propias de su profesión habitual de auxiliar administrativo (STSJ de Navarra de 23 de febrero de 2007, I.L. J 1702).

La STSJ de Galicia de 23 de enero de 2007, I.L. J 1443, enjuicia un interesante supuesto en que se reclama el incremento del 20% (IPT cualificada) por un trabajador que realizó la mayor parte de las cotizaciones efectuadas en país de la UE. La Sala reconoce el derecho del trabajador a dicho incremento, dado que le fue indebidamente reconocida la pensión de IPT en el REA, mientras que lo procedente hubiera sido su reconocimiento en el Régimen General. Ello porque las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social de otro país de la UE deben equipararse a las realizadas al Régimen General español, y ser en dicho Régimen en el que debe reconocérsele la prestación por IP.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

En relación al cálculo de la base reguladora, resulta de especial interés la STS de 17 de septiembre de 2007, u.d., I.L. J 1678, en la que se establece que el legislador distingue dos situaciones: la del trabajador que estando en IT ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en situación de IT no pasa a causar derecho a prestaciones por desempleo (pasando después directamente a percibir prestaciones de invalidez); y la del trabajador que estando en IT y ve extinguido su contrato de trabajo pasa después a percibir prestaciones por desempleo. En el primer caso, además de prever que la prestación por IT que siga percibiendo en pago directo y por la que no existe obligación de cotizar, la percibirá en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo que pudiera haberle correspondido, sin que se disponga nada más sobre el particular, por lo que para tal período rige la regla del artículo 140.4 LGSS cuando haya que computar dicho período para el cálculo de una base reguladora, esto es, el cómputo de las bases mínimas en cuanto que no es aplicable a esta situación la doctrina del paréntesis. Por el contrario, cuando después de aquella situación de IT el trabajador, por ser dado de alta, pasa a percibir prestaciones por desempleo en el caso de que le correspondan, aquel período lo descuenta del que le

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

correspondería percibir como desempleo si bien en este caso sí que prevé que el INEM cotice a efectos ulteriores por el período descontado (artículo 222.1 LGSS, donde se prevé que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social por todo el período que se descuente como consumido —el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo—). Señalando el TS que son dos situaciones tan distintas las que contempla el legislador que la diferencia de trato se halla completamente justificada desde el principio de igualdad, en el primer caso se trata de alguien que no ha pasado realmente a ser desempleado (puesto que en tal caso no podría percibir prestaciones por IT por la compatibilidad intrínseca entre dichas situaciones), y se trata de un desempleado en potencia a quien no se le exige acreditar el cumplimiento de los requisitos que el artículo 207 LGSS requiere a quien pretende tener derecho a prestaciones por desempleo.

d) Dinámica de la protección

Es posible una revisión de la IP por mejoría o agravación, realizando un juicio comparativo, una confrontación entre dos situaciones de hecho, la que dio lugar por alteraciones orgánicas al reconocimiento de la incapacidad y las existentes con posterioridad cuando se solicita aquélla, para de él llegar a la conclusión de si se ha producido una evolución favorable o desfavorable de éstas, con entidad suficiente para modificar el grado de invalidez. Así pues, deben concurrir dos supuestos: la real y constatada evolución de los padecimientos del interesado y, de otro, que la nueva situación patológica sea de tal entidad que justifique la modificación del grado reconocido. La revisión del INSS por mejoría es posible en el caso de que el beneficiario experimente una evolución favorable, y aunque presente algunas limitaciones funcionales, siempre que éstas no integren el núcleo esencial de su profesión habitual (STSJ de Navarra de 22 de febrero de 2007, I.L. J 1703).

Cuando el beneficiario de una prestación de incapacidad permanente ve agravada su situación por sufrir una nueva patología grave, la revisión de la incapacidad no está prevista en la ley, pero puede aplicarse analógicamente la previsión del artículo 143 LGSS, que permite la revisión del grado de invalidez reconocido antes de la fecha fijada en la resolución en que se reconoció la incapacidad, en los supuestos de error de diagnóstico. La aparición de una nueva enfermedad con posterioridad al reconocimiento de la IP no se contempla expresamente en la ley como causa específica de revisión *ex ante* a la fecha señalada en la resolución administrativa de reconocimiento, pero puede equipararse a un error de diagnóstico, puesto que la enfermedad no es la misma que por la que se le reconoció la incapacidad agravada, sino otra distinta y de gravedad suficiente para instar la revisión (STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2007, I.L. J 1638).

e) Compatibilidad e incompatibilidades

Son compatibles las pensiones procedentes de distintos Regímenes de la Seguridad Social, cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, y ha reunido los requisitos para su devengo (completado el régimen de carencia), a no ser que expresamente se disponga lo contrario. Esta consecuencia se sigue con independencia de que sea o no

generada la nueva invalidez por la misma patología que la anterior (STSJ de Navarra de 30 de enero de 2007, I.L. J 1255).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

La STSJ de Baleares de 23 de mayo de 2007, I.L. J 1651, contiene varios argumentos para denegar la pensión de viudedad a una pareja de hecho homosexual, en la que el causante fallece antes de la entrada en vigor de la reforma civil que permite que estas contraigan matrimonio; los argumentos que contiene son la suma de los aquí comentados en varias ocasiones: en primer lugar, la reforma operada en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio –que viene a permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo–, no contiene –y podía haberlo hecho–, previsión alguna que otorgue acceso a la pensión de viudedad del miembro superviviente de parejas homosexuales no casadas; en segundo lugar, a ello hay que añadir, que en materia de prestaciones de Seguridad Social, rige la doctrina jurisprudencial consolidada y uniforme, de que la legislación aplicable es la vigente en el momento de producirse el hecho causante de la prestación –la fecha de fallecimiento–; por último, a efectos de causar la pensión de viudedad no es asimilable la convivencia *more uxorio* y el matrimonio, pues el artículo 174 de la LGSS (hasta la reforma operada en diciembre por la Ley 40/2007), sólo concede pensión al cónyuge superviviente, a lo que hay que añadir que la Disposición Adicional Décima.2 de la Ley 30/1981, sólo concede la pensión de viudedad al conviviente que no pudo contraer matrimonio heterosexual por impedirlo la legislación vigente en esa fecha –1981–. Esta última referencia es reprochable, no al operador sino al legislador, pues la reforma –la Ley 13/2005– podía haber previsto el derecho a acceder a la pensión de viudedad a las uniones de hecho homosexuales que hasta esa fecha no podían haber contraído matrimonio por impedimento legal; es decir, la reforma podía haber previsto esta situación tal como se hizo con la reforma de 1981 por la que se permitía el divorcio y por tanto contraer nuevas nupcias.

Sin haberse realizado esta referencia legal no se puede argumentar discriminación en el trato entre matrimonio y convivencia *more uxorio*: en efecto, como ya argumentó el Tribunal Constitucional –desde la STC 184/1990 y aquí se ha comentado en varias ocasiones–, la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecido dentro del sistema de Seguridad Social, no pugna con el artículo 14 de la CE, pues entre otras consideraciones, no son incompatibles con el artículo 39 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. Hoy, pese al reconocimiento de derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho por la Ley 40/2007 (que da nueva redacción al artículo 174 de la LGSS), sigue existiendo un tratamiento distinto respecto de las unidas por vínculo matrimonial, y, como reitera la doctrina constitucional, no supone una discriminación por razones

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

sociales que el legislador limite la prestación de viudedad (ahora un tratamiento diferenciado) a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia, pues el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales.

C) Cuantía de las pensiones

La STSJ de Navarra de 23 de mayo de 2007, I.L. J 1761, a efectos de la determinación de la base reguladora de una pensión de viudedad y de orfandad, y en relación con la controversia planteada en la causa a la hora de determinar la verdadera naturaleza de un incentivo versus dieta, cuando en el convenio colectivo la cuantía de la dieta está determinada, por lo que tanto este aspecto como las condiciones de su devengo tienen un carácter indisponible, viene a considerar, siguiendo el criterio ya adoptado por la STS de 25 de mayo de 1992, que el exceso respecto de las cantidades fijadas de dietas en el convenio, debe calificarse de complemento salarial equiparable a una prima o incentivo por razón a la clase de actividad, calidad o esfuerzo del trabajo que se realiza, carentes de una vinculación al desplazamiento, puesto que no son verdaderas dietas de viaje. De ello deriva, al no haber cotizado la empresa por todas las cantidades abonadas en concepto de dieta, una infracotización —que determinará en su caso responsabilidad— y por ello, un incremento de la base reguladora de las pensiones discutidas. Abunda en ello, pese a que no haga referencia la sentencia, que los excesos de los límites establecidos anualmente en materia de dietas —kilometraje, manutención, etc.— forman parte de la base de cotización pese a que el concepto de dieta se encuentre excluido de la base (véase el artículo 109 de la LGSS en relación con el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

La STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2007, I.L. J 1308, vuelve a reiterar la doctrina del Tribunal Supremo —ya comentada como acertada en estas páginas—, en el sentido de entender que no cabe computar como período de convivencia a efectos de determinar la base reguladora de la pensión de viudedad, aquel que se ha producido tras la separación legal, si no se ha comunicado al juez que la decretó, y es que para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en reconocimiento de la pensión de viudedad, es preciso que se produzca la comunicación judicial que exige el artículo 84 del Código Civil; en efecto, cuando la reconciliación no se comunica, se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, como se desprende del precepto citado, no produce tales efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad, la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial; abunda en ello que, en principio, resulta aplicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil, también tendrá que inscribirse la reconciliación, que sólo puede tener acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial adopte, una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación conforme

al artículo 84 del Código Civil (véanse las SSTs de 15 de diciembre de 2004, 2 de febrero de 2005, 23 de febrero de 2005 y 28 de febrero de 2006).

La **STC 328/2007, de 12 de julio**, I.L. J 1619, en relación con la cuantía de la pensión y, en concreto, sobre la diferencia de tratamiento entre el cónyuge no separado del causante, que percibe la pensión en su integridad, y del cónyuge judicialmente separado, al que le correspondería una pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, reitera, que tal diferencia no carece de una justificación objetiva, razonable y proporcionada en atención a la finalidad de la pensión de viudedad, cual es (como ya se ha reiterado por el Alto Tribunal y se ha comentado en estas páginas), no la de atender a una situación de necesidad o dependencia económica, asegurando un mínimo de renta, sino, más bien, compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad (véase AATC 77/2004, de 9 de marzo, 174/2004, de 11 de mayo, y 393/2004, de 19 de octubre). Por tanto, se puede concluir, que si bien ésta no es la única opción posible —y esto hay que destacarlo—, sí es una opción legítima y de carácter neutro, sin que por otra parte ofrezca dudas de proporcionalidad la solución adoptada, pues ésta enlaza directamente con el tiempo de convivencia con el causante (STC 186/2004, de 2 de noviembre FJ 4º).

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. 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 de relaciones laborales. b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales. c) Infracciones de las Empresas de Trabajo Temporal.

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 2007, así como algún otro que, procedente de las salas de lo contencioso de los TTSJ, no ha sido objeto de publicación, al menos de momento. Precisamente, entre esos materiales no publicados, se encuentra uno de los pronunciamientos más llamativos del período analizado: se trata de la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 2077/2005), en la que, con una interpretación probablemente en exceso formalista, se anula la sanción impuesta a una ETT sobre la base de que la LISOS, si bien tipifica las infracciones en dicha materia, carece de precepto sancionador en materia de empresas de trabajo temporal, por lo que de admitir la sanción se estaría vulnerando el principio de legalidad que rige en materia sancionadora.

2. 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, en función de lo establecido en el artículo 8.2 del RD 928/1998, la inactividad de la Inspección por período superior a tres meses determina que decaiga la posibilidad de extender la correspondiente acta; ello se traduce, como recuerda la **STSJ de Baleares de 24 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 215/2007), en la nulidad del acta extendida:

“En la Sentencia dictada por esta Sala 434/2004, de 31 de mayo, se examinaba el alcance y consecuencias del mencionado precepto, poniendo especial énfasis en el tenor literal del mismo, según el cual el incumplimiento de los reseñados plazos produce el efecto de que ‘decaerá la posibilidad de extender acta de infracción o de liquidación’; de lo cual se extraía la consecuencia de que no puede estarse ante un supuesto de aplicación del artículo 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, expresivo de que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo. Precisamente se decía en la expresada sentencia que las palabras empleadas por el artículo 8.2 del RD 928/1998, de 14 de mayo, nos evidencian de que se está ante un supuesto de excepción del principio del artículo 63.3; es decir, la naturaleza de los términos o plazos indicados en el precepto imponen la anulación de las actuaciones realizadas con incumplimiento de los mismos. Pues, según se ha visto, el precepto deriva del incumplimiento de los plazos una consecuencia sustantiva, cual es el decaimiento de la posibilidad de extender el acta de infracción o liquidación.

También la Sentencia de esta Sala 22 de 10 de enero de 2003 había anulado la resolución recurrida por paralización de las actuaciones inspectoras de comprobación durante más de tres meses de inactividad. Y en el mismo sentido se expresaba la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 279/2002, de 17 de mayo, alegadas ambas por la parte ahora recurrida.”

Además, la sentencia niega eficacia interruptiva de dicho plazo a la presentación de un escrito ante la Inspección por parte de la empresa inspeccionada del que no se dedujo ninguna actuación inspectora; por el contrario, la visita de la empresa a la Inspección Provincial y unas consultas de datos a la Tesorería por parte de la Inspección sí producen el efecto de interrumpir el plazo de tres meses y, en consecuencia, permiten sortear la aplicación del artículo 8.2 RD 928/1998, según se aprecia en el supuesto enjuiciado en la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 31/2007), que deduce dichos datos del Informe del Jefe de la Inspección, al que le atribuye un principio de veracidad.

Los efectos derivados del incumplimiento de los plazos del procedimiento son sustancialmente diversos cuando se trata del conferido para notificar al sujeto infractor el acta levantada –diez días, según el artículo 17 del RD 928/1998–; en efecto, en este caso, nos encontramos ante una mera irregularidad no invalidante como señala la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 946/2003), haciendo acopio de una rica jurisprudencia anterior sobre la materia.

XI. Administración Laboral

La actuación inspectora, cuando se detectan incumplimientos de las normas laborales, no conduce necesariamente al levantamiento del acta correspondiente y al inicio del procedimiento sancionador, sino que puede limitarse a efectuar un requerimiento de subsanación al sujeto infractor; ahora bien, como recuerda la **STSJ de Murcia de 26 de octubre de 2007**, Sala Tercera (recurso 2951/2003), frente a lo pretendido por el recurrente, estamos ante una mera posibilidad en manos de la Inspección —no una obligación— y además sólo resulta aplicable cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.

b) Procedimiento sancionador

Ya en el terreno del procedimiento sancionador en sentido estricto, debe recordarse que la denegación tácita de una práctica probatoria durante la instrucción del procedimiento no invalida necesariamente la resolución administrativa si no ha generado indefensión; en este sentido, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 31/2007), con base en diferentes pronunciamientos del TC y del TS, entiende que la indefensión no se ha producido cuando posteriormente en sede judicial, se solicita, concede y practica con todas las garantías.

Algo similar sucede con el trámite de audiencia previsto en el artículo 18.2 del RD 928/1998, cuya ausencia no determina necesariamente la nulidad de la resolución administrativa; así, la **STSJ de Murcia de 14 de septiembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 2546/2003), no anula la sanción impuesta en el supuesto enjuiciado, pues a pesar de la falta procedimental reseñada:

“hay que señalar que a la demandante le fue notificada debidamente el acta de infracción, por lo que en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador se respetó el derecho de audiencia de la interesada, que desde el primer momento pudo realizar las alegaciones que consideró oportunas en defensa de sus pretensiones, y, por tanto, no puede entenderse que se le haya ocasionado indefensión por no habersele dado el trámite de audiencia nuevamente y con carácter previo a dictarse la resolución sancionadora. Y la emisión de un informe al recurso de alzada no ha introducido en el procedimiento ni hechos nuevos ni infracciones distintas a las imputadas en un primer momento, limitándose el informe a rebatir los argumentos jurídicos expuestos por la parte. En consecuencia, al no concurrir hechos distintos a los incorporados en el acta de la inspección no resultaba exigible un nuevo traslado a la interesada. Ha de añadirse a lo anterior que la actora tuvo una nueva oportunidad de ser oída y realizar alegaciones cuando presentó recurso de alzada contra la resolución sancionadora, lo que impide apreciar la existencia de indefensión, siendo constante en la jurisprudencia conceder eficacia subsanadora a las sucesivas oportunidades de intervención que a lo largo de la vía administrativa se da al administrado.”

La **STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 161/2006), recoge la jurisprudencia del TS relativa a que el cómputo del plazo de caducidad de seis meses del artículo 20.3 del RD 928/1998 se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si ésta no fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del

procedimiento sancionador; por su parte, la **STS de 24 de octubre de 2007**, Sala Tercera, I.L. J 1715, incide en el *die* *ad quem*: es el día de la notificación de la resolución sancionadora y no el de su adopción.

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; por ello, la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 2077/2005), niega la aplicación de la presunción a ciertos extremos de un acta en la que se imputaban hasta siete infracciones distintas a la empresa, precisamente por no cumplir con todas las exigencias impuestas por el ordenamiento: en algún caso, por no expresar los medios utilizados para la comprobación de los hechos en ella reflejados; en algún otro, por falta de precisión en el contenido del acta donde se efectúan imputaciones genéricas que causan indefensión en la empresa.

El cumplimiento de tales requisitos se encuentra también en el fondo del asunto enjuiciado por la **STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2007**, Sala Tercera (recurso 962/2007), donde el recurrente cuestiona la eficacia del acta en la medida en que el inspector no podría haber constatado personalmente los hechos imputados, ya que la visita inspectora se produjo siete meses más tarde de su presunta comisión; con todo, la sentencia referida salva dicha alegación pues:

“pese a que la visita de inspección se realizó el 3 de febrero de 2005, la Inspectora tuvo un contacto directo con los testigos y con los documentos, un contacto directo con las pruebas, extrayendo de dichos medios probatorios las conclusiones fácticas que plasma ordenada y lógicamente”.

Asimismo, tampoco puede entenderse como un vicio que invalide la eficacia de las actas levantadas, la cita incorrecta del precepto infringido en el que se tipifica la conducta cometida cuando ello no genera indefensión en el presunto infractor que, en todo caso, tiene conocimiento de la conducta que se le imputa; en esta línea se mueve la **STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 301/2006).

La especial fuerza probatoria de las actas, en todo caso, admite prueba en contrario; ahora bien, una mera prueba testifical aportada por trabajadores interesados no llega a desvirtuar dicha presunción, como recuerda la **STSJ de Baleares de 26 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 215/2003), especialmente cuando en algunos aspectos ratifican lo apreciado en el acta:

“En efecto, en primer lugar, la testifical ofrecida, por cuatro trabajadores, que afirman haber estado ocupados en la obra en cuestión, resulta, por una parte, confirmatoria de los hechos denunciados en el acta (...)

XI. Administración Laboral

Pero por otra parte, y mucho más decisiva, es obvio que las testificales muy posteriores a los hechos denunciados, posiblemente interesadas, de personas que por lo menos fueron dependientes de la empresa sancionada, en ningún caso son hábiles para desvirtuar la presunción legal de certeza de las actas de inspección, máxime cuando nos hallamos ante un acta de la solidez de la que obra en autos.”

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales

La transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y secciones sindicales en materia de crédito de horas, local adecuado y tabloneros aparece tipificado como infracción grave en el artículo 7.8 LISOS. Pues bien, el hecho de postergar el cumplimiento de la obligación de proporcionar un local adecuado al Comité de Empresa, cuando ya habían finalizado las obras en el centro que justificaban la dilación en su puesta a disposición, lleva a que la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 2077/2005), estime procedente considerar que se ha cometido la infracción referida y ello a pesar de que el acta no precisaba la fecha en que terminaron las obras, ni especificaba cuáles fueron los medios materiales que no se habían facilitado; no obstante, señala el tribunal:

“de las propias manifestaciones del recurrente resulta que siendo conocedor de su obligación de facilitar un local adecuado al Comité de Empresa en el que pueda desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tabloneros de anuncios (artículo 81 del ET) y habiendo terminado las obras durante el verano de 2003, no acredita documentalmente que hasta el 3 de noviembre de 2003 se asignara una sala para uso del Comité (folio 51 del expediente administrativo), no acreditando la afirmación que realiza de que antes de dicha fecha el Comité dispusiera de distintas Salas de reuniones según solicitó, habiendo sido también a partir de dicha fecha cuando comenzaron las gestiones para la compra de un tablón de anuncios, lo que entendemos sí integra la infracción imputada, máxime si ya se había puesto de manifiesto con anterioridad la necesidad de facilitar el local y se había pactado con el Comité de Empresa que la deficiencia se subsanaría cuando concluyeran las obras”.

Al hilo del artículo 8.2 LISOS, la **STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 597/2005) traslada al ámbito del derecho administrativo sancionador la doctrina consolidada sobre la frontera entre la contrata y la cesión ilegal, en concreto, el punto relativo a que para afirmar la existencia de una verdadera contrata no basta con la existencia de una estructura empresarial, sino que además resulta preciso que la contratista actúe como verdadero empresario:

“la alegada realidad empresarial de la recurrente, en la prestación de servicios integrales de ingeniería orientados a la gestión de calidad y medio ambiente, realizando servicios de consultoría y asistencia técnica e inspección, su estructura, organización y dirección, no obstan la apreciación de la cesión ilegal de trabajadores, cuando de los datos disponibles en

relación a las características de la actividad desarrollada por la recurrente se obtiene que las trabajadoras contratadas prestaron sus servicios de forma permanente, y durante un año y medio, según manifestación del segundo de los testigos propuestos por la parte actora, en el centro de trabajo de Gas Natural SDG, SA, realizando el mismo trabajo que otros trabajadores de esta última, utilizando los medios materiales facilitados por ella y dependientes de sus directivos, de los que recibían las órdenes e instrucciones”.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 946/2003), maneja dos ideas importantes respecto al tipo infractor contenido en el artículo 8.3 de la LISOS (cierre de la empresa sin obtener la oportuna autorización): la primera, que resulta aplicable con independencia de que el cierre sea definitivo o temporal, algo que se deduce de la propia literalidad del precepto; la segunda, que también puede entenderse cometida la conducta infractora cuando la empresa ha despedido por vía disciplinaria a todos los trabajadores y acto seguido procede al cierre:

“Alega finalmente la recurrente inexistencia de la infracción que le es imputada por cuanto el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores requiere autorización administrativa para los despidos colectivos basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Pero no se requiere autorización administrativa para un despido disciplinario. Con ser hábil este argumento, no es menos cierto que despido colectivo no es otra cosa que el que afecta a toda la plantilla. En este caso se llega a ese resultado a través de un despido al que se etiqueta por la empresa como disciplinario y mediante el cual se despide a toda la plantilla de trabajadores (o en palabras de la propia recurrente, despido disciplinario ‘independientemente del número de trabajadores a los que éste pueda afectar’). De ser así, no sería necesario solicitar la autorización administrativa exigida por el artículo 51 ET, bastando al empresario con etiquetar el despido como disciplinario, una consecuencia que sin duda no es la deseada por el ordenamiento jurídico. El hecho de alegar a renglón seguido que no se ha cometido fraude de ley (*excusatio non petita*), nos lleva a concluir dos cosas: la primera es que estamos ante un evidente fraude de ley, que como tiene declarado el artículo 6.4 del Código Civil, no es otra cosa que el uso de la Ley para un fin distinto al que ésta pretende. Pero además el incumplimiento del artículo 51 ET no es el fin, sino la consecuencia de todo lo realizado por la actora.”

En relación con el tipo infractor del artículo 8.7 LISOS –transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores–, se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1197/2003), donde la pretensión empresarial de desvirtuar el acta mediante la cronología de los hechos no prospera en sede judicial:

“no es tanto lo relevante cuál haya sido el desencadenante de la reivindicación laboral, como tampoco de la exacta certeza de la cronología expuesta en el Acta, como, en cualquier caso, que se produjo una situación de conflicto laboral con el personal de almacén, que en este contexto la empresa llegó incluso a notificar a los dos trabajadores más activos que para el

XI. Administración Laboral

supuesto de realizar un paro durante la jornada de trabajo serían despedidos disciplinariamente, como que a partir de esto fueron despedidos 10 trabajadores a medida que se intentaron organizar colectivamente en defensa de sus derechos (...) En dichas circunstancias, no se trata simplemente del despido de unos trabajadores donde el solo suceso de su afiliación sindical sea hecho insuficiente para la inversión de la carga de la prueba del móvil empresarial, como propone el escrito de conclusiones de la quejosa con cita de la STC 293/1993, sino que de la existencia de aquellas admoniciones a las trabajadoras más reivindicativas para el supuesto de realizarse paros durante la jornada de trabajo, del conocimiento de la empresa que mediante una citación anónima en el tablón de anuncios se intentaron los trabajadores organizar colectivamente para la defensa de sus derechos, como de la misma existencia objetiva de aquel número considerable de despidos en la plantilla a medida que intentaba organizarse, con la correlativa nueva contratación de otros para las mismas funciones, se desprende, de manera suficiente y razonable, un panorama de sospecha que la actuación empresarial encubre la violación del derecho de los trabajadores a la participación en la empresa, y a no ser discriminado para el empleo por razón de su afiliación”.

En fin, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de septiembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 2308/2002), confirma la sanción impuesta a una empresa por publicitar en el tablón de anuncios de la empresa la apertura de un procedimiento disciplinario contra determinados trabajadores, pues estima que ello se puede reconducir a la conducta tipificada en el artículo 8.11 de la LISOS, donde se considera infracción muy grave los actos empresariales que resulten contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores, negándose que la conducta empresarial quede amparada por la libertad de expresión.

b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

La **STSJ de Asturias de 11 de julio de 2007**, Sala Tercera (recursos 1394/2007 y 1304/2003), señala que la existencia de un riesgo de precipitación al vacío en los trabajos de altura sin las debidas medidas de protección, claramente, determina la comisión del tipo infractor previsto en el artículo 12.16 de la LISOS, máxime cuando se ha producido un accidente, lo que evidencia la insuficiencia de las medidas adoptadas por la empresa; por otra parte, la sentencia destaca que la supuesta negligencia que la empresa sancionada atribuye al propio trabajador por realizar las tareas de ayuda en el corte de ladrillos junto al hueco destinado a ventana, y encima de los escombros que se iban amontonando en el suelo de los residuos del corte, en nada afecta a la responsabilidad del empresario de adoptar las medidas que resulten adecuadas a la actividad que se realiza, probablemente por aquello de que la actividad preventiva debe prever las posibles distracciones del trabajador, como recuerda la **STSJ de Murcia de 14 de septiembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 2546/2003), en un supuesto en el que también se impugna una sanción anudada al artículo 12.16 LISOS. En esta línea, la intrascendencia de la conducta del trabajador a efectos de excluir la responsabilidad empresarial aparece también en la **STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 247/2006).

La amplitud de la responsabilidad empresarial en esta materia se aprecia también en la **STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 652/2007), en la que,

entre otras cosas, se confirma la sanción impuesta a una empresa por no dar a los trabajadores la formación precisa en materia preventiva, algo tipificado como infracción grave en el artículo 12 de la LISOS, sin que el hecho de haber encargado con un servicio ajeno el cumplimiento de la obligación mencionada permita excluir o derivar la responsabilidad hacia el mismo cuando éste proporcione una formación deficiente por su carácter genérico.

El cumplimiento de los deberes de cooperación y coordinación en materia preventiva no pueden quedarse en un plano meramente formal. En este sentido, la **STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1397/2003), confirma la imposición de una sanción a una promotora a la que se imputa la infracción tipificada en el artículo 13.8 de la LISOS, pues el inspector había constatado que desde el inicio de la obra hasta que se giró la visita, carecía del Libro de incidencias en el que han de practicarse las anotaciones correspondientes sobre las deficiencias de seguridad y salud por el coordinador designado por la promotora, así como que la obra padecía de múltiples deficiencias de seguridad laboral relacionadas en el Acta, de lo que se deduce que la promotora demandante no había informado a los empresarios que desarrollaban actividades en la obra sobre los riesgos y de las medidas de protección y prevención, todo esto en una actividad reglamentariamente considerada como peligrosa. En efecto, según se afirma en la sentencia:

“el tipo infractor aplicado no consiste tan sólo en la inaplicación de aquella obligación del promotor, sino, con carácter de anticipación de la defensa del bien tutelado, en la no adopción de las medidas necesarias para garantizar el debido cumplimiento del deber de información e instrucciones en la forma y con el contenido y alcance previstos en la normativa de prevención de riesgos laborales, sobre los riesgos y las medidas de protección y prevención.

Así, visto tanto el ámbito y alcance de la obligación de la promotora respecto la coordinación necesaria para la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos con los empresarios que desarrollen las actividades en el mismo centro de trabajo, esto es la obra en construcción, es claro que no queda colmada con la simple designación del coordinador en materia de seguridad y salud, ni, por ello, exonerado del cumplimiento de esta obligación propia del promotor (así artículo 3 RD 1627/1997, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción), mas tampoco satisfecha mediante la mención cual cláusula de estilo del coordinador en el Libro de ordenes que *s’han de cumplir totes les mesures de seguretat*, pues no es ya que este Libro tiene como función la de proporcionar las instrucciones para la correcta interpretación del proyecto de obras y resolver las contingencias que se produzcan en el proceso constructivo, lo que es completamente ajeno a la específica obligación que nos ocupa, sino que, desde un punto de vista sustantivo de la cuestión, es harto evidente que el complejo contenido obligacional a que se refiere el artículo 24.2 de la citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales no consiste en la expresión apodíctica antes referida con la que se contentó el coordinador y la promotora.”

XI. Administración Laboral

En unos términos parecidos se mueve la **STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 1561/2003), en la que se confirma la sanción impuesta a una entidad bancaria que habría incurrido también en la conducta tipificada en el artículo 13.8 de la LISOS al encargar una obra en sus oficinas y no nombrar un coordinador de seguridad ni realizar el necesario estudio básico de seguridad, pues el técnico nombrado por el banco como promotor de las obras y que asumió la dirección presentó al visado el plan de seguridad después del inicio de la obra, sin que se hubiera realizado nunca ese estudio básico.

La **STSJ de Asturias de 17 de septiembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 33/2004), efectúa la interesante consideración relativa a que del artículo 23 de la Ley 31/1995 no se extrae la conclusión de que las medidas de cooperación entre los empresarios principales que concurren operando en una obra, deban hacerse constar por escrito y conservarlas para la Administración, deduciéndose justo lo contrario del artículo 4 del RD 171/2004, en el que expresamente se dispone que la información sobre ese deber de cooperación se facilitará por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves, ya que carecería de sentido que el precepto predicase dicha obligación formal en los casos de existencia de esa clase de riesgos si fuera exigible en todos los casos; por ello, revoca una sanción impuesta en materia de prevención de riesgos laborales, en la que la Administración había reconducido a la infracción prevista en el artículo 12.13 de la LISOS el hecho de que la empresa no hubiese documentado por escrito las medidas de cooperación, pues en el caso, al margen de que se podía constatar su adopción, no se estaba ante un riesgo grave ni muy grave.

Todavía al hilo de esta materia –coordinación y cooperación en materia preventiva–, la **STSJ de Cantabria de 30 de octubre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1397/2007), confirma doctrina anterior sobre la admisibilidad de la responsabilidad solidaria del contratista en este ámbito, pues la traslación de los principios constitucionales del orden penal al derecho administrativo sancionador no puede efectuarse sin matices, esto es, sin tomar en consideración los aspectos que distinguen ambos sectores del ordenamiento. Así, señala la sentencia:

“De la referida doctrina constitucional se puede extraer la conclusión de que la responsabilidad solidaria establecida en la ley de Prevención debe verse modulada por el principio de culpabilidad, es decir, se hace necesaria la existencia de una conducta del empresario que suponga una intervención de los hechos que justifique su imputación, aun a título de dolo o culpa leve.”

En fin, en relación con el tipo infractor del artículo 13.14 de la 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 del País Vasco de 5 de mayo de 2007**, Sala Tercera (recurso 1170/2006), precisa que el precepto sanciona simplemente la suscripción del acuerdo, sin que resulte necesario para entender cometida la infracción que éste haya producido algún tipo de efecto, por lo que confirma la imposición de la sanción recurrida; asimismo, la **STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1016/2006), también confirma la imposición de la sanción correspondiente

por vulneración del mismo tipo infractor en un caso en el que la cláusula contractual trasladaba al subcontratista cualesquiera responsabilidades que al contratista le pudieran ser imputadas por el incumplimiento, por parte del subcontratista, de las disposiciones, es decir, entre ellas y según razona la sentencia:

“(…) las consecuencias sancionadoras derivadas de su propia responsabilidad en relación con el cumplimiento por el subcontratista de las normas sobre riesgos laborales, permitiendo que se resarza económicamente de ellas sobre el patrimonio del subcontratista, lo que indirectamente supone eludir la responsabilidad que la ley le impone como propia aunque impropriamente se caracterice de solidaria, incidiendo en el tipo sancionador aplicado”.

c) Infracciones de las Empresas de Trabajo Temporal

Con todo, como ya se ha avanzado en las consideraciones preliminares, la sentencia más llamativa del período es la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2007**, Sala Tercera (recurso 2077/2005), en la que revoca la sanción impuesta a una empresa de trabajo temporal, aduciendo como argumento que la LISOS no prevé sanciones en materia de empresas de trabajo temporal, por lo que a pesar de que la conducta esté tipificada, el respeto al principio de legalidad impide sancionar en estos casos:

“la LISOS carece de precepto sancionador para las infracciones en materia de empresas de trabajo temporal.

En efecto el Capítulo II de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden social aprobada por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, referido a las infracciones laborales se divide en las siguientes Secciones: Sección 1ª. Infracciones en materia de relaciones laborales, Sección 2ª. Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, Sección 3ª. Infracciones en materia de empleo y Sección 4ª. Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, refiriéndose el Capítulo III a las Infracciones en materia de Seguridad Social, el Capítulo IV a las Infracciones en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros y el Capítulo V a las Infracciones en materia de sociedades cooperativas; tipificando el artículo 19.2.b) como infracción grave de las empresas usuarias dentro de la Sección 4ª del Capítulo II, Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias: ‘Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal’.

Pues bien si acudimos al artículo 40 de la LISOS, que es el que hace referencia a las sanciones, observamos que se refiere a las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, infracciones por obstrucción, infracciones en materia de prevención de riesgos laborales e infracciones en materia de cooperativas, no conteniendo mención alguna a las sanciones a imponer para las infracciones en materia de empresas de trabajo

XI. Administración Laboral

temporal y empresas usuarias, de hecho ni el acta ni la Resolución sancionadora mencionan en qué precepto está prevista la sanción para tal infracción, por lo que entendemos que ésta está tipificada pero no sancionada. En este punto debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, EDJ 1983/77, 42/1987, de 7 de abril, EDJ 1987/42, 101/1988, de 8 de junio, EDJ 1988/417, y 29/1989, de 6 de febrero, EDJ 1989/1110, entre otras), el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la Constitución incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. La segunda, de carácter formal, hace referencia al rango de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones, por cuanto el término legislación vigente contenido en el artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley.

Pues bien en el caso presente, como dijimos, la imposición de una sanción por una infracción que no la tiene prevista en la Ley vulnera el principio de legalidad en su aspecto material y el artículo 25 de la Constitución, por lo que no puede ser impuesta”.

Ciertamente, la interpretación sostenida en esta sentencia parece formalista en exceso, si se atiende al origen histórico de estas previsiones –inicial tipificación de las infracciones en esta materia en la Ley 14/1994, con remisión a la LISOS en lo relativo a las sanciones previstas para las relaciones laborales; ulterior trasvase de las infracciones hacia la LISOS con olvido de la referencia a las sanciones–; de hecho la posibilidad de sancionar a las empresas de trabajo temporal con base en la LISOS no se cuestiona en otros pronunciamientos: **SSTSJ de Cataluña de 12 de julio, 21 y 28 de septiembre de 2007**, Sala Tercera, (recursos 1001/2003, 158/2006 y 159/2006).

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) Contrato de seguro. Mejoras voluntarias de la Seguridad Social. B) Acoso laboral "horizontal". Responsabilidad de la Administración Pública empleadora. C) Determinación de trabajadores afectados por un ERE. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) De los tribunales españoles. B) Interpretación del acuerdo colectivo aplicable tanto a funcionarios como a personal laboral. Retenciones de IRPF y Seguridad Social. **4. Demanda. Defectos. 5. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de acción. D) Falta de legitimación activa. No se aprecia. E) Litisconsorcio pasivo necesario. F) Litispendencia. G) Prescripción. **6. Práctica de la prueba. Carga de la prueba. 7. Sentencia. Incongruencia.** A) Inexistencia. B) Existencia. **8. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación. B) Exención. Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. C) Incapacidad temporal. D) Responsabilidad del FOGASA. **9. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Falta de legitimación. B) Interposición. a) Admisión de documentos. b) Motivos. Imposibilidad de uso simultáneo de varias vías de recurso en el mismo motivo. **10. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Cuestión nueva. C) Contradicción. Requisitos materiales. D) Escrito de interposición. **11. Recurso de casación.** A) Cuestión nueva. B) Fundamentación. **12. Recurso de revisión. Motivos de interposición.** A) Documentos recobrados. B) Maquinación fraudulenta. **13. Ejecución de sentencia. Readmisión irregular. 14. Costas. 15. Temeridad.**

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 a 12 (ambos inclusive) del año 2007 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Contrato de seguro. Mejoras voluntarias de la Seguridad Social

La STSJ de Asturias de 4 de mayo de 2007, I.L. J 1459, afirma la competencia del orden social para conocer de los sistemas de mejoras voluntarias incluidos en contratos de seguro, pues aunque no estén expresamente fijados en pacto colectivo ni en contrato de trabajo, ello no desvirtúa “(...) la existencia de esta mejora en el ámbito particular de negociación entre empresario y trabajador (...)”. Adicionalmente, el TSJ señala que tampoco obsta el hecho de que la póliza fuera suscrita por la Federación de Cofradías de Pescadores y no por la embarcación en la que estaba enrolado el demandante, pues dicha embarcación estaba asociada a la Federación, habiéndose suscrito la póliza para cubrir los riesgos de todos los trabajadores de los miembros de la Federación.

B) Acoso laboral “horizontal”. Responsabilidad de la Administración Pública empleadora

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1418, analiza un supuesto en el que un trabajador con una minusvalía psíquica del 66% es vejado e insultado por sus compañeros de trabajo. Los familiares del trabajador presentan una demanda de tutela de derechos fundamentales por el acoso sufrido, que es estimada. Se recurre por la Administración empleadora alegando la incompetencia del orden social pues el acoso laboral fue “horizontal”. El recurso es desestimado por cuanto “(...) cuando la Administración actúa en el marco de una relación laboral, como es el caso, debe recibir un tratamiento acorde con su condición de empleador o empresario, sin privilegios especiales. La pretensión que se ejercita en este litigio deriva directamente de la relación laboral que mantienen demandante y demandado, por lo que su conocimiento compete a este orden de la jurisdicción, con independencia de si el empresario es una entidad pública o privada, al prescindir de esta circunstancia el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral en su referencia a empresarios, sin otro calificativo (...)”.

C) Determinación de trabajadores afectados por un ERE

La STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 2007, I.L. J 1712, manifiesta la competencia del orden social para conocer del fondo del asunto: determinar si los criterios que se han seguido para seleccionar a los trabajadores afectados por un ERE le son de aplicación al actor. El TSJ desestima el recurso de la empresa, pues entiende que en este procedimiento no se entra a examinar las causas del despido colectivo, ni su real concurrencia –cuestiones que sí deberían dilucidarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa–, sino los criterios de selección señalados en la resolución administrativa y su aplicación a un trabajador concreto, cuestión esta que sí debe ser analizada por el orden social de la jurisdicción.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) De los tribunales españoles

Se analiza en la STS de 20 de julio de 2007, Sala de lo Social, I.L. J 1517, un complejísimo caso de posible cesión ilegal de trabajadores efectuado entre dos compañías aéreas. La particularidad e interés del supuesto reside principalmente en el detallado análisis llevado a cabo por el Alto Tribunal sobre las normas aplicables cuando aparece un “elemento extranjero” en la jurisdicción española. En este supuesto, una de las compañías aéreas que cedía personal no estaba domiciliada en España sino en EEUU, por esta razón y en aplicación del artículo 25.2 LOPJ, se entiende que los tribunales españoles no son competentes para analizar la posible cesión de personal por la compañía domiciliada en EEUU. En cambio, siendo el mismo supuesto de hecho, el TS entiende que los tribunales españoles sí son competentes para enjuiciar la posible cesión ilegal de trabajadores efectuada por la compañía domiciliada en España en virtud de lo previsto en el artículo 19 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial en la Unión Europea.

B) Interpretación de acuerdo colectivo aplicable tanto a funcionarios como a personal laboral

La STS de 12 de junio de 2007, Sala de lo Social, I.L. J 1462, declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de una impugnación planteada sólo respecto de una parte de los afectados por un pacto colectivo. Exclusivamente se solicitaba la impugnación del pacto en relación con aquellos que tenían contrato de trabajo sometido al ET. Sin embargo, el pacto colectivo se suscribió entre los sindicatos más representativos y la sociedad estatal empleadora para que fuera de aplicación tanto al personal laboral como a los funcionarios de dicha entidad. La sentencia declara la incompetencia del orden social en esta materia por cuanto “(...) no cabe aquí una separación hipotética de las pretensiones, pues, por definición, no es posible una interpretación general de una norma cuyos destinatarios principales (los funcionarios en este caso) quedan fuera del conflicto (...)”. Se advierte a las partes que la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo, “(...) sin perjuicio de que (...) los eventuales conflictos individuales o plurales (del personal laboral) se sustancien por la vía del proceso social ordinario ante la jurisdicción (...)”.

C) Retenciones de IRPF y Seguridad Social

La STS de 2 de octubre de 2007, I.L. J 1697, reafirma una vez más su doctrina respecto de la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de las deducciones realizadas en el concepto de IRPF y Seguridad Social, al entender que este orden carece de competencia para determinar “(...) si han de realizarse o no retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las persona físicas, y en su caso por qué importe (...)” y también respecto de los descuentos de cuota obrera pues “(...) tales cuestiones entran dentro del ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, que han de ser examinadas por la jurisdicción contencioso-administrativa (...)”. Es destacable en esta Sentencia la reflexión siguiente: “(...) en el acto conciliatorio se fijan unas determinadas sumas, las cuales, al no hacerse ninguna clase de precisión ni aclaración en relación a ellas, han de entenderse referidas al importe bruto o completo de las obligaciones reconocidas. Por

ello, no puede negarse a la empresa la posibilidad de aplicar los descuentos legales pertinentes; y con este punto de partida, es indiscutible (...) que las cuestiones que se planteen no pueden ser conocidas ni resueltas por el orden jurisdiccional social (...). Aun cuando es una cuestión ya analizada y afirmada con anterioridad, es nuevamente destacable e interesante recordar que el Alto Tribunal reitera la legalidad de efectuar los “descuentos legales pertinentes” cuando no se especifique si las cantidades acordadas, ya sea en conciliación judicial o administrativa, son brutas o netas.

4. DEMANDA. DEFECTOS

La STSJ de Galicia de 24 de enero de 2007, I.L. J 1446, entiende que no se ha producido la alegada indefensión derivada de la defectuosa redacción de la demanda, ya que los demandados disponían de suficientes elementos en ella para poder preparar una defensa adecuada. La circunstancia de que no se concretaran las fechas en las que acaecieron los hechos alegados en un supuesto de acoso continuado no obliga a alcanzar una conclusión distinta.

5. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2007, I.L. J 1337, analiza los efectos suspensivos en un procedimiento por despido de la presentación de la papeleta de conciliación ante los Servicios Territoriales de Barcelona, cuando debiera haberse hecho en una Sección Delegada de éstos por razón del territorio. La sentencia concluye que el efecto suspensivo se mantiene atendiendo a que la finalidad de la conciliación se ha cumplido materialmente, tratándose además el órgano competente de una Sección Delegada de aquél en el que efectivamente se realizó la conciliación. La STC 172/2007, de 23 de julio (recurso de amparo número 133/2004), I.L. J 1374, analiza un supuesto en el que se interpuso erróneamente papeleta de conciliación contra un despido en lugar de reclamación previa. El TC concluye que no cabe la apreciación de la excepción de caducidad por haberse cumplido la finalidad que inspira el trámite, además de por el hecho de que no se ofreció al recurrente en ningún momento la posibilidad de subsanar el defecto procesal apreciado, compareciendo la empresa ante el servicio de conciliación sin realizar objeción alguna sobre los defectos del procedimiento.

B) Cosa juzgada

Las SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de enero de 2007 –tres–, I.L. J 1581, 1582 y 1583, aprecian la excepción de cosa juzgada por entender que la reclamación planteada por el actor ya había sido resuelta por el TC en un procedimiento previo, lo que no permite un nuevo replanteamiento de ésta.

XII. El Proceso Laboral

C) Falta de acción

La STSJ de Navarra de 17 de enero de 2007, I.L. J 1258, recuerda que la excepción de falta de acción “(...) no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia (...)”. En todo caso, la desestima por entender que el mero hecho de que el objeto del procedimiento afecte a obligaciones futuras, no impide que quien es acreedor de un derecho condicionado pueda ejercitar las acciones que entienda adecuadas para su mantenimiento, como en el caso analizado ocurre mediante la aclaración de lo pactado en el Reglamento del Plan de Previsión Social. Por su parte, la STS de 18 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1509, declara la falta de acción del actor por entender que se está formulando una pretensión meramente declarativa para el reconocimiento genérico de la naturaleza laboral de una relación ya extinguida, no respondiendo ésta a un conflicto real y actual.

D) Falta de legitimación activa. No se aprecia

Las SSTS de 11, 14 y 19 de junio de 2007, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1290, 1295 y 1300, reconocen la legitimación activa de cualquier trabajador incluido en un ERE, aunque no lo hubiera impugnado, para accionar por la falta de readmisión tras la anulación judicial de la resolución administrativa que autorizó el ERE.

E) Litisconsorcio pasivo necesario

La STSJ de Extremadura de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1536, aprecia la falta de litisconsorcio pasivo necesario por entender que no puede determinarse si ha existido una conculcación del derecho de libertad sindical por incumplimiento del crédito horario, sin llamar al procedimiento al otro trabajador que sostiene ser titular del derecho reclamado.

F) Litispendencia

La STSJ de Baleares de 30 de abril de 2007, I.L. J 1640, entiende que, la existencia de un procedimiento penal en el que se ejercía la responsabilidad civil *ex delicto*, es inviable con la reclamación de daños y perjuicios simultánea que los mismos actores ejercitan en el procedimiento laboral “(...) y no sólo por el juego de la litispendencia ordinaria, aplicable al existir identidad de objeto litigioso, (...), sino en virtud de la más radical prohibición que dicta el artículo 111 de la LECrim de que, mientras esté pendiente la acción penal, se ejercite la civil con separación hasta que aquélla quede resuelta por sentencia firme (...)”. La STSJ de Asturias de 19 de enero de 2007, I.L. J 1441, señala que la apreciación de litispendencia “(...) exige que entre el objeto del proceso que como vinculante se contempla y el que sea propio de aquél en que dicha excepción pudiera actuar, ha de existir identidad en cuanto a sujetos, la causa de pedir y la petición (...)”, lo que no se cumple en el supuesto analizado por no existir identidad subjetiva al tratarse de litigantes distintos.

G) Prescripción

En materia salarial, las SSTS de 18 de junio de 2007 y de 12, 24 y 26 de julio de 2007, I.L. J 1297, 1514, 1734 y 1666, todas de la Sala Cuarta, declaran que, por aplicación del artículo 59.2 ET, en las reclamaciones de pagas extraordinarias interpuestas por trabajadores con el contrato suspendido en virtud de pacto de prejubilación, debe considerarse prescrita la deuda únicamente durante el período anterior al último año a contar desde la reclamación, al ser obligaciones de tracto sucesivo. También en materia salarial, entre otras, las SSTS de 12, 13 19, 27 y 28 de junio de 2007 y de 18, 20 y 24 de julio de 2007, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1292, 1561, 1299, 1575, 1473, 1430, 1429 y 1482, establecen que el *dies a quo* para la reclamación de unas cantidades no reconocidas en el convenio colectivo de aplicación a un determinado grupo de trabajadores es el del momento en que éstas quedaron fijadas, y no el de la entrega a cuenta que se hizo por la empresa a la espera de su fijación definitiva respecto al resto de trabajadores beneficiados. La STSJ de Navarra de 31 de enero de 2007, I.L. J 1257, aprecia que la reclamación efectuada por el actor en diciembre del 2005, interrumpe la prescripción de la reclamación sobre la actualización de la totalidad del sueldo anual de 2004, por entender que el sueldo se fijaba en dicho caso por años, aunque se devengase por meses, debiendo transcurrir el último día del año computable para que se agote el plazo de prescripción. La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de mayo de 2007, I.L. J 1418, establece que el *dies a quo* para la reclamación en demanda de tutela de derechos fundamentales en un supuesto de acoso laboral se debe entender "(...) no desde el primer episodio conflictivo sino desde la última acción de acoso, cuando tras reiterados comportamientos lesivos, se evidencie la existencia de una secuencia con unidad de sentido (...)". Por su parte, la STSJ de Galicia de 19 de enero de 2007, I.L. J 1450, señala que el ejercicio de una acción penal no interrumpe la prescripción de la reclamación en el proceso laboral. La interposición de un conflicto colectivo previo interrumpe el plazo de prescripción de la acción individual; así lo confirma la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de mayo de 2007, I.L. J 1722, que desestima la excepción de prescripción alegada.

6. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA

De conformidad con el artículo 217.2 LEC, incumbe al trabajador demandante la prueba de los hechos constitutivos del derecho reclamado, mientras que al demandado corresponde acreditar los hechos extintivos o impositivos de esos derechos. Así lo declara la STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2007, I.L. J 1334, en una reclamación de horas extraordinarias; se requiere al actor, según reiterada doctrina judicial, una prueba detallada y estricta de la realización del número de horas reclamadas.

7. SENTENCIA. INCONGRUENCIA

A) Inexistencia

En un proceso de reclamación de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, la STSJ de Madrid de 27 de abril de 2007, I.L. J 1283, desestima el motivo por el cual el recurrente

XII. El Proceso Laboral

pretende se declare la incongruencia de la sentencia de instancia. El TSJ entiende que, desestimado el derecho postulado, era inexigible por innecesario un pronunciamiento sobre su cuantificación. Añade el TSJ que “(...) si lo que quiere indicar la parte recurrente es que la cuantificación del derecho corresponde exclusivamente al juez de instancia, (...) bien podía (...) plantear en este momento las oportunas revisiones fácticas para que los hechos probados recogieran los datos necesarios de los que obtener las cantidades que reclama, pudiendo esta Sala introducir las, así como las cuestiones jurídicas que al respecto pueda plantear el recurso, sin que con ello se sustraiga al juez de instancia ninguna facultad o competencia (...)”. Las **SSTSJ de Aragón de 4 de abril de 2007**, I.L. J 1414 y 1415, razonan también sobre una alegada incongruencia de la sentencia de instancia, desestimándola y, en tal sentido, exponen que “(...) el principio de congruencia es compatible con la utilización por el órgano judicial del principio *iura novit curia*, en virtud del cual los Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, lo que obliga a desestimar esta pretensión de la parte recurrente (...)”. A su vez, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 2007**, I.L. J 1400, resulta interesante porque, aludiendo a la doctrina constitucional —y con cita expresa de varias sentencias— desestima la pretensión de incongruencia *extra petita* y declara que (i) para que la incongruencia tenga relevancia constitucional debe implicar modificación sustancial del objeto del proceso, indefensión y un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes; (ii) no es incongruente que el Juez aplique unas consecuencias no solicitadas por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario, máxime en el proceso laboral en el que la aplicación de principio dispositivo tiene menos rigor que en proceso civil, y (iii) el principio *iura novit curia* tiene en el proceso laboral una mayor intensidad, pues al no requerirse una fundamentación jurídica de la demanda y no ser obligatoria la postulación en la instancia, el Juez *a quo* se ve obligado en ocasiones “(...) a corregir determinados enfoques jurídicos inadecuados o a suplir omisiones producidas por error de las partes, sin que por eso abandone su imparcialidad (...)”. También la **STS de 11 de julio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1477, desestima la alegación de incongruencia —esta vez omisiva—. Aclara el TS lo que la Sala ha venido distinguiendo en anteriores ocasiones a estos efectos: de una lado, las alegaciones de las partes y, de otro, sus pretensiones en sí mismas consideradas, de forma que respecto de estas últimas la exigencia de congruencia es más rigurosa, mientras que cabe dar una respuesta genérica o global a las alegaciones aducidas por las partes, sin ser por tanto exigible una contestación singular a cada una de ellas. De otro lado, igualmente se desestima la alegación de incongruencia por la **STSJ de Navarra de 8 de mayo de 2007**, I.L. J 1762: no se incurre en dicho vicio por introducir en la sentencia las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido, al ser un pronunciamiento necesario y acorde con las pretensiones de la demanda.

B) Existencia

En una demanda de oficio en la que se interesa del Juzgado de instancia la declaración de la naturaleza laboral de la relación de servicios de la empresa presuntamente infractora con varias personas, el Juez *a quo* se limitó en su fallo a declarar la procedencia de la sanción impuesta y la liquidación de cuotas practicada. Recurrída dicha sentencia por la empresa, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 2007**, I.L. J 1622, declara

la existencia de un vicio de incongruencia de la sentencia de instancia pues, no sólo no debió de entrar a valorar la existencia de infracción y a enjuiciar la procedencia de la sanción impuesta por la Administración demandante, sino que debió limitarse a decidir la estimación o no de la demanda en función de la única pretensión de ésta —existencia o no de relación laboral entre las partes—, lo que precisamente deja sin resolver. Por su parte, en una reclamación de grado de incapacidad permanente, la **STS de 25 de julio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. 1665, aun cuando no estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, por entender que no existe contradicción, remite a la parte presuntamente indefensa por el vicio de incongruencia a solicitar protección mediante el incidente de nulidad de actuaciones, o bien por la vía de error judicial o, incluso, acudiendo al amparo.

8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Limitación

La empresa reconoció la improcedencia del despido en el acto de conciliación previo a la vía judicial y, al día siguiente, depositó en los Juzgados de lo Social la correspondiente indemnización por despido y la cuantía neta de los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la conciliación. Ante estos antecedentes, la **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2007**, I.L. J 1250, a los efectos de limitación del devengo de salarios de tramitación, entiende que éstos no pueden quedar limitados y que por lo tanto la empresa debe ser condenada a abonar los salarios hasta la notificación de la sentencia, pues en el acto de conciliación hizo un ofrecimiento genérico de la indemnización por despido improcedente sin explicitar la cuantía concreta que se ofrecía al empleado despedido. Por su parte, la **STSJ de Baleares de 2 de mayo de 2007**, I.L. J 1652, insiste en la no validez de un pago directo al empleado de la indemnización por despido correspondiente, a los efectos de la limitación de los salarios de tramitación, siendo necesario el depósito judicial establecido normativamente.

B) Exención. Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

La **STSJ de Valencia de 9 de marzo de 2007**, I.L. J 1280, analiza un supuesto en el que la trabajadora despedida había disfrutado de una excedencia por cuidado de hijo, incorporándose a la empresa antes de transcurrir un año desde el inicio de su disfrute. La empresa procedió a reconocer la improcedencia del despido de la actora y a realizar el depósito judicial de la indemnización, que fue calculada sin tener en cuenta, como tiempo de servicios, el período de excedencia. El TSJ concluye que, como quiera que al amparo de dicha excedencia, la trabajadora conserva un derecho a reserva de su puesto de trabajo durante un año, tiene derecho a que ese lapso de tiempo compute a efectos de la indemnización por despido. Y ello, porque lo contrario no respondería a las últimas modificaciones legislativas encaminadas a promover la conciliación de la vida familiar y profesional, ni sería fiel interpretación de la voluntad del legislador en esta materia. No obstante, entiende el TSJ que siendo ésta una cuestión puramente jurídica, controvertida

XII. El Proceso Laboral

y compleja, no procede el devengo de salarios de tramitación, pues se evidencia la buena fe y diligencia con la que ha actuado la empresa demandada, lo que ampara la aplicación de error excusable a estos efectos. Por el contrario, la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2007**, I.L. J 1274, al analizar los conceptos salariales que deben o no quedar excluidos del cómputo de la indemnización por despido, declara que si bien en este supuesto los tickets restaurante y los gastos del móvil no tienen naturaleza salarial a tales efectos, no es excusable que la empresa no incluyera en dicho cálculo el variable que debería haber pagado a la actora por haberlo devengado a la fecha de su cese (y que la empresa no cuantificó hasta un mes después), pues la empresa disponía, a la fecha del despido, de todos los elementos necesarios para ello. En consecuencia, se declara el devengo de salarios de tramitación por haber calculado incorrectamente la indemnización por despido. Resulta de interés en esta materia la **STS de 27 de junio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1577, por cuanto distingue entre una consignación insuficiente por error excusable y la que sería insuficiente por negligencia o error inexcusable; y en este sentido, el TS declara que sería excusable un error de escasa cuantía debido a la no inclusión de un determinado concepto de pago esporádico y de cuantía poco relevante. Por su parte, la **STSJ de Extremadura de 3 de mayo de 2007**, I.L. J 1654, declara la existencia de error excusable y, en consecuencia, la exención en el pago de los salarios de tramitación, pues la diferencia en la cuantía de la indemnización se debía a una discrepancia entre las partes respecto de la antigüedad del trabajador en la empresa.

C) Incapacidad temporal

La **STS de 4 de julio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1497, analiza, a los efectos del devengo de salarios de tramitación, un supuesto en el que el trabajador despedido se encontraba en situación de IT, en la que permaneció durante la tramitación del procedimiento de despido. Aludiendo a doctrina unificada, la Sala de lo Social declara que no cabe imponer a la empresa condenada el abono de los salarios de tramitación, por cuanto la IT exonera de la obligación de remunerar el trabajo (que por otro lado no se presta), siendo a estos efectos indiferente que la empresa sea autoaseguradora de la contingencia. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de febrero de 2007**, I.L. J 1629.

D) Responsabilidad del FOGASA

En la **STS de 24 de julio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1664, se analiza la responsabilidad del FOGASA respecto de los salarios de tramitación no abonados por la empresa declarada insolvente, en tanto que el despido se produjo cuando estaba vigente el artículo 31.1 ET antes de ser modificado por el Real Decreto-Ley 5/2002 (no se contemplaba entonces la responsabilidad del FOGASA por tal concepto) mientras que el auto que resolvió el incidente de no readmisión así como el que declaró la insolvencia de la demandada fueron dictados una vez en vigor dicho Real Decreto-Ley. El TS confirma su doctrina anterior (cita expresamente la **STS de 12 de febrero de 2007**) y declara que ha de estarse al principio de prestación causada y, por tanto, a la fecha de declaración de la insolvencia, al ser éste un elemento fundamental de la *conditio iuris*, pues no basta a los efectos analizados el acto extintivo de la relación contractual (fecha del despido).

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La STS de 16 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1602, afirma que la afectación general regulada en el artículo 189.1.b) LPL debe entenderse como una situación de conflicto generalizado que puede ser apreciada por el Juez, aunque no se hayan incoado muchos procesos judiciales en relación con una determinada cuestión. Asimismo, el TS señala que esta afectación general se refiere a tres supuestos diferentes: (i) que sea notoria, (ii) que haya sido alegada y probada en el juicio y (iii) que el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. Según el TS, de esta triple diferenciación se deduce que únicamente es necesaria la previa alegación de parte y la prueba en el segundo de los supuestos referidos, no siendo precisas cuando se trate de hechos notorios ni cuando el asunto posea claramente un contenido de generalidad. En este mismo sentido, la STS de 26 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1391, considera que cuando la cuestión litigiosa se centra en determinar si una determinada norma es aplicable a un grupo de trabajadores, resulta evidente que existe un interés generalizado en la resolución que se dicte (el de todos aquellos que se puedan ver beneficiados o perjudicados por su aplicación), y que tal interés es notorio.

b) Falta de legitimación

De acuerdo con la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2007, I.L. J 1247, constituye presupuesto social básico en todo recurso la existencia de un gravamen o perjuicio real y efectivo, no meramente teórico, para la parte que lo formula. Por lo tanto, la legitimación para interponer el recurso de suplicación recae en la parte que haya resultado perjudicada por la parte dispositiva de la sentencia recurrida. Por ello, la apreciación subjetiva del litigante absuelto sobre unos lejanos y potenciales perjuicios extraprocesales, no es suficiente para generar un interés protegido que le confiera legitimación para recurrir.

B) Interposición

a) Admisión de documentos

La STSJ de Asturias de 26 de enero de 2007, I.L. J 1442, sostiene que, como regla general, no debe admitirse la presentación de documentos ni la alegación de hechos que no resulten de los autos. No obstante y como excepción a dicha regla general, el recurrente podrá presentar algún documento de los comprendidos en el artículo 270 LEC, siempre y cuando en el mismo se contengan los elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 LPL. En tal supuesto, la Sala, oída la parte contraria, dispondrá si procede o no su aportación mediante Auto motivado.

XII. El Proceso Laboral

b) Motivos. Imposibilidad de uso simultáneo de varias vías de recurso en el mismo motivo

Declara la STSJ de Asturias de 4 de mayo de 2007, I.L. J 1457, que no cabe el uso simultáneo de dos vías diferentes para fundamentar el recurso —la dedicada a la revisión de hechos probados y la de censura jurídica de la sentencia— en un mismo motivo de suplicación. Por el contrario, cada una de las vías del recurso debe realizarse por separado y en motivos diferentes, formulado cada uno con la suficiente precisión y claridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194.2 LPL. De otro lado, afirma el TSJ que las violaciones de normas o garantías del procedimiento causantes de indefensión alegadas por el recurrente, tienen un cauce de impugnación específico en el artículo 191.a) LPL, cuyo objetivo es reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de dicha vulneración.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

Las SSTS de 12 y 19 de julio de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1434 y 1486 respectivamente, declaran que carecen de contenido casacional para la unificación de doctrina aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por el TS. Asimismo, la STS de 3 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1496, destaca la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina respecto de la calificación de conductas en materia de despido disciplinario, ante la dificultad de apreciar las identidades fácticas que impone el artículo 217 LPL.

B) Cuestión nueva

La STS de 19 de septiembre de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1750, aclara el concepto de cuestión nueva reiterando que su planteamiento está vedado en casación unificadora. En particular, el TS señala que cuando el recurrente en casación también lo fue en suplicación, sólo deben considerarse cuestiones nuevas aquellas que no hubieran sido planteadas previamente en suplicación.

C) Contradicción. Requisitos materiales

Las SSTS de 13 y 17 de julio de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1484 y 1438, consideran, ante el mismo supuesto fáctico, que el requisito de la contradicción de sentencias que regula el artículo 217 LPL exige que las resoluciones que se comparen contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

D) Escrito de interposición

Las SSTs de 6 de junio y de 3 de julio de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1376 y 1491, sostienen que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. De este modo, la parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción mediante una argumentación y un examen que sean suficientes para ofrecer, a la parte recurrida y a la Sala, los términos en que sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, de sus fundamentos y del objeto de las pretensiones.

11. RECURSO DE CASACIÓN**A) Cuestión nueva**

Afirma la STS de 12 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1538, que el enjuiciamiento de cuestiones nuevas no es posible en un recurso de casación, pues éste ha de ceñirse, bien a los errores de apreciación fáctica, bien a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida. Dicha limitación de la capacidad de enjuiciamiento se realiza en atención, tanto al carácter extraordinario del recurso de casación, como a las garantías de defensa de la parte recurrida, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo.

B) Fundamentación

El recurso de casación debe fundamentarse en la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Ésta es la conclusión de la STS de 25 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1607. En ese mismo sentido, la STS de 18 de octubre de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1772, afirma que el objeto de este recurso es la protección de la norma y la jurisprudencia y, en consecuencia, es condición primordial para su fundamentación que se combatan los razonamientos de la sentencia impugnada y no los argumentos del acto administrativo del que trae causa dicha sentencia.

12. RECURSO DE REVISIÓN. MOTIVOS DE INTERPOSICIÓN**A) Documentos recobrados**

Resumiendo la doctrina jurisprudencial en la materia, la STS de 28 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1369, determina los requisitos para que los “documentos recobrados” puedan sustentar la pretensión revisora: (i) que ya existieran en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, y no los posteriores o sobrevenidos a ella; (ii) que

XII. El Proceso Laboral

hayan sido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo, y (iii) que sean decisivos, esto es, que su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento. Tras este resumen, el TS desestima el recurso de revisión interpuesto por dos motivos: de una parte, se argumenta que el documento aportado que el recurrente pretende calificar como “documento recobrado” es de la misma fecha que la sentencia recurrida y, por lo tanto, no anterior a ésta y, de otra, el TS considera que dicho documento no es decisivo para el resultado del fallo.

B) Maquinación fraudulenta

La causa de revisión prevista en el artículo 510. 4º LEC requiere que la maquinación haya sido realizada personalmente o con auxilio de un tercero por la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable. Así lo declara la **STS de 28 de junio de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 1464, que afirma además que la carga de la prueba de la veracidad de dicha maquinación incumbe a la parte recurrente.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. READMISIÓN IRREGULAR

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de mayo de 2007**, I.L. J 1732, afirma que la readmisión por parte del empresario del trabajador despedido improcedentemente será regular en la medida en que éste vuelva a desempeñar su labor en el mismo puesto de trabajo y en condiciones idénticas a las existentes con anterioridad al despido. No obstante, el TSJ puntualiza que la jurisprudencia del TS ha flexibilizado dichos requisitos, permitiendo ciertas modificaciones por parte del empresario dentro del ejercicio del *ius variandi* empresarial, siempre y cuando dichas modificaciones obedezcan a razones objetivamente fundadas y no impliquen el quebranto de los derechos fundamentales del trabajador readmitido. En este mismo sentido, y ante supuestos casi idénticos, se pronuncian las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 16 –dos– y 17 –tres– de mayo de 2007**, I.L. J 1730, 1729, 1728, 1727 y 1726.

14. COSTAS

En relación con el Instituto Madrileño de Salud y con el Servicio Canario de Salud respectivamente, y en consonancia con el criterio jurisprudencial relativo al beneficio de la justicia gratuita de los Servicios de Salud de las CCAA, las **SSTS de 24 de julio y de 24 de septiembre de 2007**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1663 y 1671, consideran que, si bien dichos servicios no figuran como Entidades Gestoras de la SS en la relación que se contiene en el artículo 57 LGSS, como consecuencia de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo desde el antiguo INSALUD a las distintas CCAA, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han pasado a ocupar, a nivel autonómico, el mismo lugar que tenía reconocido el INSALUD para todo el Estado. Por ello, deben considerarse Entidades Gestoras, con el consecuente reconocimiento del beneficio de la justicia gratuita y la exención de costas en los recursos de suplicación, al amparo del artículo 233 LPL.

15. TEMERIDAD

La STSJ de Madrid de 28 de junio de 2007, I.L. J 1283, declara que la discrecionalidad del Juez de instancia a la hora de imponer la multa por temeridad regulada en el artículo 97.3 LPL puede ser analizada, y eventualmente anulada por el Tribunal competente, siempre y cuando la medida adoptada fuera arbitraria. En este supuesto, el TSJ considera que la aportación por la parte demandante en el acto del juicio de un documento al que no hizo referencia en la demanda, no puede entenderse como una actuación temeraria o contraria al principio de buena fe, dado que en la LPL no existe ningún precepto que obligue al demandante a proponer y aportar prueba en su escrito de demanda, con excepción de lo previsto en el artículo 94.1 LPL en relación con la prueba documental solicitada de contrario.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

ANA ALÓS RAMOS

ANA FIGUERA GARRIDO

CRISTINA TABOADA BAQUERO

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Recargo de prestaciones. A) Falta de medidas de seguridad ante inclemencias atmosféricas. B) Falta de medidas de seguridad por ausencia de información. C) Imprudencia del trabajador. D) Alcance del recargo. E) Empresario responsable: responsabilidad solidaria. **2. Expediente administrativo del recargo.** A) Falta de audiencia. B) 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 J 1242 a J 1784), correspondientes los meses de enero (dos), febrero y marzo de 2008, 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.

1. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Falta de medidas de seguridad ante inclemencias atmosféricas

La STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2007, I.L. J 1319, aborda este tema del recargo de prestaciones concretamente en el sector de la construcción donde resulta de aplicación el Real Decreto 1627/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras

de construcción y específicamente se señala como infringido por el empresario el Anexo IV, punto 4-C, que exige proteger a los trabajadores contra las inclemencias atmosféricas como norma no de carácter genérico sino concreto y que obliga a tal protección respecto de aquellas inclemencias que puedan poner en peligro la seguridad de los trabajadores. En el caso de la sentencia analizada la empresa tenía conocimiento de que el muro no estaba bien anclado así como de la existencia de fuertes vientos anunciados por Protección Civil. Por tanto queda probado que el riesgo de caída del muro en atención a esas circunstancias era posible y previsible y que, incluso, en la misma obra, aunque de otra empresa concurrente, se procedió a ordenar a otros trabajadores que bajasen del techo de la nave por los peligros que esas inclemencias atmosféricas entrañaban.

B) Falta de medidas de seguridad por ausencia de información

La STSJ de Asturias de 16 de febrero de 2007, I.L. J 1304, también se refiere al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el sector de la construcción. Concretamente a la falta de información al trabajador sobre el Plan de seguridad de la obra, recomendaciones sobre procedimientos de trabajo o particularidades de la demolición, ni de los riesgos o prohibiciones para circular o trabajar sobre planchas de viroterm, es decir, planchas de virutas largas de madera resinosas, mineralizadas e impregnadas de cemento. En el Estudio Básico de Seguridad y Salud de la obra de sustitución de cubierta se indica que “en cuanto a disposiciones mínimas de carácter general, concretamente se considera la estabilidad y solidez del local sobre el cual se actúa (...). No se observan riesgos especiales para los trabajadores ni vías de circulación o zonas peligrosas (...). En cuanto las disposiciones mínimas de seguridad y salud concretas se puede decir que son las anteriormente citadas de forma general. Aquellas otras relativas a los trabajos en el exterior del edificio serán muy reducidas; no obstante se observará la estabilidad y solidez de los paramentos, la previsión de caídas de objetos y la protección del clima exterior”. En el citado Plan de Seguridad no aparece ni el técnico que lo realizó ni su aprobación así como tampoco consta ninguna referencia específica a demoliciones o derribos de cubierta, riesgos, medidas preventivas, planificaciones, métodos o procedimientos adecuados de trabajo ni su supervisión.

Ante estos hechos la Sentencia citada constata claramente la ausencia total del deber de información al trabajador fallecido sobre el procedimiento de trabajo y los riesgos o prohibiciones de trabajar sobre un suelo de material viroterm y cuya ausencia fue determinante del posterior accidente.

C) Imprudencia del trabajador

La STSJ de Madrid de 30 de abril de 2007, I.L. J 1646, trata de un accidente que se debió en exclusiva a la imprudencia profesional del trabajador sobre el que consta como hechos probados que recibió la formación sobre prevención de riesgos en la manipulación manual de cargas, y que se le entregó una ficha de riesgos que firmó sobre utilización de medios mecánicos a su alcance para cualquier manipulación de cargas en altura y en concreto lla-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

mar a los carretilleros. Que el accidentado, sin embargo, se sirvió de una escalera manual para coger una carga situada en una estantería palatizada a tres metros y al tirar de la caja para sacarla del palé ésta arrastró a las cajas de abajo y cayeron todas sobre el trabajador.

Ciertamente el recargo exige la acreditación de una infracción reprochable a la empresa que sea causa trascendente en la producción del siniestro, siendo ésta la *ratio legis* del artículo 123 TRLGSS que le otorga autonomía hasta el extremo de que su importe no se corresponde con la idea reparadora del perjuicio como así sucede con la prestación de Seguridad Social y con la acción civil.

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, y así lo señala esta Sentencia: “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– podríamos entender roto el nexo de causalidad a los efectos del recargo”.

En el caso de la sentencia comentada la dinámica del siniestro es de exclusiva imputabilidad al trabajador sin que se evidencie reprobabilidad patronal en la producción del evento. El trabajador estaba informado de manera particularizada respecto a los riesgos del cometido específico que realizaba –manipulación de cargas en altura– y de la necesidad de utilizar, para coger mercancías en las estanterías, carretillas y no las escaleras manuales que se utilizan para coger mercancías de palé ubicados en el suelo. Se le había instruido también en el manejo de las carretillas y tenía a su disposición carretillas y carretilleros. “La obligación de vigilancia de la empresa no comprende cada acto concreto productivo pues entonces sobraría la instrucción y la formación previa. El siniestro fue pura consecuencia de imprudencia profesional del trabajador, de su exceso de confianza productiva que le llevó a prescindir de las precisas instrucciones y concretos medios reglamentarios que la empresa había puesto a su disposición”.

Sin embargo, la **STSJ de Asturias de 26 de enero de 2007**, I.L. J 1442, aplica el recargo de prestaciones al empresario infractor del deber de seguridad porque el daño producido al trabajador no tenía cabida en el marco de la excepcionalidad ya que no se produjo ante hechos imprevisibles o inevitables, sino perfectamente constatables y remediables. En efecto, el accidente se produjo cuando el trabajador introdujo su mano y brazo derechos por la boca de expulsión del aire, en una longitud de 30-40 cm hasta que impactó con las aspas del rotor que le cortaron los nudillos, acción realizada por el trabajador cuando estaba colocando la manguera en el extractor y dudó que funcionara correctamente. De haber sido colocada la rejilla de protección en la boca de impulsión, cuyo montaje es preceptivo en los casos de aspiración libre e impulsión entubada, según las normas de instrucciones del fabricante, el accidente nunca se hubiese producido.

Ante esas circunstancias se declaran infringidos el artículo 17 LPRL, sobre equipos de trabajo y los concretos mandatos contenidos en los puntos 1.3, 1.4 y 1.8 del Anexo II del

RD 1215/1997, de 18 de julio, procediendo el recargo de prestaciones. De aquí que la participación negligente del trabajador en el accidente ni ha sido exclusiva por su parte, y además era previsible que así ocurriese. La **STS de 12 de julio de 2007**, I.L. J 1505, corrobora en unificación doctrina esta tesis acerca de la participación imprudente o negligente del trabajador accidentado que no exonera la responsabilidad empresarial. En el caso de esta sentencia del Supremo la empresa había infringido las normas de seguridad en el trabajo al no proteger al trabajador respecto de los cilindros de una máquina lo cual fue la causa eficiente y determinante del daño producido y ello a pesar de que la empresa había cumplido con el deber de instrucción sobre los riesgos prohibiéndole meter las manos en los referidos cilindros. El Tribunal Supremo aclara que “en singulares ocasiones la conducta del trabajador accidentado puede determinar no sólo la graduación de la responsabilidad del empleador sino también, incluso, su exoneración” (SSTS de 20 de marzo de 1983, 21 de abril de 1988, 6 de mayo de 1988, 30 de junio de 2003 y 16 de enero de 2006). En el presente caso la conducta del trabajador no reúne el carácter de temeraria que ha de concurrir para afectar a la misma existencia del accidente, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS y, por tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa que es la obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz, siendo de resaltar que, incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador. Igualmente, en la **STSJ del País Vasco de 17 de abril de 2007**, I.L. J 1784, se aplica la misma tesis, procediendo a reducir el recargo de prestaciones por la incidencia que la negligencia del trabajador accidentado puede tener en el accidente sufrido.

D) Alcance del recargo

La **STSJ de Cantabria de 18 de abril de 2007**, I.L. J 1455, 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, 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 por infección por VHC en el proceso médico que siguió al accidente, o lo que es lo mismo, el análisis se centra en determinar si el recargo debe cubrir todo daño o lesión causada al trabajador o a sus herederos. Se aduce a favor de esta tesis defendida en la sentencia comentada que la justificación del recargo se encuentra en el citado artículo 123 LGSS que alude a todas las prestaciones que tengan su causa en accidente de trabajo; “por lo que si la muerte tuvo su causa en el accidente laboral sufrido, la empresa debe responder del recargo de las prestaciones por muerte y supervivencia”.

E) Empresario responsable: responsabilidad solidaria

En la **STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2007**, I.L. J 1330, se trata de un supuesto de colaboración empresarial entre una empresa principal y una empresa subcontratada

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

—ambas del sector de la construcción— que ejercen la misma actividad, y que aunque la principal —se dice en contra— no ha participado activamente en la infracción, existe un servicio de coordinación de seguridad de la obra contratado por la principal y un coordinador de seguridad empleado también por la principal que incumplieron con sus obligaciones preventivas en materia de seguridad. Un trabajador de la subcontratada cae a una zanja que no estaba debidamente protegida de caídas y además el trabajador accidentado no llevaba los medios de protección adecuados. A la vista de estos hechos se discute la aplicación del artículo 123 LGSS en relación con el artículo 42.2 LET y se señala al efecto “la responsabilidad solidaria de la empresa principal junto con la contratista en el recargo de prestaciones” por ser ambos “el empresario infractor” pues el principal es también responsable de los incumplimientos de las normas de prevención de los contratistas y subcontratistas siempre que concurren dos elementos: “a) que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal; y b) que los servicios u obras contratadas correspondan a la propia actividad”, dándose la circunstancia de que la empresa principal como supervisora de la obra era conocedora del método utilizado en la operación que realizaba el trabajador cuando sucedió el accidente, incumpliendo su obligación *in vigilando* por uno de sus empleados que era, además, jefe de obra.

De la misma manera se declara la responsabilidad solidaria de principal y contratista en el supuesto estudiado por la **STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2007**, I.L. J 1460, cuando lo que acontece es que se ha incumplido nuevamente el deber *in vigilando* de la empresa —ahora contratista— sobre las actuaciones de la principal al instalar aquella unos ascensores que sin llegar a estar definitivamente terminados y sin autorización administrativa acontece la caída de uno de los trabajadores de la principal.

2. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DEL RECARGO

A) Falta de audiencia

Se declara en la **STS de 3 de julio de 2007**, I.L. J 1494, que en el expediente administrativo por recargo de prestaciones la falta de audiencia a que se refiere el artículo 62.1 LRJAPC 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 las empresas recurrentes tuvieron conocimiento de la iniciación del expediente y formularon sus alegaciones pudiendo aportar en ese momento documentos y justificaciones que hubiesen estimado.

B) 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 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 entienden las SSTs de 27 de junio de 2007, I.L. J 1574, de 27 de junio de 2007, I.L. J 1576 y de 26 de septiembre de 2007, I.L. J 1672, 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”. En el mismo sentido y siguiendo la doctrina unificada se pronuncia la STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2007, I.L. J 1319.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

WVAA

Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, marzo 2008, 616 páginas]

LEX NOVA

A pesar de los importantes cambios que se vienen produciendo en las últimas décadas y que han llevado a revisar y, en algunos sectores, a reducir el papel y el volumen de la Administración Pública, nadie puede negar la trascendencia de las funciones que le corresponden.

La aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, constituye un hito en la historia de nuestra legislación de la función pública, ya que desarrolla, tras varios intentos fallidos y años de espera, las previsiones constitucionales al respecto.

Conviene resaltar el carácter novedoso de esta nueva Ley, en cuanto que incluye en un mismo texto legal la legislación básica de funcionarios y las normas aplicables específicamente al personal de las Administraciones Públicas con contrato laboral, en gran medida comunes a las de aquéllos.

A lo largo de sus dieciséis capítulos, la presente monografía, constituye un comentario sistemático del contenido de la Ley que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, incorporando, al final de la obra, un anexo normativo, que facilitará al lector la comprensión y el estudio de su contenido.

Además, se expone, con claridad y precisión, la génesis de los preceptos de dicha norma, la mayoría de los cuales tienen su origen en el Informe de la Comisión de Expertos nombrada por el Ministerio de Administraciones Públicas para preparar el Estatuto, y su interpretación, así como un análisis de las perspectivas de su desarrollo.

Finalmente, es preciso destacar que el director de esta obra, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, que presidió dicha Comisión de Expertos, así como el resto de los autores, dos de ellos miembros de ésta, son reconocidos especialistas en materia de empleo público, ya sea en el campo del Derecho Administrativo o del Derecho del Trabajo.

Así, pues, este libro resulta de la mayor utilidad no sólo para quienes desean estudiar y comprender el contenido del Estatuto Básico, sino también para quienes tienen la responsabilidad de complementarlo con nuevas normas y de aplicarlo en el ámbito administrativo y judicial.

F. MENÉNDEZ DÍEZ

Higiene industrial. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, Valladolid, 7ª edición, marzo 2008, 627 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su séptima 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, aun 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 el instrumento adecuado para ser utilizado por todos aquellos técnicos en prevención que pretenden obtener la especialización en el área tratada, 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.

En definitiva, ya el mero hecho de que sea ésta su séptima 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.

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ

**Ergonomía y psicología aplicada.
Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, Valladolid, 10ª edición, marzo 2008, 568 páginas]

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su décima edición, se pretende incorporar más herramientas y nuevos casos prácticos que ayuden al futuro ergónomo y le sirvan de argumento para contribuir a la consecución de empresas responsables y sanas. Se intenta crear una nueva cultura que ponga en práctica una eficaz prevención de las enfermedades musculoesqueléticas. Se plantea de forma integral la reducción del absentismo, el aumento de la satisfacción en el trabajo o la salvaguarda de los principios éticos en el entorno laboral.

Este manual para la formación cumple con la misión de ayudar a reflexionar y a cambiar algunas situaciones laborales a partir del análisis de la actividad de trabajo tanto por quienes están más directamente implicados en la protección de la seguridad y la salud

como por aquellos que desde la máxima responsabilidad empresarial deben competir día a día por la supervivencia de su organización ya que las condiciones de trabajo tienen influencia no sólo sobre la seguridad y la salud de los trabajadores sino también sobre la productividad y una de las finalidades de esta disciplina es alcanzar el equilibrio entre estos dos objetivos.

El libro comienza con una introducción y definición de la Ergonomía, relacionándola con los diversos campos de aplicación, como la arquitectura, el transporte, el diseño de productos y la justicia, estableciendo, además, los métodos de análisis de las condiciones de trabajo.

El ambiente físico es abordado con proyección no sólo sobre el propio trabajador sino también con respecto al desempeño de la actividad profesional, analizándose aspectos como la Ergoacústica y los efectos del ruido, el ambiente climático o la iluminación. Asimismo, se incluye el análisis del diseño de puestos y espacios de trabajo, ya que el ergónomo, como ingeniero del factor humano, ha de contribuir a crear espacios de trabajo adaptados a los hombres.

Los factores de riesgo psicosociales existen, no están en la mente del trabajador; forman parte de las condiciones de trabajo y deben estar en la evaluación de riesgos. Es por esto por lo que se hace especial hincapié en el estudio de la carga mental y el estrés, con descripción de los tipos específicos, como el producido por el acoso psicológico en el trabajo también llamado *mobbing*, el síndrome del “quemado” o las diversas patologías de índole psicosocial como, por ejemplo, la adicción al trabajo, el acoso sexual o la violencia en el entorno laboral.

Este libro es un instrumento básico para quienes realicen los estudios conducentes al título de preventivistas de nivel superior en esta especialidad, y también para quienes desde el campo preventivo o desde fuera sientan un especial interés por la Ergonomía y Psicosociología y puedan comprender el potencial de dominio y utilidad de una disciplina que estudia la actividad humana y en particular la actividad laboral.

En este manual el autor aborda la ergonomía y psicología aplicada de manera lisa, clara, inteligente e intuitiva lo que nos permite traspasar sin esfuerzo estos conocimientos a nuestra realidad laboral. Es, por tanto, un compendio de todo lo que un buen profesional debe saber, comprender y poner en práctica.

La décima edición de este manual para la formación de especialistas es aún más didáctica, ya que, junto a la explicación teórica de esta temática, se incorporan cuestionarios de autoevaluación y numerosos ejemplos explicativos y gráficos que ayudan al lector a comprender mejor la materia. Un CD-ROM con normativa y documentación complementaria, que permite acceder a contenidos gratuitos *on line* sobre esta disciplina, completa la obra. De esta forma, el libro se convierte en un excelente instrumento para cursar esta especialidad.

VVAA

Contratas y subcontratas en el sector de la construcción

[Lex Nova, Valladolid, febrero 2008, 412 páginas]

LEX NOVA

Esta obra surge como consecuencia de la gran importancia que en la actualidad tiene para la economía la construcción y, más en concreto, para atender a las distintas relaciones jurídicas e instituciones que a lo largo de los años han ido surgiendo en el sector.

Los autores, de amplio y reconocido prestigio, realizaron en el año 2007 un análisis sobre la materia en la obra *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, que contó con un gran éxito, motivo por el cual decidieron afrontar un estudio de los recientes desarrollos normativos.

La monografía ofrece un comentario detallado de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, re-

guladora de la subcontratación en el sector de la construcción, proporcionando al lector un útil instrumento para la comprensión de la citada disposición.

El libro comienza su estudio con un apartado introductorio en el que se aportan los datos más significativos acaecidos en el sector de la construcción durante los últimos trece años, tales como el número de empresas, puestos de empleo creados, remuneración salarial, etc.

Los diferentes capítulos de la obra se encuentran agrupados en cuatro bloques.

El primero de ellos se dedica a realizar un estudio pormenorizado de los aspectos generales de la subcontratación, pasando en el siguiente a desglosar las múltiples obligaciones así como el régimen de responsabilidad que tienen las distintas personas que integran el sector.

El tercero de los bloques está dedicado a la calidad en el empleo en la construcción, y, finalmente, en el cuarto, se aborda el régimen sancionador.

En definitiva, estamos ante una obra explicativa de la Ley, que supone un gran avance en el tratamiento del régimen de contratación en la construcción. Por último cabe destacar que el libro aporta el material normativo, bibliográfico y jurisprudencial, indispensable para abordar esta materia.

J. CASSINI GÓMEZ DE CÁDIZ

Cómo implantar e integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa

[Lex Nova, Valladolid, 3ª edición, febrero 2008, 370 páginas]

LEX NOVA

En el presente manual, CASSINI GÓMEZ se ocupa de la gran asignatura pendiente en materia de prevención de riesgos laborales: la integración de la actividad preventiva en la empresa. El estudio de la cuestión se hace indispensable, más aun teniendo en cuenta las modificaciones operadas en la Ley de

Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social —en especial las establecidas en la Ley 54/2003, de 12 de diciembre—.

El autor proporciona una secuencia de fácil seguimiento a la vez que aporta una útil herramienta que se aleja lo más posible de un dificultoso y excesivo empleo de tecnicismos. El objetivo pretendido (sin olvidar que el fin fundamental de la temática consiste en evitar, en la medida de lo posible, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales) no es otro que la progresiva implantación de sistemas de gestión de prevención de riesgos laborales en las empresas.

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 desarrollarse 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 de textos normativos 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 ésta se erige en punto de partida del tratamiento de la cuestión.

VVAA

Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común del programa formativo del nivel superior

[Lex Nova, Valladolid, 10ª edición, marzo 2008, 1215 páginas]

LEX-NOVA

La virtud principal de esta obra, que en un solo volumen ofrece al lector todos los aspectos formativos fundamentales sobre la materia de prevención de riesgos en el trabajo, es la de presentar una estructura paralela al programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior que se establecen en el Reglamento de Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero), siendo en la actualidad uno de los pocos manuales que sigue con absoluta fidelidad el citado programa.

El elenco de autores que han elaborado la obra (todos ellos de reconocido prestigio y con sobrada experiencia profesional como inspectores de trabajo, técnicos de prevención, expertos en medicina del trabajo o en ergonomía y psicología aplicada) estructuran la monografía en seis temas, a lo largo de los cuales desarrollan los contenidos buscando la coincidencia lógica con su especialización laboral y formativa. De este modo, en los primeros tres apartados se contienen los fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo así como las de prevención de riesgos laborales –seguridad en el trabajo, higiene industrial, medicina en el trabajo y ergonomía– o cualesquiera otras actuaciones en materia preventiva.

Asimismo, en los últimos temas del libro se abordan otros aspectos fundamentales, como la gestión de la propia prevención (planificación, organización, economía, etc.); técnicas afines como, por ejemplo, la calidad, el medio ambiente o la prevención de riesgos patrimoniales, y, por último, el ámbito jurídico en el que se enmarca la prevención y la legislación básica española sobre el asunto.

Aparte de lo anterior, merece especial mención la inclusión en cada apartado de resúmenes recordatorios y cuestionarios para la autoevaluación de conocimientos cuyas soluciones se encuentran al final de la obra y, por otro lado, de un CD-ROM que posee la doble función de recoger normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a la información contenida en la página web www.lexnova.es/prevencion.

En resumen, el conjunto de la monografía pone de relieve que estamos en presencia de uno de los manuales para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales más completos y mejor estructurados del mercado, como así lo demuestra el hecho de que alcance con ésta su décima edición, más aun si se tiene en cuenta el sector al que van dirigidas sus lecciones.

A. BENAVIDES VICO**Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social**

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, marzo 2008, 866 páginas]

LEX NOVA

La Seguridad Social es, sin duda, una de las instituciones más próximas al ciudadano, en un modelo de sociedad donde, sin sus mecanismos de protección, difícilmente se podrían haber alcanzado los niveles de cohesión social existentes. Constituyendo una pieza básica dentro del sector público, su repercusión económica, social y política ha resultado vital como origen y núcleo esencial del denominado Estado de Bienestar (cuando un ciudadano normal sale a la calle va psicológicamente acompañado por la Seguridad Social) siendo por tal motivo considerado éste como uno de los derechos a la par que una de las reivindicaciones que los ciudadanos sienten con más intensidad.

Durante la última década, la Seguridad Social en España ha pasado de una situación financiera negativa que planteaba serias dudas de futuro sobre su mantenimiento y viabilidad a una situación de superávit financiero, y donde, además de equilibrarse en términos financieros el sistema, se han introducido significativas mejoras en muchas prestaciones (maternidad, riesgo durante el embarazo, viudedad, orfandad, jubilación), y todo ello junto a la constitución y dotación de un fondo de reserva.

Con esta publicación, que alcanza su segunda edición, desde un punto de vista analítico,

pero sin descuidar los aspectos formativos, se intenta facilitar el conocimiento de la Seguridad Social y servir de herramienta de consulta, tanto a los profesionales en el ámbito sociolaboral, como a los alumnos en el estudio de esta disciplina, intentando recopilar de una forma estructurada y práctica los aspectos más relevantes de la acción protectora, analizando el conjunto de prestaciones que otorga nuestra Seguridad Social, su regulación normativa, características, particularidades y los criterios administrativos de las Entidades Gestoras todo ello acompañado de un compendio de la jurisprudencia más significativa, que permite conocer en profundidad cada una de ellas, tanto en el Régimen General, como en los regímenes especiales.

Esta obra se divide en siete capítulos: I. La acción protectora en el sistema de la Seguridad Social. II. Las prestaciones del sistema de Seguridad Social. III. Las prestaciones de la Seguridad Social en el marco de la Unión Europea. IV. Las prestaciones en el Régimen General. V. Las prestaciones no contributivas. VI. Los regímenes especiales de la Seguridad Social. VII. El futuro sistema público de Seguridad Social en España, incluyéndose al final de este libro un Anexo en el que se contemplan la lista de enfermedades profesionales, los cuadros de pensiones, IPC, etc., y una recopilación de modelos de solicitud de prestaciones.

Por último, como complemento que subraya el carácter práctico de esta obra, se ha elaborado un CD-ROM que incluye el texto íntegro de las sentencias reseñadas a lo largo del libro y que permite, simultáneamente, cumplimentar los modelos y formularios relacionados con las distintas prestaciones. Asimismo, este disco contiene sendas aplicaciones informáticas que facilitan el cálculo y análisis de los resultados de las prestaciones por desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad/orfandad.

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.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. 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.

