

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 DE DERECHO

DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. 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 2007

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] **La prueba electrónica y el control de los medios informáticos de los trabajadores en la reciente doctrina del Tribunal Supremo**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] **Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea**

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA
ALBERTO MADAMÉ MARTÍN

- [59] **La presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral: Una solución conflictiva**

LUIS PÉREZ CAPITÁN

- [89] **La aplicación en España de las normas comunitarias sobre la participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea y en la sociedad cooperativa europea**

M^a CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

- [217] **VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

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

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

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

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

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

[297] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y EL CONTROL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS DE LOS TRABAJADORES EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El control de la vigilancia electrónica a través de equipos de vídeo, terminales de ordenador, bandas magnéticas activas, mecanismos de grabación del teléfono y máquinas de control numérico constituyen un fenómeno en creciente expansión en las modernas relaciones laborales. El correo electrónico está en el corazón de la popularidad de Internet en tanto que tecnología de la comunicación y se está convirtiendo en el sistema más usado para la comunicación interpersonal y entre organizaciones en el mundo. A lo anterior se añaden las transformaciones que sufren los modos económicos de actuación empresarial tales como, entre otros fenómenos, el *telemarketing*, los bancos sin oficinas, que sirven para conformar una nueva era del “comercio virtual”. Surge en este contexto el problema de los controles. ¿Puede el empresario acceder al contenido de los mensajes del correo electrónico del trabajador que presta servicios en su empresa?

En ausencia de una posición legislativa expresa en esta materia, los posibles argumentos a favor y en contra de tal posibilidad son variados. El empresario puede argumentar que el *e-mail* que los trabajadores utilizan en el trabajo es propiedad de la empresa, es más, se considera un recurso empresarial utilizable para el negocio, por lo que los mensajes vertidos en el sistema pasan a ser propiedad de la compañía y, por tanto, legibles por el empleador. Puede indicar que si los trabajadores utilizan el *e-mail* para cuestiones no estrictamente profesionales, están incumpliendo sus deberes laborales. Según una encuesta de PwC e IESE entre 91 empresas españolas, una de cada tres grandes compañías prohíbe el uso privado del correo electrónico. Cuatro de cada cinco grandes firmas tienen alguna política sobre uso de la Red, pero menos de la mitad aplica códigos que la definan. El correo está menos controlado (24%) que la navegación por Internet. Sólo el 12% permite usar libremente Internet y un 14% aplica esta política al correo digital. Un 17% asegura supervisar a todos sus trabajadores.

Por otro lado, hay que considerar que existen derechos fundamentales de los trabajadores que no son renunciables. Es necesario preservar el derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto no es posible la interferencia de un tercero en la comunicación entre dos partes, del mismo modo que la exigencia del *password* personal que se necesita para acceder al sistema lo hace secreto para otros. También entra en juego el derecho a la

intimidad que, como ha advertido el Tribunal Constitucional, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. La intimidad constituye, de este modo, un límite que impide el flujo de información entre las personas que la poseen y las que carecen de ella. La misma se muestra, pues, como una restricción genérica al deber de colaboración, un “bloqueo de información”, tanto para los sujetos públicos como privados vinculados con el sujeto inspeccionado.

Diversos pronunciamientos se han venido produciendo en los últimos años relativos a esta cuestión. La STS de 28 de junio de 2006 (recurso 605/2005), se planteó la citada cuestión si bien, como seguidamente expondremos, no pudo dar una solución de fondo.

La sentencia recurrida fue la dictada por la Sala de lo Social del País Vasco de 21 de diciembre de 2004. La misma contemplaba un supuesto de despido disciplinario, imputándose al trabajador trasgresión de la buena fe contractual por utilización indebida del acceso a Internet que la empresa había puesto a su disposición durante el tiempo de trabajo; la sentencia desestima íntegramente la demanda, después de analizar las imputaciones contenidas en la carta de despido, tanto la falta de asistencia y puntualidad al trabajo, como las utilizaciones irregulares para fines privados del acceso a Internet durante el tiempo de trabajo, empezar a trabajar con retraso y comer “pipas” durante 50 minutos en su despacho en horas de trabajo, todo lo cual lo considera una deslealtad o trasgresión de la buena fe, negando la ilicitud de la prueba utilizada para obtener la información causa del despido, al no estar acreditado que la empresa haya accedido al contenido de los correos, simplemente identificó a la persona, fecha y duración de los contactos, y el acceso a Internet para actividades ajenas a la empresarial, sin que con ello se entendiera vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador; todo ello a través de una valoración conjunta de dichos hechos. Contra dicha sentencia se interpuso por el trabajador recurso de suplicación que fue estimado, revocando la sentencia de instancia, considerando el despido improcedente, después de relacionar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad, cuya vulneración fue denunciada en el recurso, llegando a la conclusión de que si el trabajador tiene posibilidades de mantener un ámbito privado y particular, autorizado por la empresa, lo que deducía de la falta de prohibición específica, así como de los medios entregados al trabajador, y la investigación practicada incide sobre dicho derecho fundamental, la prueba obtenida es ilícita, procediendo a revocar la sentencia de instancia, por inmiscuirse la actuación empresarial en el derecho a la intimidad del artículo 18 CE.

En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 4 de octubre de 2001, que se presentaba como contradictoria, también se trataba de un trabajador, Ingeniero Técnico, despedido disciplinariamente por trasgresión de la buena fe contractual; éste tenía asignada una dirección de correo electrónico personal y pleno acceso a Internet, no existiendo prohibición ni al trabajador ni a otros en sus mismas

condiciones, de acceso y utilización para asuntos personales. Al mismo se le imputa en la carta de despido la utilización de tales herramientas de trabajo en múltiples actividades personales que ninguna relación tenían con la empresa y que se describen en la carta de despido y hechos probados, detallando días, páginas y minutos utilizados, conducta que se considera constitutiva de una falta muy grave, rechazando las alegaciones hechas por el trabajador a la carta de despido; en la sentencia referencial se estimó el recurso del empresario, declarando el despido procedente, razonando que la asignación por la empresa de una dirección de correo electrónico personal y pleno acceso a Internet, tenía por causa única el desarrollo de su actividad en la empresa, no para asuntos privados y personales, razón por la cual el empresario puede utilizar su derecho a vigilar y controlar los instrumentos de trabajo y cómo el trabajador cumple sus obligaciones laborales (artículos 50 y 20.1 y 3 del ET). Por tanto, no puede existir vulneración del derecho fundamental protegido en el artículo 18 CE, pues el trabajador utilizaba en el trabajo los medios puestos a su alcance para fines privados, lo que supone un coste económico y de tiempo para la empresa, ejercitando ésta su derecho a vigilar sus instrumentos de trabajo para que no se realice un uso abusivo y para fines personales de éste, siendo válida la prueba obtenida, que demostró que el tiempo utilizado a la navegación por Internet sin relación con el trabajo era superior a hora y media por día trabajado, lo que supone un abuso de confianza.

El Tribunal Supremo aplica su doctrina en materia de despido disciplinario. De acuerdo con ella, la calificación de conductas, a efectos de su inclusión en el artículo 54 ET, no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite generalizaciones de las decisiones fuera de su ámbito específico, como recordaron, entre otras, las SSTS de 30 de enero de 1992 y 18 de mayo de 1992 (recursos 1232/1990 y 2271/1991); 9 de julio de 2004 (recurso 3496/2002) y 24 de mayo de 2005 (recurso 1728/2004). Proyectada la anterior doctrina al caso analizado, el resultado es la falta de identidad sustancial entre los hechos de una y otra sentencia, pues las conductas imputadas, en cada caso, pese a la aparente similitud, difieren en diversos factores que la sentencia del Tribunal Supremo se ocupa de analizar. En resumen, el Tribunal Supremo no tuvo oportunidad de sentar doctrina alguna en esta materia.

La Sala Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de septiembre de 2007 (recurso 966/2006) para la unificación de doctrina, ha puesto definitivamente las bases para poder equilibrar derechos como son la intimidad y el control de los medios informáticos por parte de las empresas al valorar el alcance y contenido de las pruebas electrónicamente obtenidas.

Conviene dejar precisados los hechos que sirven de base al pronunciamiento recurrido en unificación de doctrina. En los hechos probados consta que el Director General de la Coruñesa de Etiquetas, SA, prestaba servicios en un despacho sin llave, en el que disponía de un ordenador, carente de clave de acceso y conectado a la red de la empresa que dispone de ADSL. Constaba también que un técnico de una empresa de informática fue requerido el 11 de mayo para comprobar los fallos de un ordenador que “la empresa señaló como

del actor”. En la comprobación se detectó la existencia de virus informáticos, como consecuencia de “la navegación por páginas poco seguras de Internet”. En presencia del administrador de la empresa se comprobó la existencia en la carpeta de archivos temporales de “antiguos accesos a páginas pornográficas”, que se almacenaron en un dispositivo de USB, que se entregó a un notario. La sentencia de instancia precisó que “las operaciones llevadas a cabo en el ordenador se hicieron sin la presencia del actor, de representantes de los trabajadores ni de ningún trabajador de la empresa”. El ordenador fue retirado de la empresa para su reparación y, una vez devuelto, el 30 de mayo se procedió a realizar la misma operación con la presencia de delegados de personal. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de enero de 2006 confirmó la decisión de instancia que ha considerado que no es válida la prueba de la empresa porque ha sido obtenida mediante un registro de un efecto personal que no cumple las exigencias del artículo 18 ET. Para acreditar la contradicción, la citada empresa aporta la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2001, en la que se enjuicia un caso en el que, en las horas y fechas que se señalan, el actor procedió a descargar y visualizar los ficheros de contenido pornográfico. La sentencia considera el despido procedente, apreciando el grave incumplimiento que se produce como consecuencia de la realización de esa actividad durante el tiempo de trabajo y en un instrumento proporcionado por la empresa, valorando, por una parte, la reducción del tiempo de trabajo y el injustificado gasto para la empresa y, de otra, la perturbación de la disponibilidad del equipo informático en una materia tan grave como el aterrizaje y el despegue de aviones. La sentencia de contraste excluye la aplicación de las garantías del artículo 18 ET, porque el ordenador no es un efecto personal del trabajador, sino una “herramienta de trabajo” propiedad de la empresa.

El Tribunal Supremo se ocupa de subrayar que es, precisamente, “en este último punto en el que hay que plantear la contradicción”, y ello porque “en el presente recurso no se trata de valorar la conducta del trabajador a efectos disciplinarios, sino de resolver un problema previo sobre el alcance y la forma del control empresarial sobre el uso por el trabajador del ordenador que se ha facilitado por la empresa como instrumento de trabajo y en este punto la identidad puede apreciarse en lo sustancial y las diferencias actuarían además reforzando la oposición de los pronunciamientos, porque en la sentencia recurrida el control se produce en el curso de una reparación, lo que no consta en la sentencia de contraste. Lo mismo sucede con el dato de que el ordenador, en el caso de la sentencia recurrida, no tuviera clave personal de acceso y en el de la de contraste sí. Hay que insistir en que no estamos ante el enjuiciamiento de una conducta a efectos disciplinarios desde la perspectiva del alcance de la protección de un derecho fundamental, (...), sino ante un problema previo sobre la determinación de los límites del control empresarial sobre un ámbito que, aunque vinculado al trabajo, puede afectar a la intimidad del trabajador”.

Los puntos más importantes de dicha Sentencia se pueden resumir de la siguiente forma. En primer lugar, que el artículo 18 ET no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación

laboral y ello porque “el supuesto de hecho de la norma es completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo. El artículo 18 está atribuyendo al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del artículo 20 ET”. En los registros, el empresario actúa “de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 ET y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña –no sin problemas de cobertura– una función de ‘policía privada’ o de ‘policía empresarial’ que la ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa. El régimen de registros del artículo 18 ET aparece así como una excepción al régimen ordinario que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 545 y siguientes). Tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 ET. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario ‘como propietario o por otro título’ y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 ET para entrar dentro de la esfera personal del trabajador”.

En conclusión, “los elementos que definen las garantías y los límites del artículo 18 ET, no (son) aplicables al control de los medios informáticos”. En primer lugar, la necesidad del control de esos medios no tiene que justificarse por “la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa”, porque la legitimidad de ese control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividades extralaborales. Tiene que controlar también los contenidos y resultados de esa prestación. En segundo lugar, continúa señalando el Tribunal Supremo, la exigencia de respetar en el control la dignidad humana del trabajador no es requisito específico de los registros del artículo 18, pues esta exigencia es general para todas las formas de control empresarial, como se advierte a partir de la propia redacción del artículo 20.3 ET. En todo caso, aclara la Sala que el hecho de que el trabajador no esté presente en el control no es en sí mismo un elemento que pueda considerarse contrario a su dignidad. En tercer lugar, la exigencia de que el registro se practique en el centro de trabajo y en las horas de trabajo tiene sentido en el marco del artículo 18, que se refiere a facultades empresariales que, por su carácter excepcional, no pueden ejercitarse fuera del ámbito de la empresa. Esto no sucede en el caso del control de un instrumento de trabajo del que es titular el propio empresario. Por último, la presencia de un representante de los trabajadores o de

un trabajador de la empresa tampoco se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado; es más bien, como sucede con lo que establece el artículo 569 Ley de Enjuiciamiento Criminal para intervenciones similares, una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba. Esa exigencia no puede, por tanto, aplicarse al control normal por el empresario de los medios de producción, con independencia de que, para lograr que la prueba de los resultados del control sea eficaz, tenga que recurrirse a la prueba testifical o pericial sobre el control mismo. No cabe, por tanto, aplicación directa del artículo 18 ET al control del uso del ordenador por los trabajadores, ni tampoco su aplicación analógica, porque no hay ni semejanza de los supuestos, ni identidad de razón en las regulaciones (artículo 4.1 CC).

La conclusión es, por tanto, que el control del uso del trabajador se regula por el artículo 20.3 ET pero con ciertas matizaciones o límites.

Por lo que se refiere a los límites de ese control y en esta materia el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde “en su adopción y aplicación la consideración debida” a la dignidad del trabajador. En este punto, señala el Tribunal Supremo, “es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”.

Señala el Tribunal Supremo que si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad” en los términos que establecen las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos. De especial interés es el último de los pronunciamientos citados, el relativo al caso Copland vs. Reino Unido, en la cual se condena a Reino Unido al pago de costas y daños morales. Considera el citado pronunciamiento

contrario a la Carta Europea el control de las llamadas telefónicas, correos y webs visitadas, pero no sólo los contenidos sino el control mediante *logs*. Es decir, que el consultar *logs* con la intencionalidad de controlar lo que hace una persona es contrario a la privacidad y generador, cuanto menos, de daños morales, al menos cuando la intencionalidad sea conocer la existencia o no de relaciones privadas. Desde otra perspectiva, la sentencia adelanta la barrera de protección. No sólo prohíbe la lectura de los correos, o la posibilidad de “pinchar” líneas telefónicas (casos ya previamente contemplados de “interceptación de comunicaciones”), sino a la construcción y reconstrucción de las comunicaciones de una persona, independientemente del acceso al contenido o no. En suma, como confirma la Sentencia del Tribunal Supremo que venimos analizando, se refiere, también, a los rastros o huellas de la “navegación” en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Concluye el Tribunal Supremo que “tampoco es obstáculo para la protección de la intimidad el que el ordenador no tuviera clave de acceso. Este dato —unido a la localización del ordenador en un despacho sin llave— no supone por sí mismo una aceptación por parte del trabajador de un acceso abierto a la información contenida en su ordenador, aunque ello suscite otros problema en los que en este recurso no cabe entrar sobre la dificultad de la atribución de la autoría al demandante”.

Esta nueva realidad exige respuestas jurídicas. Probablemente la más razonable será la de recurrir al establecimiento de Códigos de Conducta empresariales que marquen los límites en el uso de este instrumento. Entre tanto, sería conveniente incluir en el contrato de trabajo la previsión de un eventual control de los correos advirtiendo a los empleados que este tipo de mensajes pueden ser objeto de control empresarial. La línea entre lo que cabría calificar como de uso “inocente” y uso perverso de esta figura requerirá, de seguro, una más profunda indagación.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

ALBERTO MADAMÉ MARTÍN

Abogado. Baker & McKenzie

Resumen

Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea

La progresiva liberalización de los servicios transnacionales en la Unión Europea no puede abordarse sin tener en cuenta la regulación de los desplazamientos de trabajadores vinculados a prestaciones de servicios transnacionales. La regulación comunitaria vigente en este tema plantea numerosos problemas aplicativos, que empiezan en el concepto mismo de “desplazamiento temporal”. El presente artículo apor-

ta nuevos criterios para perfilar este concepto y sitúa la Directiva 96/71 en un amplio contexto en el que se subraya su conexión con el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, con la norma de coordinación comunitaria de sistemas de seguridad social, con las normas de inmigración y con la regulación transnacional de la cooperación administrativa y de los procesos judiciales.

Abstract

Provision of services internal market and transnational movements of workers in the European Union

Progressive liberalisation of transnational provision of services across the European Union cannot be dealt with unless proper attention is paid to the regulation of posting of workers in the framework of the provision of services. Current community regulation on this matter poses a large number of application problems: to begin with, the very concept of posting. In this article, we try to bring forward

new criteria to define this concept. We also place the Directive 96/71 in an ample context in which we underline its connection with the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, with the EC regulation on the coordination of social security schemes, with the immigration rules, and with the transnational regulation of administrative cooperation and judicial proceedings.

Sumario:

I. El concepto de desplazamiento temporal: un equilibrio inestable entre construcción comunitaria y defensa de intereses nacionales. A) La exigencia de auténtica relación laboral entre el trabajador desplazado y el empleador que lo desplaza. B) La exigencia de temporalidad del desplazamiento. C) Los equilibrios inestables derivados de las diferentes perspectivas de análisis del desplazamiento. D) La incidencia de la normativa de Seguridad Social. E) El factor inmigratorio: desplazamientos intracomunitarios de nacionales de terceros países. **II. La aplicación administrativa y judicial del sistema de desplazamiento temporal. En especial, la cooperación administrativa intracomunitaria como piedra de toque del sistema comunitario.** A) La cooperación administrativa entre las autoridades laborales de los Estados miembros. B) La tutela judicial: en especial, la competencia de los tribunales. **III. Conclusiones.**

De las libertades económicas fundamentales de la Unión Europea, la de prestación de servicios se encuentra en el centro de un complejo debate económico y social en el que entre otros intereses (v.gr., los de los consumidores), desempeñan un papel crucial los de los trabajadores, o quizá sea más exacto decir los de ciertos “mercados de trabajo” nacionales. En este debate no es exagerado afirmar que Europa se juega su objetivo estratégico por antonomasia en esta primera década del siglo: el tantas veces repetido lema comunitario de “convertirse en la economía más dinámica y competitiva del mundo” no puede ser ajeno al dato de que los servicios representan las dos terceras partes del producto económico de los países de la unión monetaria, y algo más de esa fracción (y creciendo) si nos referimos al total del volumen de empleo. En cambio, la exportación de servicios en dicha área de integración monetaria representa tan sólo una quinta parte del comercio total entre los diversos países que la componen¹.

Sin entrar a discutir si una más perfecta integración de los mercados de servicios en Europa redundaría en los próximos años en tasas más elevadas de crecimiento económico y de creación de empleo –lo que en sí mismo parece poco rebatible²–, el debate en este tema se ha focalizado, más bien, en sus efectos desde el punto de vista social, especialmente habida cuenta de las considerables diferencias de nivel de vida, de salarios y de otros costes asociados a la producción de servicios entre los países de la Unión. La iniciativa legislativa estelar en este terreno es la que se ha dado en la aprobación de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, cuyo objetivo declarado en la Propuesta es “crear un marco jurídico que suprima los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la libre circulación de los servicios entre los Estados miembros y que garantice, tanto a los prestadores como a los destinatarios de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado”³. Sin duda alguna, el elemento más polémico

**LOS SERVICIOS
REPRESENTAN LAS DOS
TERCERAS PARTES
DEL PRODUCTO
ECONÓMICO
DE LOS PAÍSES
DE LA UNIÓN MONETARIA**

(1) Datos extraídos del informe “Economic Survey of the Euro Area 2005: Integrating Services Markets”, OCDE, 2005; www.oecd.org/eco/surveys/eu.

(2) Véase el Informe Final (enero 2005) acerca de la estimación económica de las barreras dentro del mercado interior de servicios (Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services) elaborado por “Copenhagen Economics”, en que se sostiene que la creación neta de empleo por la Directiva de Servicios podría llegar a los 600.000 puestos de trabajo en la Unión Europea. Véase el texto del Informe en <http://www.copenhageneconomics.com/publications/trade4.pdf>.

(3) COM(2004) 2 final/3.

de esta norma pivota alrededor de la prestación de servicios transnacional, mucho más que sobre el establecimiento de los prestadores de servicios en los distintos Estados de la Unión. Ello es natural, en la medida en que se impone que la prestación de servicios propiamente transnacional, la que se lleva a cabo por un prestador no establecido en el Estado donde radica el destinatario del servicio, debe quedar sujeta al llamado “principio del país de origen”⁴.

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 masivo⁵, y que aparezca relativamente concentrado en el sector de la construcción y obras públicas, así como en las ingenierías. Esto podría –debería– empezar a cambiar de aprobarse finalmente la referida propuesta de Directiva, afectando en volumen y en intensidad a los desplazamientos temporales de trabajadores, tanto de los por cuenta ajena, en dependencia laboral de la empresa que presta el servicio, como de los por cuenta propia o autónomos.

El núcleo temático de la Directiva 2006/123 –la prestación de servicios transnacional–, guarda estrecha relación, obviamente, con el desplazamiento temporal de trabajadores, no sólo de los autónomos que directamente son prestadores de servicios, sino también de los asalariados por cuenta de su empleador. De hecho, la propuesta de la Comisión abordaba en sus artículos 24 y 25 el desplazamiento de trabajadores por cuenta del prestador del servicio, aunque en la tramitación en el Parlamento Europeo ambos artículos fueron suprimidos⁶, lo que se confirmó en la propuesta modificada de 4 de abril de 2006⁷ y en la posición común aprobada por el Consejo y apoyada por la Comisión⁸.

Más allá de los vaivenes en la tramitación legislativa de la Directiva 2006/123, lo que sí es innegable es que el desplazamiento transnacional de trabajadores por cuenta ajena es una pieza central del engranaje de un mercado integrado de servicios en Europa. El propósito de estas páginas no es llevar a cabo un análisis de la Directiva de Servicios, sino del desplazamiento transnacional de trabajadores instrumental de la libre prestación de servicios. Regulado desde hace diez años en el marco comunitario por la Directiva 96/71, se trata de un tema que en absoluto puede considerarse cerrado. Antes al contrario, asistimos en los últimos tiempos a un debate cuyo mejor exponente institucional en el seno

(4) Puede verse E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, “El futuro de la libre circulación de trabajadores. Repensando su contenido a partir de la Directiva Marco sobre mercado interior”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62 (2006), págs. 109 y ss.

(5) A falta de datos publicados en España, en Francia se ofrece la cifra de unos 120.000 desplazamientos anuales al propio país, con una duración media de tres meses (datos de 2003), una cifra que supone un incremento importante respecto de años anteriores: en 2001, unos 50.000 desplazamientos [datos tomados de *Liaisons Sociales – Europe*, núm. 119 (2005) pág. 2].

(6) Véase la Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 16 de febrero de 2006 EP-PE_TC1-COD(2004)0001.

(7) COM(2006) 160 final.

(8) COM(2006) 424 final, de 25 de julio de 2006.

de la Unión es, al margen de la peripecia de los citados artículos 24 y 25 de la propuesta de la Directiva de Servicios, la más reciente Comunicación de la Comisión de abril de 2006⁹, intentando clarificar los criterios de aplicación de la normativa comunitaria sobre los desplazamientos. Se trata de un debate que afecta, en fin, al funcionamiento de estos desplazamientos de trabajadores, con implicaciones en cuanto a su operatividad jurídica y práctica, un tema nada menor ya se mire desde la perspectiva “macro” de la construcción comunitaria, ya desde el punto de vista “micro” de las empresas y de los trabajadores afectados. Tras diez años de aprobarse la Directiva 96/71, pretendemos ofrecer, por ello, una reflexión sobre algunos de sus puntos críticos y problemas prácticos, teniendo en consideración la no escasa jurisprudencia del TJCE, la de los tribunales nacionales, así como el conjunto de materiales que podríamos considerar como *soft law* comunitario.

I. EL CONCEPTO DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL: UN EQUILIBRIO INESTABLE ENTRE CONSTRUCCIÓN COMUNITARIA Y DEFENSA DE INTERESES NACIONALES

Es sabido que la Directiva 96/71 constituye un punto de equilibrio entre dos polos antagónicos: por un lado, una libre prestación de servicios que es un pilar constitutivo esencial de un “mercado interior” sin fronteras y, por otro, unos mercados de trabajo nacionales en que realmente predomina el interés particular de defensa de empleos y de determinadas condiciones (relativamente elevadas) de trabajo¹⁰. Este equilibrio se ha mostrado enormemente inestable en estos diez años de vigencia de la Directiva, y los conflictos suscitados por esta inestabilidad están en la raíz de prácticamente todos los litigios planteados ante el TJCE en materia de desplazamientos temporales. No es casual, en este sentido, que sea uno de los Estados con condiciones de trabajo más elevadas –Alemania– uno de los que de manera más agresiva ha insistido en el segundo polo, originando con algunas de sus “medidas nacionales” la mayoría de las decisiones del TJCE.

El equilibrio alcanzado en la Directiva, marcadamente inclinado hacia el polo nacional en lo que se deduce estrictamente de su texto¹¹, se concreta en aplicar a un trabajo por cuenta ajena que tiene lugar en un Estado miembro tan sólo unas “condiciones mínimas” que rigen en dicho Estado de destino, pero no el conjunto de su legislación social¹². Dicho equilibrio reposa sobre la asunción de dos presupuestos fundamentales, explícitos ambos en la Directiva: que entre el empleador prestador del servicio y el trabajador desplazado exista

(9) COM(2006) 159 final, de 4 de abril de 2006.

(10) Es claro que los beneficiados por el tenor literal de la Directiva 96/71, en principio, son más los Estados de recepción de trabajadores desplazados que los Estados de emisión. Véase, en este sentido, P. DAVIES, “Posted workers: single market or protection of national labour law systems?”, *Common Market Law Review*, vol. 34 (1997), pág. 573. Sin embargo, los criterios aplicativos de la Directiva podrían matizar sustancialmente esta conclusión. Nos referiremos a ello al final de este trabajo.

(11) Los Estados principalmente receptores de trabajadores temporalmente desplazados llevaban las de ganar desde la sentencia del TJCE en el asunto *Rush Portuguesa* (C-113/89), a la hora de determinar el punto de equilibrio entre intereses nacionales del mercado de trabajo y libre prestación de servicios con desplazamiento de trabajadores. Véase la incisiva reflexión de P. DAVIES, “Posted workers...”, cit., págs. 591 y 589-591. De hecho, bajo los auspicios de *Rush Portuguesa*, los Estados típicamente importadores de desplazados –Francia, Alemania– procedieron a dictar unilateralmente normas sociales aplicables a los desplazados, antes de la Directiva 96/71, por lo que, en palabras de DAVIES, “the importing States had really very little to gain from Community rules”.

(12) Éste es el núcleo normativo de la Directiva, contenido en su artículo 3.

una auténtica relación laboral y que el desplazamiento sea puramente temporal. Ambos presupuestos plantean problemas importantes, que consideramos a continuación. Antes, dejemos simplemente apuntado que aquel equilibrio inclinado hacia el polo nacional en el texto de la Directiva viene mostrándose muy inestable en lo que es la aplicación práctica de la misma, por efecto de los deficientes, como veremos al final de este artículo, mecanismos de control y cooperación administrativos entre Estados.

A) La exigencia de auténtica relación laboral entre el trabajador desplazado y el empleador que lo desplaza

Sea cual sea el tipo de desplazamiento —por razón de una contratación entre empresas, de una movilidad dentro del grupo o de una puesta a disposición por empresa de trabajo temporal—, la Directiva es especialmente insistente en orden a la exigencia de que entre la empresa de procedencia u origen y el trabajador desplazado exista una relación laboral “durante el período de desplazamiento”¹³. En realidad, la exigencia fundamental no debiera atender tanto al mantenimiento de una relación laboral con la empresa de procedencia durante el tiempo de desplazamiento, sino, más bien, a la ausencia de relación laboral con la empresa de destino durante ese mismo tiempo. Aunque la doctrina más sagaz ya advirtiera de que aquello se traduce en esto¹⁴, la inversión del foco de atención del legislador comunitario suscita problemas en la práctica.

Desde un punto de vista empresarial, el desplazamiento temporal de un trabajador a otro Estado en los supuestos descritos en las letras a) y b) del artículo 1.3 de la Directiva no tiene necesariamente por qué articularse formalmente como un “desplazamiento” en los términos de esa norma. La práctica pone perfectamente de manifiesto la existencia de otros mecanismos a través de los que formalmente puede articularse lo que materialmente constituye un desplazamiento temporal: bien la simple celebración de un nuevo contrato en el país de destino (con extinción o suspensión, incluso parcial¹⁵, del contrato en el país de origen), bien la “cesión internacional del contrato de trabajo”¹⁶. Mediante cualquiera de estas vías, el efecto práctico que se produce es el cambio subjetivo en la posición empresarial: el empresario deja de ser el del país de origen para pasar a serlo el del país de destino mientras dura el desplazamiento. Al término de éste, el contrato de destino se extingue, pudiendo entonces darse lugar a un nuevo contrato en el país de origen, o bien recuperarse la relación laboral que había quedado en suspenso, o bien procederse a una cesión del contrato de trabajo ahora en sentido inverso a la primera. Naturalmente,

(13) Apartados a), b) y c) del artículo 1.3 de la Directiva.

(14) “La LDT exige, como la Directiva, la existencia de ‘una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento’ (artículo 2.1.2º), esto es, la inexistencia de contrato de trabajo entre el trabajador desplazado y la empresa que recibe la prestación de servicios” (M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 84).

(15) Véase lo sucedido en el supuesto de hecho de la STJCE de 10 de abril de 2003, C-437/00, *Pugliese*.

(16) Véase una detallada explicación de esta tipología en E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 525-532.

desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo lo más garantista para un trabajador expatriado desde España es la suspensión del contrato, o la cesión con pacto de recesión, dado que no existe un derecho legal a la “impatriación laboral” tras el despido en el país de destino, como sí existe en otros ordenamientos próximos en casos de circulación laboral dentro de un grupo de sociedades¹⁷. En principio, en todos estos supuestos la Directiva no resulta de aplicación, precisamente porque aunque se mantenga (suspensio) el contrato de trabajo en el país de origen, la constitución de una nueva relación jurídico-laboral en el país de destino provoca la aplicación íntegra de la ley del país en que, en ejecución de este segundo contrato (o del contrato cedido), el trabajador **expatriado** realiza habitualmente su trabajo, al amparo del artículo 6.1 del Convenio de Roma, sin perjuicio de los efectos que este Convenio confiere a un hipotético pacto entre las partes. Si todo el sentido de la Directiva es garantizar al trabajador desplazado una serie de disposiciones mínimas del país de destino, ello es debido a que la ley laboral de este país no se aplica como tal en virtud de las reglas de determinación de la ley aplicable. Y no se aplica porque entre la empresa de destino y el trabajador no se crea un auténtico vínculo contractual laboral. De lo contrario, de crearse tan vínculo contractual entre el trabajador y la empresa de destino, la ley aplicable en defecto de elección por las partes sería la del país de destino, porque es en este país en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo en ejecución del contrato de trabajo entre él y la “empresa de destino”.

Naturalmente, la utilización de los expedientes referidos, en lugar de utilizar el más simple del desplazamiento, es más habitual cuanto mayor es la duración prevista de la expatriación. Tienen, además, la ventaja de ahuyentar cualquier riesgo vinculado a una declaración de cesión ilegal de trabajadores, que sí aparece ligada a los supuestos de mero desplazamiento (esto es, “puesta a disposición” o “envío en misión”)¹⁸. A mayor abundamiento, para la parte empresarial, la expatriación vía cesión del contrato o suscripción de uno nuevo en el país de destino resulta tanto más interesante cuanto mayor sea la diferencia, a favor en este caso del país de origen, del nivel de

**DESDE LA PERSPECTIVA
DE LA ESTABILIDAD
EN EL EMPLEO
LO MÁS GARANTISTA
PARA UN TRABAJADOR
EXPATRIADO ES
LA SUSPENSIÓN
DEL CONTRATO O
LA CESIÓN CON PACTO
DE RECESIÓN**

(17) Por ejemplo, en Francia, el artículo L122-14-8 del Code du Travail dice: “Lorsqu’un salarié, mis par la société au service de laquelle il était engagé à la disposition d’une filiale étrangère à laquelle il est lié par un contrat de travail, est licencié par cette filiale la société mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un nouvel emploi compatible avec l’importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère. (...) Le temps passé par le salarié au service de la filiale est pris en compte pour le calcul du délai-congé et de l’indemnité de licenciement.” Sobre el llamado “deber de repatriación”, de incierto fundamento en nuestro Derecho, véase R. SERRANO OLIVARES, “La movilidad geográfica transnacional”, *La Ley*, 2000, págs. 188-189.

(18) Véase nuevamente E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación...*, cit., págs. 518-525.

condiciones de trabajo entre los países de origen y de destino. En estos casos, y a salvo el poder negociador del trabajador a la hora de determinar las condiciones del desplazamiento mediante pacto individual, su interés en que se le apliquen las condiciones más favorables del país de origen podría encontrar defensa en una consideración unitaria de la “relación laboral internacional”. Si esto puede ser plausible en un supuesto de cesión entre empresas del mismo grupo económico —y aun así con reservas y cautelas¹⁹—, resulta mucho más dudoso en los casos en que la cesión se realiza entre empresas no pertenecientes a un grupo: dado que estipular un nuevo contrato en el país de destino o ceder el contrato de trabajo del país de origen son negocios o expedientes totalmente lícitos, es difícil ofrecer argumentos sólidos que alteren la conclusión que se deriva del hecho de que las partes hayan consentido la formación de un contrato de trabajo distinto en el país de destino.

La clave, por tanto, para aplicar la Directiva 96/71 no radica tanto en el mantenimiento de un contrato de trabajo en la empresa de origen, cuanto en el hecho de que no se constituya un nuevo contrato con la empresa de destino. Si en los referidos negocios o expedientes alternativos (cesión internacional del contrato, etc.), ese contrato se constituye formalmente, en muchos otros supuestos lo que se produce es la constitución por la vía de los hechos de una relación laboral en el país de destino: es lo que en España llamaríamos una “cesión ilegal de trabajadores” del artículo 43 ET. Sin embargo, aunque la cesión ilegal tal y como la concibe el ordenamiento jurídico español es probablemente un supuesto nada extraño de hecho en el tráfico internacional, su apreciación judicial o administrativa resulta muy difícil en estas situaciones transnacionales, y más aun la aplicación práctica de las sanciones o consecuencias jurídicas establecidas para la cesión ilegal. En teoría, apreciar la existencia de una relación laboral en su propio territorio es una de las vías para que la autoridad laboral del Estado de destino cuestione la autenticidad del desplazamiento temporal, y con ello la vinculación de la relación a la ley (no sólo laboral, sino también de inmigración y de seguridad social) del Estado de origen.

B) La exigencia de temporalidad del desplazamiento

Por definición, el desplazamiento contemplado en la Directiva es temporal, por un “período limitado”²⁰ que la norma no define, en coherencia con su norma de contrapunto, el artículo 6.2 del Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (en adelante, Convenio de Roma), para el que el hecho de ser el trabajador enviado a otro país “con carácter temporal” no impide la aplicación de la ley del país en que el trabajador realiza habitualmente su trabajo. Ni la Directiva ni el Convenio acotan la temporalidad. En la Directiva, la disposición que de modo más directo aborda la cuestión de la duración del desplazamiento se contiene en el artículo 3, que significativamente no trata del ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 1), ni de la definición de trabajador desplazado (artículo 2), sino de las condiciones de trabajo y empleo. Dice el apartado 6 de ese artículo 3 que la “duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un

(19) Véase E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación...*, cit., págs. 526-529.

(20) Artículo 2.1 de la Directiva.

año a partir de su comienzo” y que al calcular este período de un año, “se incluirá en el cálculo el tiempo que en su caso haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir”. Sin embargo, ni su tenor literal ni su ubicación sistemática ni sus antecedentes legislativos permiten afirmar que el sentido del artículo 6.3 de la Directiva sea definir la duración temporal de los desplazamientos a que ésta se aplica. Repárese en que en este artículo no se acota duración máxima alguna, sino un período de referencia para medir duraciones máximas a ciertos específicos efectos, que son los mencionados en los apartados anteriores 2, 3 y 4 del propio artículo 3, como demuestra la historia legislativa de este precepto²¹. Así es como se entiende, por ejemplo, en la norma española de transposición, concretamente en el artículo 3.6 de la Ley 45/1999.

Si en la normativa comunitaria no se contiene definición de la temporalidad, tampoco se encuentra ésta en la ley española de transposición, pese a que para el Consejo de Estado “hubiera sido conveniente (...) haber fijado algún límite al respecto, por ejemplo, el que el artículo 40.4 ET establece en relación con la movilidad geográfica de los trabajadores”²². Un repaso de algunas otras legislaciones nacionales de transposición permite llegar a idéntica conclusión: la temporalidad del desplazamiento no se acota numéricamente en las normas nacionales²³. Corresponde, por todo ello, a los órganos judiciales y administrativos nacionales determinar en el caso concreto si el desplazamiento reúne o no esta característica esencial de la temporalidad. Sin embargo, los tribunales europeos no establecen un número exacto de meses o de años que definan la temporalidad, ni es tarea suya hacerlo; por otro lado, probablemente haya consenso doctrinal en Europa en cuanto a que no resulta aconsejable fijar *a priori* ese número exacto²⁴. Más bien, lo que corresponde es decidir acerca de la temporalidad prestando atención a las circunstancias de cada caso. Analizamos a continuación qué elementos o criterios podrían tener en cuenta a tal efecto los órganos administrativos y judiciales encargados de la aplicación de esta normativa.

En principio, el recurso conceptual más plausible para determinar en cada caso la duración máxima del desplazamiento temporal es la **duración del contrato de servicios entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación**, contrato subyacente al propio desplazamiento laboral. La doctrina ha apuntado, en efecto, que la temporalidad del

(21) En la Propuesta de la Comisión [COM(91) 230 final] esto era muy claro: el artículo 3.2 de esta Propuesta decía: “Los incisos ii) y iii), de la letra b) del apartado 1 no se aplicarán a las relaciones de trabajo a que se hace referencia en el artículo 2 cuando la duración del desplazamiento de los trabajadores sea inferior a tres meses, dentro de un período de referencia de un año a partir del inicio del desplazamiento. Al calcular el período de tres meses, se deberá tener en cuenta todo período anterior durante el cual el empleo haya sido cubierto por un trabajador desplazado”.

(22) Véase su Dictamen de 15 julio 1999 al Anteproyecto de Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (referencia o número de expediente: 2186/1999).

(23) Puede verse el informe de los Servicios de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 96/71 de enero de 2003 (págs. 5 y 6 de la versión en inglés, única disponible; el título del informe es “Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”).

(24) Según M. STOLZ y T.J. DARBY, “no court decision has given an exact number of years to define ‘temporarily’. (...) most authors agree that an exact amount of time generally cannot be given” (“Choice of Law in EC States under the Convention of Rome described in terms of German Law: A practitioner’s view”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 21, 2000, pág. 551). Aunque estas afirmaciones se predicen de Alemania, probablemente sean extensibles a gran parte de los países en que se aplica la Directiva 96/71.

desplazamiento queda asociada a la de la propia prestación del servicio, la cual a su vez debe ser ella misma “por un período limitado de tiempo”²⁵. Aunque del **artículo 1.3.a) de la Directiva** no se desprende literalmente que la prestación de servicios contratada entre la empresa de procedencia y el destinatario deba ser de duración determinada²⁶, toda la lógica insita en la Directiva 96/71 y toda la construcción comunitaria de la libertad de prestación de servicios están de parte de la necesidad de que la prestación del servicio deba ser *por un período limitado de tiempo*. Repárese en que el artículo 50 TCE establece que el ejercicio de actividades en Estado distinto del de establecimiento por parte del prestador del servicio sea sólo “temporal”: la superación de la temporalidad conlleva que se abandone la cobertura de la libertad de prestación de servicios, para entrar de lleno en el ámbito de la libertad de establecimiento, en manifestación de la conocida “relación de subordinación de la primera a la segunda”²⁷. En el caso del desplazamiento contemplado en el **artículo 1.3.c) de la Directiva** —o 2.1.1º.c) de la LDT—, la temporalidad viene determinada, de modo similar, por la duración limitada de la prestación de servicios subyacente al desplazamiento laboral: en concreto, por la duración del contrato de servicios que llamamos en España “contrato de puesta a disposición”. Cuando el destinatario de esta singular prestación transnacional de servicios radica en España, su duración no puede exceder de la establecida en la legislación española aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal, que como se sabe viene determinada por remisión a la regulación de los contratos laborales de duración determinada en el artículo 15 ET²⁸. Por último, en los supuestos de desplazamientos entre centros de la misma empresa o entre empresas del mismo grupo [**artículo 1.3.d) de la Directiva**] concurrirán con toda seguridad más elementos de informalidad en la prestación de servicios subyacente al desplazamiento, lo que sumado al hecho del mayor control que la empresa o el grupo ostenta sobre el propio acuerdo de prestación de servicios, convierte a este acuerdo subyacente al desplazamiento en menos fiable jurídicamente a efectos de evaluar su temporalidad. No extraña, por ello, que la doctrina haya advertido la mayor incertidumbre que en orden a la determinación de la temporalidad plantean generalmente los desplazamientos del artículo 1.3.d) de la Directiva²⁹.

Sin embargo, decir que la duración máxima del desplazamiento laboral es la del contrato de servicios subyacente entre las empresas prestadora y receptora supone tan sólo plantear el problema de otro modo: remitiéndolo a la doctrina comunitaria acerca de la libertad de prestación de servicios y su diferenciación con el establecimiento, lo que no

(25) M.E. CASAS BAAMONDE, en M.E. CASAS BAAMONDE y S. DEL REY GUANTER (dirs.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pág. 11.

(26) Tampoco se desprende literalmente del artículo 2.1.1º.a) de la LDT.

(27) B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El Desplazamiento Temporal de Trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 44.

(28) Vid. artículos 6.2 y 7.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal.

(29) Véase D. MARTÍNEZ FONS, “Obligaciones formales”, en M.E. CASAS BAAMONDE y S. DEL REY GUANTER (dirs.), *Desplazamientos de trabajadores...*, cit., pág. 142. También, J.I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO, “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, págs. 20-21.

siempre es fácil. A este respecto, de la jurisprudencia del TJCE parece deducirse un criterio distintivo mixto, que, por un lado, descansa en el hecho de la infraestructura que se posea en un determinado país y, por otro, en el hecho de que se ejerza una actividad, bien de manera estable y continuada, bien de manera temporal. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado que deben seguir considerándose “servicios”, en el sentido del TCE, los que se prestan “durante un período prolongado, incluso de varios años”, así como también los que se realizan “de manera más o menos frecuente o regular, incluso durante un período prolongado, para personas establecidas en uno o varios Estados miembros”³⁰. Por ello mismo, el factor temporal por sí solo podría resultar claramente insuficiente en multitud de supuestos prácticos para discriminar “servicios” de “establecimiento”, y de ahí la necesidad de emplear el factor “infraestructura”. No obstante, si bien se mira, el criterio de la infraestructura acaba siendo dominante, ya que por mucho que la actividad sea de breve duración, si aquella es de cierta entidad en el país de destino, lo más probable es que se acabe hablando de establecimiento, no de servicios.

Ahora bien, ¿qué importancia práctica puede tener una u otra calificación en el asunto que nos ocupa? Tomemos un ejemplo legislativo relevante, el de nuestro vecino francés. Dice el nuevo³¹ artículo L.342-4 del Code du Travail que un empresario no puede acogerse a las disposiciones aplicables al desplazamiento transnacional de trabajadores [se sobreentiende, “a Francia”] cuando su actividad se apoya en locales o en infraestructuras [nuevamente se sobreentiende, “radicadas en Francia”] a partir de los que aquella se ejerce de manera habitual, estable y continua [en Francia]³². Éste es un ejemplo sobresaliente de conexión entre, por un lado, la calificación de la actividad empresarial —“establecimiento” o “servicios”— y, por otro, la calificación del desplazamiento como temporal o no, con la consecuencia práctica de que si el empresario que desplaza cuenta, en el país

**EL FACTOR TEMPORAL
POR SÍ SOLO PODRÍA
RESULTAR INSUFICIENTE
EN MULTITUD
DE SUPUESTOS PRÁCTICOS
PARA DISCRIMINAR “
SERVICIOS
DE ESTABLECIMIENTO”,
Y DE AHÍ LA NECESIDAD
DE EMPLEAR EL FACTOR
“INFRAESTRUCTURA”**

(30) STJCE de 11 de diciembre de 2003, asunto C-215/01, Schnitzer, par. 30.

(31) Introducido por la Loi 2005-882, de 2 de agosto de 2005, a favor de las pequeñas y medianas empresas (JO de 3 de agosto). El nuevo artículo L.342-4 del Code du Travail entra en vigor el 1 de enero de 2007. Su texto ha sido reemplazado, con algunos retoques, por la Ordonnance 2007-329, pasando a ser, con efectos a más tardar de 1 enero 2008, el artículo L.1262-3: “Un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque son activité est entièrement orientée vers le territoire national ou lorsqu'elle est réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur le territoire national à partir desquels elle est exercée de façon habituelle, stable et continue. Il ne peut notamment se prévaloir de ces dispositions lorsque son activité comporte la recherche et la prospection d'une clientèle ou le recrutement de salariés sur ce territoire.

Dans ces situations, l'employeur est assujéti aux dispositions du code du travail applicables aux entreprises établies sur le territoire national.”

(32) “Un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque son activité (...) est réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures à partir desquels elle est exercée de façon habituelle, stable et continue (...)”.

de destino, con infraestructura sobre cuya base el servicio se presta, el trabajador desplazado no podrá ser reputado como tal, sino como empleado en dicho país. Los problemas que suscita esta asociación entre la calificación de la actividad y la calificación del desplazamiento son graves y numerosos, empezando por su adecuación misma al Derecho Comunitario.

Sin pretender aquí abordar un análisis de este precepto francés³³ —aunque no porque no vaya a tener repercusiones empresariales en España: piénsese que Francia es uno de los principales destinos extranjeros de los prestadores de servicios radicados en España—, sí queremos aprovechar su estudio para presentar algunas reflexiones que consideramos de interés a la hora de intentar determinar, con la mayor precisión posible, los criterios de diferenciación entre el desplazamiento temporal y el que no lo es. La diferencia práctica es importante, no ya sólo porque si el desplazamiento es temporal, el Estado de destino sólo pueda exigir, en principio, la aplicación del núcleo normativo descrito en el artículo 3 de la Directiva 96/71, sino además por la interferencia que provoca en el tema la legislación de seguridad social, o incluso la inmigratoria.

Dejando esto último para más adelante, conviene centrarse ahora mismo en la cuestión de la temporalidad y en su relación con los otros criterios esgrimidos a nivel comunitario o a nivel nacional. La clave interpretativa de la temporalidad exigida por el concepto mismo de desplazamiento de la Directiva 96/71 no guarda tanta relación con el concepto de “servicios” o de “establecimiento”, en el sentido del TCE, como la que guarda con el precepto que hemos denominado ya de “contrapunto” de la propia Directiva, y que no es otro que el **artículo 6 del referido Convenio de Roma**. Dicho de otro modo, la clave interpretativa reside en el carácter reflejo que presenta el artículo 1 de la Directiva respecto del artículo 6 del Convenio.

Este artículo 6 prevé, en su apartado 2.a), la continuidad de la ley aplicable al contrato de trabajo pese a que el trabajador sea enviado, *con carácter temporal*, a otro país. Es sabido que la interpretación de este artículo debe realizarse, como del resto del Convenio, de manera “uniforme”, precisamente por su carácter internacional³⁴, razón principal por la cual hay que descartar que los criterios de distinción entre desplazamiento y traslado sentados en el artículo 40 ET puedan ser aplicables aquí³⁵. Pues bien, la interpretación que deba darse

(33) Puede verse, recientemente, J.P. LHERNOULD, “La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs”, *Droit Social*, núm. 12, 2005, pág. 1209, cuyo comentario principal transcribimos: “Ce texte est un moyen de lutter notamment contre les pratiques de détachement de salariés par roulement, qui visent à contourner l’obligation de s’établir en France alors même que l’activité est entièrement tournée vers la France. L’employeur auteur de telles pratiques doit être assujéti aux dispositions du Code du travail applicables aux entreprises établies sur le territoire français”.

(34) Artículo 18 del propio Convenio. Se ha advertido con razón que “tal artículo permitirá a las partes alegar ante los tribunales resoluciones dictadas en otros países” (R. SERRANO OLIVARES, *La movilidad*..., cit., pág. 62).

(35) La doctrina ha subrayado que “la Ley 45/1999 y el artículo 40 TRLET abordan diferentes ‘desplazamientos’” [S. DEL REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, “Ámbito aplicativo de la Ley”, en M.E. CASAS BAAMONDE y S. DEL REY GUANTER (dirs.), *op. cit.*, pág. 50]. Cosa distinta es que el desplazamiento o el traslado decidido unilateralmente por el empleador (que no es el único que cabe entender comprendido en el ámbito de la Directiva) pueda ser enjuiciado conforme a los parámetros de forma y de fondo establecidos en dicho artículo 40, siempre que al contrato de trabajo le sea de aplicación la ley española, pues no parece que este artículo deba considerarse una disposición imperativa en el sentido del artículo 6 del

a este artículo 6 y más concretamente a lo que constituya un “envío”, “desplazamiento” o “destacamento” temporal, ha de proyectarse necesariamente sobre el artículo 1 de la Directiva, que acaba resultando ser, por ello mismo, un precepto “secundario”, no tanto en sentido jerárquico como hermenéutico³⁶.

El sentido del artículo 6.2.a) del Convenio es, como acabamos de apuntar, *mantener* la ley aplicable al contrato del país donde habitualmente se prestan servicios pese al hecho de ser el trabajador enviado temporalmente a prestarlos en otro país (“principio de continuidad”³⁷ o “teoría de la irradiación”³⁸). Ahora bien, cuando la contratación del trabajador tiene como única finalidad la de desplazarlo al extranjero, es de pura lógica concluir que carece de sentido hablar de continuidad en ese sentido: el único lugar habitual de prestación de servicios es, en tales casos, el país de destino. Esto, sin embargo, no es exactamente lo mismo que decir que para que exista un desplazamiento auténticamente temporal al extranjero que no rompa la continuidad de la aplicación de la ley de origen, el trabajador ha de haber prestado servicios en el país de origen antes del envío o desplazamiento.

Con carácter general, no cabe exigir, en efecto, un tracto temporal mínimo de **prestación de servicios antes del envío**. Recuérdese que en la Propuesta de directiva relativa al desplazamiento de trabajadores asalariados nacionales de un tercer Estado en el marco de una prestación de servicios transfronterizos intracomunitarios, Propuesta que data de 1999 y que fue oficialmente retirada en 2004³⁹, se establecía una suerte de “período de carencia” laboral⁴⁰: el nacional del tercer Estado podía obtener una tarjeta de prestación de servicios-CE siempre que hubiese cubierto previamente un período mínimo de empleo regular y efectivo en el Estado miembro emisor de la tarjeta⁴¹. El sentido de este período de carencia estribaba en consideraciones de corte inmigratorio, más que en una ponderación de los intereses típicamente en juego en un desplazamiento transnacional de un

Convenio de Roma (en este sentido, puede verse la STSJ de Madrid de 1 de febrero 2005, AS 2005/113). No hay duda de que los desplazamientos transnacionales ordenados por una empresa radicada en España “han de cumplir las exigencias formales y procedimentales y el régimen compensatorio establecidos en el artículo 40 ET” (M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales...*, cit., pág. 92). En este sentido se pronunció también M. RODRÍGUEZ-PINERO, “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *Relaciones Laborales*, 1999-II, pág. 83. Para una argumentación defendiendo una relevancia mayor del artículo 40 ET, puede verse P. RIVAS VALLEJO y S. MARTÍN ALBÁ, “Los desplazamientos temporales de trabajadores españoles al extranjero. Efectos laborales y tributarios”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, págs. 48-50.

(36) De hecho, el Convenio de Roma se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, como la laboral, regulen los conflictos de leyes, y que estén contenidas en los actos derivados comunitarios, como la Directiva 96/71 (ver artículo 20 del Convenio). Ya en la Propuesta que dio lugar a esta Directiva reconocía la Comisión que “cualquier propuesta que aborde la situación específica de los trabajadores desplazados deberá considerarse como una ampliación del Convenio de Roma” [COM(91) 230 final, de 1 de agosto de 1991, pág. 9].

(37) Véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993-II, págs. 387-388; también, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El Desplazamiento...*, cit., pág. 128.

(38) Véase G. PALAO MORENO, “La Ley Aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, en F. SALINAS MOLINA et al., *Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Sindicales, Laborales y de Seguridad Social*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pág. 553.

(39) Véase COM(2004) 542.

(40) Véase G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002, pág. 132.

(41) Véase el artículo 2.2 de la Propuesta, COM(1999) 3 final, DOCE C 67/12, de 10 de marzo de 1999. Véase también el mismo artículo de la Propuesta modificada, COM(2000) 271 final.

trabajador comunitario en el marco de la libre prestación de servicios. No obstante, la existencia de un período previo de prestación de servicios en el país de origen, anterior al desplazamiento al extranjero, no es irrelevante: es un criterio a tener en cuenta, sobre todo en caso de litigio, a la hora de determinar la ley aplicable conforme al Convenio de Roma.

Si en el contexto de un desplazamiento al extranjero de un trabajador recién contratado se suscita un litigio laboral en el país de destino, es muy probable que el juez local ante el que hipotéticamente se formule la demanda concluya que la ley aplicable es la de este país de destino. En la estimación judicial acerca del lugar habitual de prestación de servicios, suele pesar más la *realidad* que la *forma*, y la realidad es que la prestación de servicios ha tenido lugar casi en su totalidad en el país de destino, no en el de origen, por mucho que formalmente se hubiera pactado que el lugar de prestación habitual de servicios fuese el país de origen. Desde otro punto de vista, en la estimación judicial acerca del lugar habitual de prestación de servicios, suele prevalecer un punto de vista *retrospectivo*, más que *prospectivo*: de este modo, o es muy clara y muy fiable la intención declarada por las partes antes o durante el desplazamiento en orden al retorno del trabajador y a la continuación de la prestación en el país de origen, o el factor prospectivo apenas podrá contrapesar una realidad pasada de prestación de servicios habitual en el país de destino⁴². En suma, de la necesidad de cohonestar la regulación de desplazamientos temporales con la regulación nuclear contenida en el artículo 6 del Convenio de Roma, resulta que difícilmente puede defenderse que el desplazamiento transnacional producido en los compases iniciales de una relación laboral permite el mantenimiento de la ley aplicable del país de origen —y los efectos de seguridad social a que nos referiremos—, a no ser que existan elementos sólidos de los que se desprenda “una clara tendencia al retorno del trabajador”⁴³ y, añadiríamos nosotros, una clara tendencia a continuar la prestación laboral en el país de origen tras dicho retorno. Y si el mantenimiento de la ley de origen deviene imposible y se impone, en cambio, la aplicación de la ley del país del destino del desplazamiento, la Directiva 96/71 resulta, en tal supuesto, carente de toda utilidad. En términos prácticos, por tanto, aunque legalmente no sea una exigencia la prestación de servicios con anterioridad al desplazamiento, la “contratación para inmediatamente desplazar” presenta un riesgo importante desde la perspectiva de ley aplicable en la hipótesis de un litigio, y ello no sólo tiene repercusiones estrictamente laborales, sino que podrían alcanzar a ámbitos colaterales como la seguridad social o la normativa de inmigración.

Es cierto que en un supuesto como el que se acaba de describir, de desplazamiento transnacional en momentos muy iniciales de una relación laboral, el hecho de que el contrato

(42) Vid. las muy interesantes anotaciones sobre la prospectiva y la retrospectiva judiciales en este tema de P. KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Dartmouth, Aldershot, 1993, págs. 233-234: la principal conclusión del debate sería que el lugar de trabajo real actual y pasado deberá ser valorado principalmente en busca de la “habitualidad”, aunque eso sí teniendo en consideración el probable lugar de trabajo en el futuro de acuerdo con el contrato (“actual past and current location of work should therefore be primarily assessed for habituality, (...) yet nonetheless taking full account of likely future country or countries of work in accordance with the contract”).

(43) G. PALAO MORENO, “La Ley Aplicable...”, cit., pág. 553.

se hubiera concluido en el país de origen podría constituir una de las “circunstancias” que, sumada a otras y “en conjunto”, permitirían sostener que el contrato presenta “vínculos más estrechos” con ese país (conforme al artículo 6.2, párrafo final, del Convenio de Roma). Sin embargo, sin entrar aquí a discutir acerca del problemático concepto del “establecimiento de contratación del trabajador” –recordemos, tan sólo, que se trata de un concepto muy manipulable en la práctica, sin necesidad de caer en conductas tan burdas como la de dotar de apariencia de establecimiento a una simple dirección postal–, sigue siendo plausible sostener que, a falta de otros elementos, si surge un eventual litigio en el país de destino durante o al término del desplazamiento, y éste ha sido de una duración considerablemente mayor que los pocos días o semanas de prestación laboral en el país de origen, lo más probable es que si el trabajador demanda ante los tribunales del país de destino, éstos declaren como ley aplicable la de este país, obviamente siempre que no exista válido acuerdo en los términos del artículo 6.1 del Convenio de Roma (esto último, a su vez, con todas las muy relevantes limitaciones que tiene la autonomía contractual laboral en el sistema de este Convenio). Nos parece acertada e incisiva, en este sentido, la apreciación doctrinal relativa a la diferencia de dicción entre, por un lado, el artículo 4.2 y, por otro, el artículo 6.2.a), ambos del Convenio de Roma, al objeto de sostener la tesis de que el momento en que debe determinarse en qué país se prestan habitualmente los servicios no es el de la contratación, sino el del surgimiento del litigio⁴⁴.

Lo que demuestra el caso del desplazamiento transnacional en fechas iniciales de la relación laboral es que la noción de temporalidad, más allá de su indeterminación en las normas aplicables, es un concepto muy relativo, lo que en la práctica se traduce en que las respuestas dependen esencialmente de la perspectiva de análisis. En este sentido, conviene distinguir al menos las perspectivas siguientes: la del trabajador y la del empleador, las de las Administraciones de los Estados de origen y de destino, y la del tribunal que eventualmente llegue a conocer de un litigio. A continuación, proponemos un análisis dinámico de los dos presupuestos fundamentales de los desplazamientos temporales –temporalidad y no vinculación

**EN EL ESTADO PREVIO
A UN DESPLAZAMIENTO
TRANSNACIONAL
EMPLEADOR Y TRABAJADOR
CUENTAN CON VARIAS
POSIBILIDADES PARA
SU CONCRETA
ARTICULACIÓN LEGAL**

(44) Véase R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, Londres, 1991, pág. 144. La diferencia de dicción apreciada por R. PLENDER reside en que mientras en el artículo 4.2 se alude a que la parte que debe realizar la prestación característica “tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual...”, el 6.2.a) carece del inciso anterior en cursiva. Pues bien, según este autor, “the omission of these words from Artículo 6(2)(a) appears deliberate and suggests that the time of conclusion of the contract is not necessarily the appropriate time for identifying the place of habitual employment”.

laboral en el país de destino— desde estas diferentes perspectivas. Con ello buscamos una aproximación más realista a ambos presupuestos, tal y como se suscitan en la práctica a los sujetos y organismos que toman parte en estos asuntos.

C) Los equilibrios inestables derivados de las diferentes perspectivas de análisis del desplazamiento

En el estadio previo a un desplazamiento transnacional, a la hora de planificarlo, **empleador y trabajador** cuentan con varias posibilidades para su concreta articulación legal. Por un lado, ya nos hemos referido a las opciones relativas a los vínculos jurídicos formales que cabe mantener a lo largo del desplazamiento. Cuando la opción es la continuación del contrato de trabajo de origen y la no vinculación laboral con el empresario radicado en el país de destino, la decisión ulterior congruente es afirmar formalmente la temporalidad del desplazamiento. Básicamente, es a las partes del contrato de trabajo a las que corresponde determinar la naturaleza temporal o no del desplazamiento, lo que en aquellas situaciones en que el trabajador carezca de poder negociador supone dejar casi al arbitrio empresarial la determinación de aquella naturaleza. Formalmente, empleador y trabajador tienen, en primer lugar, la posibilidad de pactar la ley aplicable al contrato, al amparo del principio de libertad de elección afirmado en el artículo 3.1 del Convenio de Roma. Esta posibilidad no se limita al momento inicial de la relación laboral, sino que está viva durante toda ella, pudiendo ambas partes convenir en cualquier momento que el contrato se rija “por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad”⁴⁵. Cuando la ley aplicable designada por las partes —inicial o sucesivamente— sea la del lugar temporal de prestación de servicios durante el desplazamiento, pierde sentido invocar la Directiva 96/71, aunque el complejo juego de las reglas del Convenio de Roma permitirían hasta poner en cuestión esta conclusión provisional, en la medida en que la ley elegida del lugar de prestación de servicios temporal puede no ser la que resultaría a falta de elección, conforme al artículo 6 del Convenio de Roma, lo que conduciría al acrobático ejercicio de tener que aplicar, por ejemplo, las disposiciones imperativas de la ley del Estado de origen (si se llegase a entender en el caso concreto que en este Estado se encuentra el “lugar habitual de trabajo”), al tiempo que también la Directiva 96/71 entraría en juego para garantizar ese núcleo mínimo de condiciones de trabajo y empleo de dicho lugar de prestación de servicios temporal. Convengamos, sin embargo, en que lo más frecuente será que el empleador y el trabajador acuerden (casi siempre tácitamente) mantener como ley aplicable la del Estado de origen: tal supuesto es el que paradigmáticamente contempla la Directiva 96/71, y para él está pensada la aplicación del núcleo mínimo de condiciones legales, reglamentarias y convencionales del país de destino. En un supuesto como éste, la temporalidad del desplazamiento aparece esencialmente vinculada a la voluntad tácita o expresada por las partes en el momento inicial del propio desplazamiento.

Esta voluntad es difícil de poner en entredicho por parte de las **autoridades laborales nacionales**, para las cuales los intereses fundamentales en juego son dos. Por un lado, el estrictamente laboral que tiene que ver con la protección de los trabajadores. Por otro

(45) Artículo 3.2 del Convenio de Roma.

lado, el más teñido de matices recaudatorios y estadísticos constituido por la adscripción de seguridad social. En la medida en que la ley aplicable al contrato siga siendo la del **Estado de origen**, su autoridad laboral tendrá escaso o nulo interés en alterar la presentación empresarial del desplazamiento como temporal, conclusión coincidente con la que le proporcionará su análisis de la cuestión desde la óptica de seguridad social, en la misma medida en que el trabajador siga de alta en el sistema de seguridad social del Estado de origen⁴⁶. Además, el hecho de que el trabajo temporal se desarrolle fuera de su territorio desincentiva y dificulta cualquier tentativa de control acerca del cumplimiento de condiciones que se encuentran muy vinculadas al elemento espacial. Probablemente sólo en supuestos claros de ausencia de entidad real del empresario remitente, detectada por la autoridad laboral de origen, denegará ésta el certificado de mantenimiento del vínculo laboral y de alta en la seguridad social a que se refiere el artículo 11.1.a) del todavía aplicable Reglamento (CEE) 574/1972 (para abreviar, el certificado E-101).

Todo lo contrario ocurre en relación con la **autoridad laboral del país de destino**. Para ésta, en primer lugar, la prestación de servicios, por temporal que sea, ocurre materialmente en el territorio de su jurisdicción, por lo que el interés en su control es obvio. Las declaraciones relativas al mantenimiento de la relación laboral en el país de origen y a la temporalidad de la prestación de servicios en el de destino resultan ser, para este último, declaraciones *unilaterales*, en el sentido de que provienen del Estado de origen, aunque traigan causa originariamente de las partes de la relación laboral. Estas declaraciones son, en la mayor parte de los casos, simplemente sancionadas por la autoridad laboral de este Estado de envío, pero presentan unas implicaciones enormes para el Estado de destino. En primer lugar, porque la legislación aplicable al contrato seguirá siendo la del Estado de envío y, en segundo lugar, porque la vinculación a la Seguridad Social seguirá siendo también a la de este Estado, todo ello sin perjuicio de la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo del país de destino referidas en el artículo 3 de la Directiva 96/71. Hay más, sin embargo, y es que la afirmación de la temporalidad del desplazamiento y del mantenimiento de la relación laboral en el Estado de origen suponen limitar o minimizar de hecho las posibilidades de control por parte del Estado de destino: en materia de inmigración, por ejemplo, o en relación con los propios presupuestos sobre los que se asienta el desplazamiento temporal transnacional. El asunto *Kiere*, recientemente fallado por el TJCE, ha puesto de relieve algunas de estas intensas limitaciones⁴⁷.

Cuestionar los presupuestos jurídicos del desplazamiento temporal supone una tarea ardua para la autoridad laboral del Estado de destino: desde luego, constituye una labor más difícil y compleja que el cuestionamiento habitual de la legalidad de una relación laboral que tiene un desarrollo puramente interno o nacional en dicho Estado. Un Estado que recibe trabajadores en desplazamiento temporal puede intentar cuestionar éste atacando cualquiera de sus presupuestos jurídicos fundamentales: el mantenimiento de la relación laboral de origen y la temporalidad de los trabajos en el Estado de acogida. Sin embargo, en la medida en que ambos presupuestos resultan avalados o certificados por la autoridad

(46) Al amparo del artículo 14.1.a) del Reglamento (CEE) 1408/1971, todavía aplicable a día de hoy, o del artículo 12.1 del Reglamento (CE) 883/2004, que sustituye al primero, y que será aplicable en cuanto se apruebe y publique su Reglamento de aplicación [véase la Propuesta de Reglamento: COM(2006) 16 final, de 31 de enero de 2006].

(47) STJCE de 26 de enero de 2006, C-2/05.

laboral del Estado de origen, la puesta en entredicho de cualquiera de ellos exige enfrentarse a esta realidad formal “internacional”. Y aquí las dificultades de índole puramente práctica son enormes, por lo que cabe intuir que enormes deben ser, asimismo, el desincentivo para el ejercicio de este control en el Estado de destino y el incentivo para lograr por “otras vías” lo que de manera franca resulta casi imposible. Son estas “otras vías” las que han venido dando lugar a un buen número de sentencias del TJCE enjuiciando medidas nacionales restrictivas de los desplazamientos.

En lo que atañe específicamente a la **puesta en entredicho del mantenimiento del vínculo contractual** en el país de origen, el Estado receptor del trabajador puede pretender cuestionarlo cuando encuentre elementos de los que quepa deducir que entre el desplazado y la persona radicada en su territorio que recibe sus servicios se ha entablado o se va a entablar una auténtica relación laboral. Dejando al margen aquellos casos en que la existencia de la relación laboral en el país de destino pueda deducirse de elementos “formales” reveladores (como contratación formal, pago de salarios, etc.), los elementos “materiales” que deben ser considerados por las inspecciones laborales son los mismos que los ordenamientos jurídicos europeos utilizan para la calificación de lo que entre nosotros denominamos “**cesión ilegal de trabajadores**”. Sin embargo, aparte de que algunos de estos elementos se localizan en el país de origen, al guardar directa relación con la empresa en él radicada —piénsese, por ejemplo, en la falta de medios empresariales para el desarrollo de la actividad—, y son por ello de difícil control por la inspección del país de destino, la ya citada sentencia del TJCE en el asunto Kiere puede acabar convirtiendo estos esfuerzos inspectores en poco menos que inútiles. Es éste un caso de seguridad social en el que la inspección belga había concluido que existía cesión ilegal respecto de los trabajadores desplazados por su empleador irlandés, que su auténtico empleador no era éste, sino el contratista principal radicado en Bélgica, y que por todo ello este empresario debía abonar cotizaciones a la Seguridad Social en este país. Elevado el asunto al TJCE, su respuesta es contundente: la emisión de la certificación (E-101) de la existencia del vínculo laboral en el Estado de origen corresponde a la autoridad competente de este último, dicha certificación disfruta de presunción de conformidad a Derecho y es vinculante para el Estado de destino, por lo que la autoridad de este Estado no puede por sí sola actuar en sentido contrario a aquella certificación. Sólo a través de la cooperación entre las autoridades nacionales, o bien a través de un lento y costoso proceso judicial ante el Tribunal de Justicia comunitario, puede la certificación ser retirada. Es fácil suponer que esta última opción no se practicará en la gran mayoría de los casos, por lo oneroso y lento del proceso, aparte lo incierto de su resultado. En cuanto a la cooperación, es un tema crucial al que nos referiremos después, aunque debamos anticipar aquí que esta cooperación entre autoridades nacionales adolece hoy día de una falta notable de fluidez y de eficacia.

En lo que se refiere al cuestionamiento de la **temporalidad del desplazamiento**, puede ocurrir que la duración prevista y declarada inicialmente para el desplazamiento temporal resulte excesiva en opinión de la autoridad nacional de destino. Ahora bien, ¿cuándo es excesiva esta duración?: ¿cuando excede inicialmente de un año, por aplicación de la normativa de seguridad social comunitaria de 1971?, ¿cuando excede inicialmente

de veinticuatro meses, por aplicación de la normativa de seguridad social comunitaria de 2004? No habiendo en la normativa laboral aplicable una acotación de la duración máxima del desplazamiento temporal, resulta difícil que la autoridad nacional de destino actúe con fundamentos jurídicos sólidos al poner en entredicho una duración inicialmente prevista y declarada de desplazamiento temporal que se quede por debajo de los veinticuatro meses: en este sentido, la línea que marca el artículo 12.1 del Reglamento CE 883/2004 en materia de seguridad social puede hacerse extensiva, aunque sea a título orientativo, a la hora de acotar la duración del desplazamiento temporal en su proyección estrictamente laboral⁴⁸.

En ocasiones se ha planteado en la práctica, sin embargo, que el desplazamiento temporal debe tener una duración prevista inicial inferior a doce meses trayendo a colación el ya referido apartado 6 del artículo 3 de la Directiva, que dice en su párrafo primero: “La duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo”. Pero como ya argumentamos, este precepto no permite llegar a tal conclusión: se trata tan sólo de una regla de apoyo, de la que tan sólo se desprende un criterio para calcular las duraciones a que se refieren los apartados anteriores del propio artículo 3: los ocho días del apartado 2 y el mes de los apartados 3 y 4.

Por todo ello, salvo que la duración inicialmente declarada del desplazamiento resulte a todas luces excesiva en atención a las circunstancias del servicio que se dice prestar, es muy difícil que la autoridad laboral de destino cuente con elementos claros a efectos de poner en entredicho la temporalidad hasta transcurrido un lapso de tiempo considerable —seguramente más de un año—, teniendo en cuenta, eso sí, que en el caso de un trabajador desplazado que sustituye a otro que lo hubiera estado también, la autoridad de destino cuenta con el apoyo normativo de la Directiva 96/71, que establece que en el cálculo del tiempo de duración del desplazamiento se incluirá el tiempo que hubiera estado desplazado el trabajador al que se haya de sustituir⁴⁹.

Como ya adelantamos, siguiendo la línea imprecisa o abierta de la Directiva, las normativas nacionales tampoco concretan las duraciones máximas de los desplazamientos temporales. A veces, sin embargo, como en el caso de la legislación belga, los

**LA DURACIÓN
DEL DESPLAZAMIENTO
SE CALCULARÁ SOBRE
UN PERÍODO
DE REFERENCIA
DE UN AÑO A PARTIR
DE SU COMIENZO**

(48) Véase, en este sentido, R. SERRANO OLIVARES, *La movilidad...*, cit., pág. 62.

(49) Artículo 3.6, párrafo segundo.

desplazamientos de cierta duración (v. gr., seis meses) reciben un trato más desfavorable desde la perspectiva del empresario de envío, y acaban siendo casi asimilados, al menos a algunos efectos, a traslados permanentes o de “establecimiento”: así, el artículo 6 ter, párrafo segundo, del *Arrêté Royal* núm. 5 de 23 de octubre de 1978, en la redacción dada por la Ley belga de transposición de la Directiva, establece que los empresarios que desplazan trabajadores quedan exentos de la obligación de crear y mantener en Bélgica una serie de documentos relativos a la relación laboral, pero sólo hasta un período de seis meses, transcurridos los cuales, a contar del primer trabajador desplazado, a aquel empresario se le da el trato de un empresario establecido en Bélgica y debe cumplir, respecto de los trabajadores desplazados, las obligaciones documentales laborales ordinarias de cualquier empleador de trabajadores en ese país⁵⁰.

Este período de seis meses, sin embargo, resulta a todas luces excesivamente breve para considerarlo ni siquiera a título meramente orientativo como delimitador de lo temporal frente a lo permanente. En realidad, se trata, la belga, de una normativa nacional sumamente proteccionista en este punto, y sobre todo muy cuestionable desde la perspectiva del cumplimiento del Derecho Comunitario. La tendencia político-legislativa comunitaria en la consideración de lo temporal frente a lo permanente parece más bien ir en el sentido contrario de ampliar o dilatar los períodos de mantenimiento del *status quo* legal de origen, al menos en una faceta tan importante de la relación laboral como es su proyección en el ámbito de la seguridad social. Téngase en cuenta, a este respecto, que el nuevo Reglamento (CE) 883/2004, que sustituye al viejo 1408/1971, considera que el trabajador desplazado por una duración previsible de hasta veinticuatro meses seguirá sujeto a la legislación del Estado de envío⁵¹, ampliando de este modo el plazo de doce meses que, en principio y sin perjuicio de la contemplación de una prórroga de hasta otros doce meses, establece el aún hoy aplicable Reglamento 1408/1971⁵².

Es cierto que esta normativa específica de seguridad social no es propiamente aplicable a los problemas puramente laborales, no de seguridad social, que plantee la duración del desplazamiento temporal. Pero nada impide que su regulación pueda, por su estrechísima conexión con estos problemas laborales, tomarse a título orientativo a la hora de darles solución. Razones de oportunidad práctica suelen aconsejar, por otro lado, la menor disociación posible entre la ley aplicable a las cuestiones de seguridad social y la ley aplicable a las cuestiones laborales, puesto que, como es notorio, las conexiones entre las normas nacionales de seguridad social y las estrictamente laborales son abundantes y profundas, tanto en el plano conceptual como en el de las soluciones normativas.

El cuestionamiento de la temporalidad por parte de la autoridad laboral del Estado de destino debe hacerse a partir del análisis de las funciones que desempeña en su territorio

(50) El artículo 6 ter del *Arrêté Royal* núm. 5 du 23 octobre 1978 fue introducido por el artículo 9 de la *Loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71*. El período de seis meses es fijado por el artículo 2 del *Arrêté Royal* du 29 mars 2002 fixant les modalités d'exécution du régime simplifié d'établissement et de tenue de documents sociaux pour les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique.

(51) Véase el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004.

(52) Véase su artículo 14.1.a).

el trabajador desplazado. Esto debe ser así porque, como ya explicamos, la Directiva concibe la duración del desplazamiento de manera objetiva —relativa al puesto ocupado— y no subjetiva —relativa a la persona del trabajador que ocupa ese puesto—, debiendo sumarse los tiempos durante los que sucesivamente los desplazados presten idénticos servicios para idéntico prestatario radicado en el país de destino. Además, la temporalidad no sólo tiene que ver con la duración de un desplazamiento en concreto, sino también con su frecuencia a lo largo de un período de referencia que, a estos efectos, suele superar con creces el año. De este modo, el límite máximo de temporalidad que cabe entender permitido en relación con el desplazamiento del trabajador se acerca tanto al establecido en materia de seguridad social que en términos prácticos acaba confundiendo con él. En estos mismos términos, se puede concluir sosteniendo que la puesta en entredicho de la temporalidad máxima del desplazamiento por parte de la autoridad laboral del Estado de destino sólo se producirá, en la mayor parte de los casos, al hilo del cuestionamiento de la afiliación del trabajador al propio sistema nacional de seguridad social, al amparo del Reglamento 1408/71, que todavía se aplica hoy, o del que se aplicará próximamente, el Reglamento 883/2004.

D) La incidencia de la normativa de Seguridad Social

El desplazamiento temporal del trabajador al extranjero en el marco de una prestación de servicios transnacional trastoca el soporte fundamental en que generalmente se apoya la aplicación de una legislación nacional de seguridad social: por tomar los términos más representativos hoy, los del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, “la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena (...) en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”. El principio de aplicación de la ley del Estado en que se ejerce la actividad, que prevalece sobre criterios alternativos como el lugar de residencia del trabajador o el lugar donde radica la sede o domicilio del empleador⁵³, resulta matizado en los supuestos en que el trabajador presta servicios en el territorio de un Estado a título meramente temporal en las condiciones que seguidamente vemos.

Conforme a la regulación todavía aplicable en el ámbito comunitario⁵⁴, la actividad laboral por cuenta ajena en un Estado miembro no determina la aplicación de la legislación de seguridad social de ese Estado, siempre que, en primer lugar, el trabajador haya sido destacado por la empresa de la que dependa normalmente con el fin de efectuar allí un trabajo y, en segundo lugar, la duración previsible de este trabajo no exceda de doce meses. La aplicación práctica de estos requisitos puede calificarse de flexible. Por un lado, en lo relativo a que el trabajador destacado “dependa normalmente” de la empresa que lo desplaza —que en teoría parecería exigir un indeterminado período de relación laboral entre ambos previo al desplazamiento—, es significativo que la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (en adelante, CASSTM) entienda que este requisito se cumple cuando la empresa ejerce nor-

(53) Es significativa, en este sentido, la redacción del derogado (aunque aplicable a día de hoy) artículo 13.2.a) del Reglamento (CEE) 1408/1971: “el trabajador que ejerza una actividad en el territorio de un Estado miembro estará sometido a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que le ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro”.

(54) Artículo 14.1 del Reglamento 1408/1971.

malmente su actividad en el territorio del Estado de origen, o dicho de otra forma, cuando ejerce habitualmente actividades significativas en él⁵⁵. Por otro lado, la duración máxima de 12 meses no supone más que un límite orientativo, no sólo porque el propio Reglamento contemple la prórroga por otros 12 meses⁵⁶, sino porque la praxis por parte de algunos Estados, sin duda entre ellos España, es enormemente laxa: en nuestro país, por ejemplo, es una práctica tolerada que transcurrido el período máximo de la primera prórroga, puedan darse “otras prórrogas”, o incluso que se extienda la cobertura del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 a situaciones en las que desde el inicio del desplazamiento se prevé que éste va a ser superior a doce meses⁵⁷.

Esta aplicación flexible del Reglamento 1408/71 parece recogerla el nuevo Reglamento 883/2004, que sustituye y deroga el anterior⁵⁸. En su artículo 12, el nuevo Reglamento recoge el criterio de la CASSTM al establecer no que el trabajador desplazado deba serlo por una empresa de la que “dependa normalmente”, sino por una empresa que ejerza normalmente sus actividades en el Estado de origen, en la línea de lo que era ya en la práctica la interpretación prevalente⁵⁹. En una línea de simplificación, se amplía la duración máxima inicialmente previsible del desplazamiento hasta los dos años, pero sin mención a prórroga alguna, lo que no va a significar que en la práctica no se creen fórmulas para dar acogida a situaciones de prolongación del desplazamiento más allá de los dos años.

La situación de seguridad social del trabajador desplazado en el marco de una prestación transnacional de servicios tiene una importancia capital en el conjunto de problemas jurídicos que suscita el desplazamiento, incluidos, aunque de manera mucho menos intensa, los de orden fiscal o tributario⁶⁰. No se trata tan sólo de la relevancia intrínse-

(55) Decisión núm. 181 de la CASSTM (DO L 329/73, de 14 de diciembre de 2001), apartado 3.b).ii). En la línea de la jurisprudencia comunitaria, véase la STJCE de 10 de febrero de 2000, asunto C-202/97, *Fitzwilliam*. Sobre el tema, M.S. HERRAIZ MARTÍN, “Seguridad Social y libre circulación. Determinación de la legislación aplicable a los trabajadores interinos desplazados en otro Estado miembro. Comentario de la STJCE de 10 de febrero de 2000”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, págs. 267 y ss.

(56) En teoría, nuevamente, la prórroga debería concederse por una prolongación de los trabajos debida a “circunstancias imprevisibles”; además, el Estado de destino debe dar su conformidad a la prórroga (artículo 14.1.a/.ii del Reglamento 1408/71).

(57) Puede encontrarse información en el sentido descrito en el texto, emitida por la Seguridad Social española en su página web; concretamente en el siguiente enlace: http://www.seg-social.es/inicio/?Mival=cw_usr_view_Folder&LANG=1&ID=32120#32315.

(58) Aunque formalmente vigente, el Reglamento 883/2004 no será aplicado hasta que entre en vigor el Reglamento de aplicación a que alude el artículo 89 de aquél, que actualmente se halla en trámite legislativo: COM(2006) 16 final.

(59) En los términos de la Decisión núm. 181 de la CASSTM, cuando no se desplace a personal habitual del empresario, la condición se entiende cumplida cuando “normalmente esta empresa ejerza su actividad en el territorio del primer Estado miembro, es decir, que la empresa ejerza habitualmente actividades significativas en el territorio del primer Estado miembro”. En un documento algo más informal de la propia CASSTM, titulado “Guía Práctica para el desplazamiento de trabajadores en los Estados miembros de la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo y Suiza”, se dice a propósito del requisito de un ejercicio habitual de actividades significativas en el territorio del Estado de envío: “Se considera generalmente que se satisface este requisito cuando se ha ejercido la actividad durante un mínimo de cuatro meses; si se trata de un período inferior a cuatro meses, se examina cada caso teniendo en cuenta asimismo todos los otros elementos”.

(60) Véase A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, “Obstáculos fiscales a la libertad de desplazamiento temporal de los trabajadores”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 208, 2002, págs. 39-52.

ca de la seguridad social, desde el punto de vista tanto de la empresa (obligaciones de cotización, responsabilidades, etc.), como del trabajador (obligaciones de cotización, derechos de prestaciones, etc.), lo que en sí mismo no es poco. Se trata, además, y muy especialmente para lo que nos ocupa aquí, de las implicaciones que la aplicación de la normativa de seguridad social proyecta sobre el plano estrictamente laboral del desplazamiento, que se deben en buena medida al hecho de que la norma de seguridad social sobre desplazamiento (el artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 o el 12.1 del 883/2004) comparta con la norma laboral (el artículo 1.3 de la Directiva 96/71) un elemento fundamental de sus respectivos supuestos de hecho aplicativos: el llamado **mantenimiento del vínculo orgánico** del trabajador con el empleador que lo desplaza. En la Directiva 96/71, esta idea se expresa con una rotunda dicción: “que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento”, pero aunque con menos rotundidad, también la norma de seguridad social exige que se mantenga esa relación laboral durante el período de desplazamiento: el trabajador es destacado en el extranjero para realizar en él un trabajo *por cuenta del* empleador que lo envía. Así se interpretó en 1970 por el Tribunal de Justicia en el conocido caso *Manpower*⁶¹, y así se pronuncia, con más claridad que la norma, la referida Decisión de la CASSTM sobre la interpretación del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71: “El trabajo se considerará efectuado por cuenta de la empresa del Estado de envío cuando quede establecido que el trabajo se efectúa para dicha empresa y que subsiste un vínculo orgánico entre el trabajador y la empresa que lo ha destacado”⁶².

La relevancia de la norma de seguridad social en el conjunto de problemas jurídicos que suscita el desplazamiento laboral temporal condiciona la aplicación misma de la Directiva 96/71 y de sus normas nacionales de transposición, y con ella la de la normativa nacional de inmigración en el supuesto de que el trabajador desplazado sea nacional de un tercer Estado. La norma de seguridad social tiene importantes virtualidades para los tres sujetos protagonistas en el desplazamiento —el trabajador desplazado, la empresa que lo desplaza y la empresa receptora de los servicios de la primera—, que no tiene la norma laboral: por un lado, la seguridad jurídica, crucial en este tipo de operaciones y, por otro lado, la irradiación de efectos del plano de seguridad social al plano laboral.

**EL TRABAJO SE
CONSIDERARÁ EFECTUADO
POR CUENTA
DE LA EMPRESA
DEL ESTADO DE ENVÍO
CUANDO QUEDE
ESTABLECIDO QUE
SE EFECTÚA PARA DICHA
EMPRESA Y SUBSISTE
UN VÍNCULO ORGÁNICO
ENTRE EL TRABAJADOR
Y LA EMPRESA**

(61) STJCE de 17 de diciembre de 1970, Asunto 35/70, *Manpower*.

(62) Apartado 1, párr. 2º, de la Decisión núm. 181 (cit.)

En efecto, la aplicación de la norma de seguridad social confiere más certidumbre a las operaciones de desplazamiento transnacional, lo que acaba proyectándose sobre el plano estrictamente laboral, fundamentalmente porque una autoridad pública del Estado de origen respalda el desplazamiento con toda la fuerza inherente al certificado llamado E-101. En el plano estrictamente laboral, no existe una certificación administrativa del desplazamiento emitida por el Estado del establecimiento del empresario: existen, a lo sumo, obligaciones de notificación por parte fundamentalmente de la empresa por cuenta de la que los trabajadores se desplazan, dirigidas sobre todo a la autoridad laboral del Estado de destino. El contraste con el plano de seguridad social es evidente. En materia de seguridad social, el desplazamiento de duración no superior a doce (R. 1408/71) o veinticuatro (R. 883/2004) meses, siempre que se cumplan los demás requisitos (fundamentalmente, mantenimiento del vínculo orgánico del trabajador desplazado y la empresa por cuenta de la que se desplaza), da lugar a que el Estado de origen expida un “certificado de cambio de destino” que acredite que sigue estando sometido a la legislación de dicho Estado. Este certificado, conocido como E-101, tiene la enorme virtualidad de vincular no sólo a la institución competente del Estado de destino, sino además a sus órganos jurisdiccionales, de tal forma que por medio del certificado se instaura, en palabras del TJCE, “una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación de los trabajadores desplazados al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que está establecida la empresa de trabajo que ha desplazado a esos trabajadores”⁶³.

Lo más importante de todo es que la presunción de conformidad a Derecho de la afiliación de seguridad social se extiende, en realidad, y como es lógico, a los hechos o elementos sobre cuya base ha sido expedido el certificado. Lo que conlleva, en particular, como también ha destacado el TJCE⁶⁴, que del certificado se extraiga la presunción de certeza de “la existencia de un vínculo orgánico” entre el trabajador expatriado y la empresa que lo desplaza.

Ahora bien, si de un certificado E-101 se desprende que el trabajador desplazado mantiene el vínculo orgánico con la empresa de origen, esta inferencia extiende sus efectos más allá del plano de seguridad social, proyectándose sobre el plano puramente laboral. Así es, porque el hecho o elemento de base fundamental para entender que existe desplazamiento temporal en el sentido de la Directiva resulta ser el mismo mantenimiento del vínculo orgánico durante la duración (temporal) del desplazamiento. De este modo, cumplidos los requisitos que la autoridad nacional de seguridad social exija para expedir el certificado, en aplicación de la normativa comunitaria de coordinación de seguridad social, el desplazamiento del trabajador al extranjero sólo puede reputarse como puro desplazamiento temporal también en el sentido de la Directiva 96/71.

Justamente lo acontecido en el caso *Kiere*, resuelto por la STJCE de 26 de enero de 2006, pone de relieve esta extensión de efectos del ámbito de la seguridad social al puramente laboral. En el análisis de aquel caso, quizá lo más interesante sea focalizar la atención más

(63) STJCE de 26 de enero de 2006 (*Kiere*), cit., par. 24.

(64) En la misma STJCE *Kiere*, par. 32, 33 y fallo.

en los hechos que en el fallo o incluso en la fundamentación jurídica. De los hechos de aquel caso se deduce que lo que se ponía en cuestión por la autoridad laboral (no de seguridad social) del Estado de destino era el cumplimiento de la propia legislación nacional relativa a la prohibición de cesión ilegal de trabajadores⁶⁵, un tópico rigurosamente laboral. De hecho es la Inspección de Trabajo del país de destino la que inicia un procedimiento sancionador en que se establece la existencia de la cesión ilegal y, por tanto, que no era el empresario de origen, sino el de destino, el auténtico empleador⁶⁶. Esta conclusión, sin embargo, se enfrenta abiertamente a la presunción de veracidad del certificado E-101, en la medida en que de éste resulta que entre el empresario de origen y el trabajador sí existe un vínculo laboral orgánico.

La correspondencia entre los distintos planos que, aparte el fiscal o tributario, quedan implicados en una expatriación laboral temporal por cuenta de la empresa de origen resulta casada efectivamente por un instrumento en apariencia secundario, como es el mencionado certificado administrativo. No parece oportuno, en este sentido, el deslavazamiento de la situación jurídica, de tal modo que a efectos de seguridad social pueda existir desplazamiento temporal y, en cambio, a efectos laborales o inmigratorios no. Lo más coherente, visto que los presupuestos fácticos sobre los que se aplica la normativa laboral, la inmigratoria y la de seguridad social son, en este tema, esencialmente coincidentes, es que la calificación del desplazamiento como tal sea unívoca en estos tres planos. Así, si el desplazamiento es, en efecto, temporal, por cuenta de una empresa de origen que presta un servicio transnacional, debe serlo conjuntamente a efectos laborales (Directiva 96/71) y de seguridad social, y con las implicaciones inmigratorias que conlleva: si se trata de un desplazamiento intracomunitario de un nacional de terceros Estados, el Estado de destino no puede exigir nueva autorización de trabajo, distinta de la ya requerida en el Estado en que radica el prestador del servicio.

Sin embargo, el tratamiento coherente de la situación jurídica no es más, en muchas ocasiones, que un desiderátum. Dejando al margen el plano fiscal, lo cierto es que la norma de seguridad social y la norma laboral son distintas: el Convenio de Roma excluye expresamente de su ámbito de aplicación la seguridad social, y aunque los supuestos descritos por dicho Convenio, la Directiva 96/71 y la normativa comunitaria de coordinación de seguridad social son, en relación con el desplazamiento temporal, coincidentes en lo esencial —el mantenimiento del vínculo orgánico en el Estado de origen—, hay situaciones en que algunos detalles —como la misma duración del desplazamiento— pueden conducir a que la ley laboral aplicable sea una y la ley de seguridad social aplicable, otra. Esto no deja de plantear problemas prácticos cuya consideración en profundidad queda fuera del objeto de nuestro análisis.

Por supuesto, la presunción que se desprende del certificado es *iuris tantum*, por lo que cabe prueba en contrario. Habitualmente, tan sólo las autoridades laborales o de seguridad so-

(65) Véase el par. 9 de la sentencia, que transcribe la norma belga que prohíbe “poner a trabajadores que (una persona física o jurídica) haya contratado a disposición de terceros que utilizan dichos trabajadores y ejercen sobre éstos una parte cualquiera de la autoridad que corresponde habitualmente al empresario”.

(66) Par. 12 de la sentencia.

cial del Estado de destino tendrán interés en la prueba en contrario o, cuando menos, en poner en duda los elementos o hechos sobre cuya base la certificación ha sido expedida, lo que conduce directamente el problema del desplazamiento a un enfrentamiento o cooperación, según se mire, entre las autoridades públicas de dos Estados. En realidad, es en este terreno de la cooperación interadministrativa en el que hoy por hoy se libra la gran batalla entre libre prestación de servicios y protección de intereses nacionales ligados al empleo y al mercado de trabajo, y ahí es también en el que más queda por hacer, como más adelante explicamos.

E) El factor inmigratorio: desplazamientos intracomunitarios de nacionales de terceros países

En una Europa en que no es necesario ponderar la importancia de los trabajadores nacionales de terceros Estados, el concepto de desplazamiento temporal presenta un interés específico derivado del hecho de que facilita la movilidad de este tipo de trabajador a países en los que no cuenta con autorización para trabajar. El tema del desplazamiento de trabajadores no comunitarios en el marco de prestaciones transnacionales de servicios dentro de la UE presenta alguna singularidad relevante, hasta el punto de dar lugar en su día a una Propuesta normativa específica⁶⁷, que finalmente no prosperó. Recientemente, la Comisión Europea ha tenido oportunidad de volver sobre el tema⁶⁸, pronunciándose en un sentido mucho menos restrictivo que el que cabía deducir de aquella Propuesta de directiva. En lo esencial, se puede afirmar que la normativa sobre desplazamiento temporal (sobre libre prestación de servicios, por tanto) se impone a la normativa inmigratoria interna de cada Estado. De este modo, bajo la cobertura jurídica del concepto de desplazamiento temporal, el trabajador no comunitario disfruta de una libertad de “acceso laboral” a países de la UE distintos del que le expidió su autorización de trabajo. En suma, a las tensiones propias del desplazamiento temporal de trabajadores comunitarios y de la libre prestación de servicios de las personas que radican en la UE, se une, en el caso de los no nacionales comunitarios, una tensión adicional proyectada por la normativa de inmigración.

No es extraño, por lo que se acaba de decir, que el desplazamiento temporal de trabajadores nacionales de terceros Estados haya suscitado medidas específicas de control por parte de algunos Estados miembros, con la consiguiente litigiosidad ante el TJCE. No es éste el lugar para el análisis de sentencias bien conocidas, como las clásicas *Rush Portuguesa* o *Vander Elst* o la más reciente *Comisión contra Luxemburgo*, pero sí para poner de relieve que en este tema del desplazamiento de no comunitarios alcanza su tensión máxima el propio concepto de desplazamiento, justamente en la medida en que sin la cobertura legal de este concepto, la normativa nacional de inmigración se debería aplicar en toda su extensión a lo que ya no es un desplazamiento en el marco de una prestación transnacional de servicios, sino una figura distinta, quizá un traslado, quizá lo que en España llama-

(67) Se trata de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de febrero de 1999 (1999/C 67/09).

(68) COM(2006) 159 final.

mos una cesión ilegal de trabajadores: para tales supuestos, las leyes de inmigración que exigen autorización o permiso de trabajo imponen al trabajador trasladado la necesidad de proveerse de tal autorización o permiso. De ahí el interés de encajar la operación empresarial de movilidad laboral del no comunitario en el concepto de desplazamiento temporal, seguramente tras conseguir la autorización de trabajo en el país comunitario que supuestamente menos dificultades legales y prácticas planteara.

Tratándose de desplazamientos temporales, el análisis de la jurisprudencia del TJCE permite llegar a la conclusión de que se trata de unificar las barreras de entrada al mercado comunitario sin limitar el control posterior que cada Estado pueda efectuar respecto de las actividades que se desarrollan en su territorio. Ahora bien, el acceso al mercado comunitario desde cualquier punto geográfico debería cumplir unos requisitos mínimos consensuados, aunque la facultad de controlar este acceso pudiera delegarse en cada Estado. De no hacerse así, se debilita la cohesión del mercado, se daña la libre competencia entre los prestadores de servicios radicados en los diferentes Estados miembros y se vulnera el principio de la libre prestación de servicios sobre el que, entre otros, se apoya la idea de la construcción europea.

Sin embargo, la falta de armonización de la normativa en materia de extranjería que existe en la UE, sí puede generar algunos problemas prácticos para el trabajador desplazado, a la hora de documentar su estancia temporal, por ejemplo, en España. El hecho de que no exista una autorización de residencia válida para todo el territorio de la UE hace que el nacional de un tercer estado temporalmente desplazado en España se encuentre en cierto modo “indocumentado” en nuestro país. Hasta ahora estas dificultades se suplen con mecanismos como la tramitación de autorizaciones de residencia temporal⁶⁹; mecanismos que no están diseñados para un territorio en el que teóricamente existe un principio de libre prestación de servicios y que por tanto resultan técnicamente inadecuados (el empleado no está en situación de residencia no laboral, sino de residencia

**EL HECHO DE QUE NO
EXISTA UNA AUTORIZACIÓN
DE RESIDENCIA VÁLIDA
PARA TODO
EL TERRITORIO DE LA UE
HACE QUE EL NACIONAL
DE UN TERCER ESTADO
DESPLAZADO EN ESPAÑA
SE ENCUENTRE EN CIERTO
MODO “INDOCUMENTADO”**

(69) Cuando la estancia en España se extiende por un período superior a 90 días, de conformidad con el artículo 34 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería (RD 2393/2004) debe solicitarse una autorización de residencia. La autorización temporal de residencia “no laboral” es un documento que claramente no está adaptado al supuesto de desplazamiento transnacional de trabajadores. En ella consta expresamente que “no autoriza a trabajar” y los requisitos para solicitarla incluyen la acreditación de medios de vida suficientes para residir en España sin necesidad de trabajar. Por otra parte, al no estar el trabajador empleado por una empresa española, no se puede tramitar un documento de residencia temporal con autorización para trabajar como está previsto en el artículo 49 del propio Reglamento.

y trabajo) y en ocasiones de una tramitación lenta y farragosa que dura más que el propio desplazamiento.

La existencia de todas estas trabas (en ocasiones más o menos gravosas) que se imponen a la libre circulación de trabajadores nacionales de terceros Estados, hace pensar si debería retomarse la idea de crear una “tarjeta de prestación de servicios comunitaria”, como ya se recogía en la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de febrero de 1999 (1999/C 67/09). Esta propuesta, en los términos en que fue redactada, no se adaptaría seguramente al contexto actual, y ello fundamentalmente porque establece una serie de limitaciones que consideramos ahora inaceptables a la luz de los pronunciamientos judiciales mencionados (v. gr., limita el período máximo de desplazamiento y lo vincula a la antigüedad del trabajador con carácter previo a dicho desplazamiento). Sin embargo, la sola idea de crear un instrumento que sirva para documentar la estancia del trabajador desplazado de una forma armonizada podría eliminar parte de las trabas que existen actualmente en este tipo de desplazamientos.

II. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DEL SISTEMA DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL. EN ESPECIAL, LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA INTRACOMUNITARIA COMO PIEDRA DE TOQUE DEL SISTEMA COMUNITARIO

El sistema legal de desplazamiento temporal en el marco de una prestación transnacional de servicios cuidadosamente diseñado en la Directiva 96/71 no es viable sin un control administrativo y judicial que se proyecte con eficacia en los dos ejes fundamentales de aquel sistema: la corrección jurídica del desplazamiento en su elemento formal o conceptual (lo que llamaremos **vertiente formal** o estructural del desplazamiento) y el cumplimiento por parte de la empresa que desplaza de las condiciones mínimas de empleo y trabajo exigidas por la norma o práctica nacional que transpone la Directiva (**vertiente material** del desplazamiento, protección social del trabajador desplazado). En lo primero, se atiende sobre todo a que el desplazamiento temporal no enmascare operaciones empresariales de otra índole, algunas lícitas bajo otras formas (piénsese en un traslado internacional definitivo dentro del grupo de empresas), algunas generalmente ilícitas (como la cesión o préstamo internacional de trabajadores). En lo segundo, se atiende a la protección social del trabajador desplazado, a que le sean efectivamente garantizadas las condiciones de empleo y trabajo que se derivan de la legislación nacional que traspone la Directiva. En ambos aspectos, el papel de lo que en España denominamos autoridad laboral es decisivo, en tanto que el de los tribunales de justicia viene mostrándose secundario. De la aplicación administrativa y judicial nos ocupamos a continuación, poniendo más el acento en lo que consideramos la auténtica piedra de toque del sistema comunitario de desplazamientos temporales: la cooperación entre las autoridades laborales de los Estados miembros.

A) La cooperación administrativa entre las autoridades laborales de los Estados miembros

Debido a la ausencia de una auténtica Administración pública comunitaria encargada de la aplicación y ejecución “cotidiana” de la normativa social⁷⁰, gran parte del sistema jurídico cuidadosamente diseñado en la Directiva 96/71 y en la normativa comunitaria de coordinación de seguridad social descansa, para su efectiva aplicación, en la acción de los Estados, ya no sólo porque siendo aquélla una Directiva sea obligada la transposición de sus mandatos normativos al ámbito de cada Estado, sino además, y sobre todo, porque aquella administración cotidiana, por así decirlo, de la normativa comunitaria y nacional sobre desplazamientos temporales reposa fundamentalmente en un conjunto de aparatos burocráticos internos de cada Estado. Dada la pluralidad de Administraciones y sus distintas dependencias políticas, sus diferentes programas y formas de actuación y, sobre todo, los diversos ordenamientos jurídicos sociales que deben aplicar, el principio comunitario de cooperación leal entre Estados establecido en el artículo 10 del TCE se revela la base jurídica de mayor rango sobre la que tejer un entramado de relaciones recíprocas entre Administraciones que dé cumplimiento a los fines que aquella Directiva trata de conseguir. Sin embargo, unas realidades económicas tan desiguales en los Estados miembros, máxime tras la apertura a la Europa del Este, son el escenario propicio para que los conflictos de intereses entre Estados originen medidas y prácticas nacionales en relación con el desplazamiento de trabajadores de dudosa compatibilidad con la libertad fundamental de prestación de servicios. Desafortunadamente, ésta es una de las mejores pruebas de que estuvo acertado quien escribió que la consecución de un mercado verdaderamente abierto para la prestación transnacional de servicios plantea problemas técnicos mucho más complejos que los que se ciernen sobre el mercado de bienes o mercancías⁷¹.

Más allá del principio general de cooperación leal entre Estados, en la específica materia de desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, la normativa comunitaria viene fundamentalmente integrada por una serie de disposiciones sobre cooperación administrativa: el artículo 4 de la Directiva 96/71 y en el plano de seguridad social los artículos 76 y siguientes del Reglamento (CE) 883/2004, o hasta que éste sea de aplicación, los artículos 84 y siguientes del Reglamento (CEE) 1408/1971. El artículo 4 de la Directiva aborda la regulación de dos tipos distintos de cooperación: por un lado, la cooperación con vistas a garantizar que los empresarios y trabajadores accedan fácilmente y con ínfimo coste a la “información relativa a las condiciones de trabajo y de empleo contemplada en el artículo 3” y, por otro lado, la cooperación encaminada al control administrativo de las operaciones empresariales de desplazamiento transnacional de trabajadores. En este último aspecto, que es el que nos interesa examinar aquí, la parca regulación se limita a expresar: 1) el deber de los Estados miembros de establecer “una cooperación entre las administraciones públicas a las que, en virtud de la legislación nacional, compete la supervisión de las condiciones de trabajo y empleo contempladas

(70) En términos generales, “en puridad sólo debería hablarse realmente de una Administración europea si las Administraciones nacionales pudieran ser consideradas parte de dicho concepto” (A.J. GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998, pág. 40).

(71) Es traducción de la opinión del Juez David EDWARD: “Achieving a genuinely open market for the cross-frontier provision of services presents technical problems far more complex than those that beset the market for goods” (“Introduction”, en el volumen coordinado por M. ANDENAS y W.-H. ROTH, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, 2002, pág. vii).

en el artículo 3”; 2) que esta cooperación “consistirá, en particular, en responder a las peticiones justificadas cursadas por dichas administraciones de información relativa al suministro transnacional de trabajadores, incluidos los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades transnacionales presuntamente ilegales”, y 3) finalmente que la “asistencia administrativa recíproca se prestará gratuitamente”. Esta parquedad normativa contrasta abiertamente con lo que acaece en otros ámbitos de actuación administrativa de gran incidencia en la actividad empresarial, señaladamente el tributario, como tendremos ocasión de comprobar.

Pese a su apariencia de tema adjetivo o accesorio, la aplicación administrativa de la normativa y la cooperación entre Administraciones en orden al desplazamiento de trabajadores son en estos momentos los grandes temas de la faceta laboral de la integración comunitaria del mercado de servicios. No en vano, en la Propuesta de la Comisión sobre la Directiva de Servicios⁷² (hoy Directiva 2006/123) la atención en relación con los desplazamientos se centraba precisamente en estos temas (artículo 24 de la Propuesta). Eliminada esta parte de la Propuesta en el trámite parlamentario⁷³, la insistencia de la Comisión en la importancia de sus contenidos ha llevado a la aprobación de unas polémicas “Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”⁷⁴, en las que la Comisión traslada, convenientemente desarrollados, aquellos contenidos. Estas Orientaciones abordan, de este modo, el análisis fundamentalmente de una serie de típicas medidas de aplicación o control por parte de los Estados —los requisitos de disponer de un representante empresarial domiciliado en el territorio del Estado de destino, de obtener una autorización de las autoridades competentes del Estado de acogida o de estar registrado ante éstas, de formular una declaración previa a las autoridades del Estado de destino y, finalmente, de establecer y conservar documentos en el territorio del país de acogida—. Además, las Orientaciones tratan, aunque de manera más superficial, el tema crucial de la cooperación en materia de información y la cooperación interestatal en orden al control del cumplimiento de la Directiva.

En nuestra opinión, es en este tema de la aplicación y control de la normativa sobre desplazamientos donde se pone de relieve de manera más aguda la dificultad de resolver equilibradamente la tensión entre la creación de un espacio de libertad de prestación de servicios y la protección de los mercados de trabajo nacionales, tanto en lo que hace al empleo como en lo tocante a los niveles de condiciones de empleo y trabajo. En el concreto tema del control administrativo del desplazamiento, la situación normativa y jurisprudencial actual concede un papel claramente preponderante a las autoridades del Estado de origen, conduciendo a que lo que en el punto de partida teórico resultaba favorable a los Estados de recepción acabe siendo menos favorable a ellos. La preponderancia del Estado de origen promueve, en principio, la posición de la empresa que presta servicios y, por ello mismo, trasladándonos a un plano más abstracto, tiende a garantizar

(72) COM(2004) 2 final/3, de 5 de marzo de 2004.

(73) Véase el Informe del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 2005 (A6-0409/2005).

(74) COM(2006) 159 final, de 4 de abril de 2006.

la libre prestación de servicios. Esto es así, en gran medida, por el efecto jurídico expansivo que tiene, según hemos analizado, el documento (E-101) que certifica el mantenimiento del vínculo orgánico con la empresa que desplaza, y que corresponde emitir al Estado en que radica esta empresa. A partir de este supuesto control administrativo previo, resulta difícil para la autoridad pública del Estado de destino cuestionar aquel vínculo orgánico y con ello el desplazamiento en sí –con sus correspondientes repercusiones en el ámbito inmigratorio, en el ámbito de seguridad social e, incluso, como se ha visto, en el ámbito de la ley aplicable, aunque esto último de forma mucho más matizada–. Esta dificultad proyecta sus tintes más negativos en relación con la puesta a disposición de trabajadores o tráfico internacional de mano de obra (cesión ilegal de trabajadores) por parte de empresas no constituidas como de trabajo temporal. Lo acontecido en el ya comentado asunto Kiere y la solución ofrecida por el TJCE –probablemente correcta técnicamente– avalan claramente esta última consideración.

No es extraño, vistas las dificultades de las autoridades públicas de destino para cuestionar la vertiente formal del desplazamiento temporal, que éstas hayan venido centrando gran parte de sus esfuerzos en el control de las condiciones de trabajo mínimas que deben ser garantizadas durante aquél y que resultan de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 96/71 (vertiente material). Ciertamente, las posibilidades reales de control aquí son mayores para la autoridad laboral de destino, básicamente por la sencilla razón de que la prestación de servicios tiene lugar físicamente en su territorio nacional. Tampoco extraña, por lo dicho, que sea en esta área de más habitual intervención de las autoridades públicas de destino en la que viene surgiendo la mayor parte de los problemas que han afrontado el TJCE y la Comisión Europea al tratar de preservar las libertades fundamentales del peligro (supuesto o real, es cuestión discutible) en el que las ponen las medidas nacionales de control (con justificación o sin ella, también es cuestión discutible).

La respuesta que la Comisión ofrece en sus *Orientaciones* a toda esta problemática resulta un tanto desequilibrada: mientras que las medidas nacionales de control a que acabamos de aludir son tratadas con detalle y casi siempre descalificadas jurídicamente por atentatorias a las libertades comunitarias fundamentales (en realidad, la de servicios), el tema crucial para la tutela de los trabajadores desplazados –también titulares de una libertad comunitaria fundamental– se despacha con una mayor dosis de imprecisión y vaguedad en los términos.

**EL INTERCAMBIO
DE INFORMACIÓN
ES VITAL PARA
EL CONTROL
DE LAS VERTIENTES
FORMAL Y MATERIAL
DEL DESPLAZAMIENTO**

El control por parte de la autoridad laboral de destino de la corrección jurídica del desplazamiento en sí (lo que hemos llamado vertiente formal o estructural del desplazamiento), así como del cumplimiento por parte de la empresa que desplaza de las condiciones mínimas de empleo y trabajo exigidas por la norma o práctica nacional que transpone la Directiva (la llamada vertiente material del desplazamiento), requiere una cooperación de las autoridades laborales del Estado de origen que se manifiesta concretamente en dos aspectos vitales para su viabilidad práctica: acceso a determinada información y eficacia de las eventuales sanciones por incumplimiento.

El acceso a determinada **información** es fundamental en todas las instancias de control del cumplimiento de cualquier normativa, pero plantea dificultades específicas en supuestos como los que nos ocupan en este artículo, caracterizados por la internacionalidad. Estas dificultades específicas —añadidas— constituyen la motivación básica para que el Estado receptor de desplazamientos pretenda justamente “nacionalizar” o “impatriar” ya no la información, sino su fuente. Así ocurre, típicamente, con la conocida exigencia de algunos Estados de que el empresario que desplaza trabajadores establezca y conserve en el territorio del país de acogida una serie de “documentos sociales”⁷⁵. No es necesario insistir aquí en que en buena medida todos estos intentos por nacionalizar la fuente de la información están jurídicamente abocados al fracaso, vista la posición del TJCE y de la Comisión Europea en defensa de la libre prestación de servicios. De ahí que si la fuente de la información radica en el extranjero, no haya otra vía que el intercambio de información entre Estados.

El intercambio de información es vital para el control tanto de la vertiente formal del desplazamiento como de su vertiente material. No obstante, para lo primero, lo que la autoridad de control del Estado de destino requiere es, más que una pura recepción de información, una cooperación activa de las autoridades del Estado de origen que permita revisar los presupuestos sobre los que se concedió la certificación E-101. La falta de acuerdo entre las autoridades de los dos Estados deriva en una situación litigiosa de todo punto indeseable y cuyos procedimientos de solución no presentan apenas ventaja práctica alguna. Más que en ningún otro aspecto, por tanto, las diferentes apreciación y valoración de los hechos del caso por parte de las respectivas autoridades nacionales —por otro lado, comprensible, dadas las no armonizadas normativas nacionales sobre el préstamo de trabajadores— constituye un obstáculo enorme al control internacional de la cesión ilegal de trabajadores, enmascarada bajo la apariencia de una prestación de servicios que sólo consiste en una puesta a disposición de trabajadores.

En cuanto al control de la vertiente material del desplazamiento por la autoridad laboral de destino, resulta imposible sin un intercambio fluido y ágil de información: baste mencionar, por ejemplo, los recibos de salarios, que la empresa conservará en el Estado de establecimiento, pero no seguramente en el de desplazamiento, y sin el acceso a los cuales resulta impracticable una inspección en el Estado de destino encaminada a comprobar

(75) Véase la STJCE de 23 de noviembre de 1999, C-369/96, *Arblade*.

el cumplimiento de las obligaciones salariales mínimas impuestas por las normativas estatales o convencionales, y también por ejemplo, datos formales y de hecho relativos a la empresa que desplaza, sin los cuales una inspección en el Estado de destino no puede alcanzar conclusiones fundadas en orden a prácticas de cesión ilegal. Sin embargo, el tema del intercambio internacional de información en materia laboral –de inspección laboral– dista de contar con una regulación mínimamente satisfactoria: ni hay pautas en relación con qué informaciones son susceptibles de ser requeridas de un Estado a otro, ni tampoco las hay en lo atinente a los medios que el Estado requerido debe poner a fin de obtener la información solicitada. Esto contrasta con la situación en otros órdenes jurídicos de actuación fiscalizadora transnacional con especial incidencia en las actividades empresariales, como el tributario⁷⁶, en que entre otras normas comunitarias la Directiva 77/799/CEE regula con algún grado de detalle la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de ciertos impuestos, propiciando que en su transposición nacional se alcance incluso un mayor grado de desarrollo de sus mandatos⁷⁷.

Pero en muchos casos, aun contando con una transferencia ágil de la información, ésta puede ser insuficiente para un control efectivo. Y aquí la reflexión nos lleva a un problema de difícil solución a corto o medio plazo, como es el que resulta de las importantes diferencias entre los ordenamientos laborales de unos y otros Estados: a menudo los documentos difieren en su concepción, forma y contenido en atención a particularidades (v.gr., normativas) de un Estado que no se dan en otro. De ahí que pueda hablarse en algunos casos de “falta de elocuencia” de ciertos documentos, lo que conduce a las Administraciones a la parálisis o a dictar resoluciones inadecuadas o injustas. Si tan frecuentemente las inspecciones laborales en un ámbito puramente interno hallan dificultades jurídicas o de investigación fáctica que entorpecen o imposibilitan la continuación de muchas actuaciones, qué no decir cuando sobre esas mismas inspecciones recae la ardua tarea de encajar normativas laborales no ya sin armonizar, sino incluso completamente descoordinadas en sus ejes claves: no es de extrañar que se haya detectado un grave problema en el hecho de que las autoridades laborales nacionales de destino deban determinar qué protección social disfrutan (no ya de hecho sino normativamente) en su Estado de origen los trabajadores desplazados⁷⁸. Ésta del encaje de normativas laborales es a veces una auténtica misión imposible, puesto que algunas instituciones normativas de protección social carecen de “traducción” de uno a otro ordenamiento jurídico o son completamente heterogéneas de uno a otro sistema. En este sentido, se ha hablado de la “ingenuidad” de la propia Di-

(76) Véase el exhaustivo análisis en ese orden tributario de J.M. CALDERÓN CARRERO, *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000.

(77) En este sentido, J.M. CALDERÓN CARRERO, *Intercambio de información...*, cit., pág. 149. En España, puede verse el RD 1326/1987, de 11 de septiembre, modificado.

(78) “A problem arises from the fact that the national authorities are required by the Court to determine what social protection employees who are posted have in their home State” (R. GIESEN, “Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, pág. 152).

rectiva⁷⁹, habiéndose destacado en particular la grandísima dificultad inherente a la tarea de comparar los niveles de protección de uno a otro Estado⁸⁰.

La mejora de la coordinación administrativa es probablemente el eje sobre el que más haya que incidir en los próximos tiempos si se quiere lograr una mejora ostensible en el funcionamiento de los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Si se descarta por costosa y políticamente inasequible la instauración de una Administración europea encargada del control de los desplazamientos, la primera tarea es elaborar una normativa comunitaria detallada sobre el intercambio de información y cooperación administrativa de las autoridades laborales nacionales. El modelo tributario ya existente puede servir como modelo en múltiples aspectos, aunque lo esencial es la comunicación de las experiencias nacionales reales habidas hasta la fecha en materia laboral, todavía poco transparentes a día de hoy. Sin embargo, por perfecto que pueda llegar a ser el marco normativo sobre cooperación e intercambio de información con relevancia para las inspecciones laborales nacionales, parece que otro punto crítico que debe ser abordado en el corto o medio plazo es la articulación de un procedimiento ágil de solución de disputas o conflictos entre autoridades laborales nacionales. La situación actual de clara preponderancia de la autoridad laboral de origen resulta desequilibrada y sacrifica demasiado terreno de la protección social de los trabajadores al objetivo legítimo y en sí mismo deseable de no obstaculizar la libre prestación de servicios.

El otro anunciado pilar para la efectividad práctica de la Directiva se refiere a las **sanciones administrativas** por incumplimiento de la normativa sobre desplazamientos. Son los Estados miembros los que vienen obligados a adoptar “las medidas oportunas en caso de incumplimiento” de la Directiva⁸¹, concepto en el que sin duda pueden ser incluidas las sanciones administrativas. En nuestro país, la Ley 45/1999 otorga a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la competencia de “vigilancia y exigencia del cumplimiento de la (propia) Ley”⁸² para el caso de desplazamiento de trabajadores a España, pero también podrá la Inspección, en el caso inverso de desplazamiento de trabajadores por empresas establecidas en España, “iniciar de oficio el procedimiento sancionador (...) en virtud de comunicación de las Administraciones públicas a las que corresponda en el lugar de desplazamiento la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo”⁸³. De este modo, la Ley española utiliza dos criterios de atribución de competencia a la autoridad

(79) Se ha dicho que “the ingenuity of the [Directive] lies in its making different national labor law systems work in tandem for the facilitation of the functioning of the Community legal system” (E. KOLEHMAINEN, “The Directive concerning the Posting of Workers: Synchronization of the Functions of National Legal Systems”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 20, 1998, pág. 93).

(80) Véase la muy interesante exposición de S. ROBIN-OLIVIER, “La mobilité internationale du salarié”, *Droit Social*, núm. 5, 2005, págs. 500-501, quien sostiene que el requisito jurisprudencial (TJCE) de que la comparación se lleve a cabo de modo general (no condición a condición) “rend néanmoins la comparaison difficilement praticable”.

(81) Artículo 5 de la Directiva.

(82) Artículo 8 de la Ley.

(83) Disposición Adicional Primera. 5 de la Ley.

laboral española en materia de sanciones: por un lado, el criterio del lugar temporal de trabajo en el caso de desplazamientos a España y, por otro lado, el criterio del lugar de establecimiento de la empresa que desplaza en el caso de desplazamientos de España al extranjero. Aunque desde una perspectiva puramente técnica, la opción legislativa por asumir ambos criterios atributivos de competencia pueda ser objeto de crítica, el estado actual del reconocimiento y ejecución de sanciones administrativas en la Unión Europea permite sostener pragmáticamente la bondad de aquella opción.

Es evidente que el criterio atributivo de competencia por el lugar temporal de trabajo encuentra sólidos fundamentos en el hecho de que el trabajo se desarrolla físicamente en España (piénsese en el control relativo al tiempo de trabajo o a la prevención de riesgos laborales) y en el mejor conocimiento que la autoridad laboral del propio país tiene acerca de las condiciones de trabajo que rigen legal y convencionalmente en él. Sin embargo, el criterio alternativo por razón del lugar de establecimiento de la empresa permite fiscalizar mejor otros aspectos de la relación laboral (v. gr., la cuantía del salario) y, sobre todo, se adapta mejor al actual entorno jurídico de reconocimiento y ejecución de sanciones administrativas en la Unión Europea.

En efecto, la norma comunitaria sobre reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias que podría aplicarse en materia laboral y de seguridad social es la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005⁸⁴. Sin embargo, pese al avance que esta Decisión supone en el tema del reconocimiento y la ejecución internacionales de las sanciones administrativas⁸⁵, su proyección en el tema que nos ocupa encuentra al menos dos graves obstáculos: por un lado, al no encontrarse las materias laborales y de seguridad social entre las enumeradas en el artículo 5 de la Decisión, el reconocimiento y la ejecución de las sanciones exige “control de la doble tipificación del hecho”, lo que se concreta en que “el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y la ejecución de una resolución a la condición de que ésta se refiera a conductas que constituirían infracción en virtud del derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la manera en

**LA NORMA COMUNITARIA
SOBRE RECONOCIMIENTO
MUTUO DE SANCIONES
PECUNIARIAS QUE PODRÍA
APLICARSE EN MATERIA
LABORAL Y DE SEGURIDAD
SOCIAL ES LA DECISIÓN
MARCO 2005/214/JAI,
DEL CONSEJO,
DE 24 DE FEBRERO**

(84) DO L 76/16, de 22 de marzo de 2005.

(85) Véase A. YBARRA BORES, *La Ejecución de las Sanciones Administrativas en el ámbito de la Unión Europea*, IAAP, Sevilla, 2006, en especial págs. 236-249.

que estén definidas”⁸⁶; por otro lado, la estrecha definición de “resolución” (reconocible y ejecutable en otro Estado) en el artículo 1 de la Decisión muy difícilmente permite cobijar las sanciones administrativas pecuniarias que en España (por citar el caso de nuestro país) impone la autoridad laboral⁸⁷.

Dado este endeble entorno normativo sobre reconocimiento y ejecución de sanciones administrativas, el elemento que más debiera pesar para distribuir internacionalmente la competencia de imposición de sanciones por incumplimientos de las normas sobre desplazamiento de trabajadores, máxime si esta competencia es a su vez conferida internamente a órganos no jurisdiccionales (como ocurre en España, sin perjuicio del orden penal), es la efectividad misma de la sanción impuesta, es decir, la posibilidad de ejecutar coercitivamente la sanción para el caso de no cumplirla el sancionado. Sin embargo, de la Directiva parece desprenderse que la competencia sancionadora corresponde al Estado de recepción de trabajadores desplazados: su central artículo 3.1 establece que los “Estados miembros velarán por que (...) las empresas (...) garanticen a los trabajadores *desplazados* en su territorio las condiciones de trabajo (etc.)”, y en coherencia sistemática con este artículo 3.1 debe leerse el 5: “Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de la presente Directiva”. Ahora bien, tales medidas no tienen por qué reducirse a la imposición de sanciones: también cabe entender que el Estado “A” adopta las *medidas oportunas* cuando, por ejemplo, pone en conocimiento de la autoridad laboral del Estado “B” las infracciones laborales cometidas en el territorio de “A” por parte de empresas radicadas en “B”. Esto es precisamente lo que contempla la normativa interna española respecto del desplazamiento de trabajadores a España: nuestra autoridad laboral “pondrá en conocimiento de los órganos competentes de las Administraciones públicas de otros Estados miembros (...) las *infracciones administrativas cometidas en España* por las empresas establecidas en tales Estados con ocasión del desplazamiento de sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”⁸⁸; ello además de prestar “la cooperación y asistencia que pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias las Administraciones públicas de tales Estados a las que corresponda la información y la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo”⁸⁹.

En realidad, la labor de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa sobre desplazamientos temporales transnacionales es asunto de los dos Estados implicados: el de establecimiento de la empresa que desplaza y el del lugar de desplazamiento del trabajador. Y nuestra norma interna de transposición contiene referencias de las que se infiere claramente esa bilateralidad. Así, en primer lugar, tratándose de *desplazamientos a España*:

(86) Cfr. artículo 5, apartados 1 y 3, de la Decisión.

(87) El artículo 1 de la Decisión entiende que la resolución ha de emanar bien de un “órgano jurisdiccional del Estado de emisión”, bien de “una autoridad del Estado de emisión distinta (...) siempre que la persona interesada tenga la oportunidad de que su caso sea juzgado por un *órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales*”. Esta expresión en cursiva plantea importantes problemas interpretativos. La doctrina ya se ha pronunciado en el sentido de que “en España hasta ahora no se ha considerado entre tales órganos judiciales a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia –aunque éstos tienen Salas de lo Penal–” (A. YBARRA BORES, *La Ejecución...*, cit., pág. 240, n. 458).

(88) Artículo 9.2.II de la Ley 45/1999.

(89) Artículo 9.1.II de la Ley 45/1999.

1) Es cierto que corresponde a nuestra Inspección de Trabajo “la vigilancia y exigencia del cumplimiento” de la Ley 45/1999, “desarrollando las funciones establecidas” en su Ley ordenadora, de lo que cabe inferir que pueden derivarse las “medidas inspectoras” típicas, entre otras el inicio del procedimiento sancionador mediante la extensión de acta de infracción⁹⁰. Por ello, se establece de manera específica la obligación de los empresarios establecidos en un Estado europeo extranjero de “comparecer, a requerimiento de la Inspección (...), en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de la (Ley 45/1999)”⁹¹; y se establece también que la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo españolas “podrán dirigirse, recabando la cooperación y asistencia que pudieran necesitar para el eficaz ejercicio de sus competencias, a las Administraciones públicas de otros Estados miembros (...) a las que corresponda (...) la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo”⁹².

2) Pero también es cierto que, como se expuso anteriormente, la autoridad laboral española pondrá en conocimiento de la del Estado extranjero las infracciones cometidas en España por las empresas establecidas en aquél, prestándoles “la cooperación y asistencia que pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias”, incluida la de “vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo”⁹³.

3) Cabe deducir, de todo ello, que los Estados de origen y de destino comparten la competencia sancionadora en los casos de trabajadores desplazados a España. Sin embargo, no hay pautas explícitas acerca de los criterios a tener en cuenta en este reparto competencial. El criterio ya expuesto aquí de efectividad de la sanción, que entronca con la doctrina del efecto útil del Derecho Comunitario, parece el de aplicación más plausible, y esto casi siempre llevará, en la práctica, a que sea la autoridad laboral del Estado de establecimiento del empresario el que deba imponer la sanción conforme a su propio ordenamiento interno, aunque teniendo en cuenta toda la información proporcionada por el Estado de destino, *motu proprio* o a requerimiento del primero. En este tema, se debe considerar que rige el principio general del *non bis in idem*, de modo que no cabría una duplicidad de sanciones, en cada uno de los Estados, por los mismos hechos y fundamentos. Expresamente contempla este principio la Disposición Adicional Primera de la Ley 45/1999, como ahora mismo veremos.

Tratándose, en segundo lugar, de desplazamientos desde España:

1) Se consideran infracciones administrativas en España “las acciones u omisiones de los empresarios [establecidos en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros] por las que se incumplan las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la

(90) Véase el artículo 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo.

(91) Artículo 6 de la Ley 45/1999.

(92) Artículo 9.1.I de la Ley 45/1999.

(93) Artículo 9.2.II y 9.1.II de la Ley 45/1999.

Directiva 96/71 (...) tipificadas y sancionadas según la legislación laboral española”⁹⁴. En otras palabras, es infracción administrativa laboral sancionable en España toda acción u omisión de un empresario radicado en nuestro país por la que se incumple una norma interna extranjera dictada para transponer la Directiva 96/71, siempre que a su vez aquella acción u omisión esté específicamente tipificada por la legislación interna española (LISOS). Acoge de este modo nuestra normativa el principio referido de efectividad de la sanción, al atribuir implícitamente la competencia sancionadora a la administración laboral española respecto de hechos que probablemente han tenido lugar en el extranjero. Por eso mismo, se establece además que la Inspección de Trabajo española podrá iniciar de oficio el procedimiento sancionador “en virtud de comunicación de las Administraciones públicas a las que corresponda en el lugar de desplazamiento la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo”⁹⁵.

2) No obstante, el *sui generis* reparto competencial que tácitamente supone el legislador español, que reposa sobre el principio de efectividad de la sanción, puede ajustarse a pautas distintas en muchas ocasiones, precisamente debida a la ya comentada ausencia de reglas jurídicas claras de distribución. De ahí que al propio legislador no escape que las acciones u omisiones antes referidas, que son constitutivas de infracción en España, también puedan ser sancionables en el Estado del desplazamiento, y por eso prevenga que ello “no podrá dar lugar a que se sancionen las acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”⁹⁶.

Esta concurrencia de los dos Estados implicados en la labor de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa resulta, en la realidad, profundamente ineficiente. En lugar de fundarse en el principio que sería natural en un ámbito de estrecha cooperación, como es el reconocimiento mutuo de las sanciones administrativas o penales impuestas, el sistema se apoya en el reconocimiento, en el mejor de los casos, de los actos administrativos tendentes a determinar la infracción, lo que, entre otras consecuencias, acarrea una no poco importante pérdida de tiempo y de recursos. El sistema es bilateral, sí, pero en un sentido débil: el Estado que percibe la infracción no sanciona, sino que instruye para que lo instruido, debidamente trasladado al otro Estado, sancione, si es que entiende o asume como propio lo instruido. Por otro lado, esta misma bilateralidad del sistema vigente promueve comportamientos “políticos”, o al menos tentaciones políticas de no sancionar a empresas radicadas en el propio territorio por hechos acaecidos en otro Estado: la razón de política económica que asiste al Estado de origen se contrapone al interés del Estado de destino en que las conductas contrarias a la normativa que acaecen en su

(94) Disposición Adicional Primera.3 de la Ley 45/1999.

(95) Disposición Adicional Primera.5 de la Ley 45/1999.

(96) Disposición Adicional Primera.4 de la Ley 45/1999.

territorio sean efectivamente sancionadas. Entre ambos Estados en parálisis “campan”, como con no poca ironía se sostuvo recientemente en Francia, “des entreprises libérés”⁹⁷.

B) La tutela judicial: en especial, la competencia de los tribunales

La falta de eficacia del sistema administrativo no puede ser suplida por la acción de los tribunales de justicia. Esto es cierto en general en prácticamente todas las áreas de intervención jurídica, y lo es desde luego en el tema que nos ocupa, también por razones que son específicas de éste, entre las que no es la menos importante la relativa al carácter de “desplazado” (no sólo en sentido jurídico, también en sentido social y cultural) del trabajador que (casi siempre individualmente, sin gran eficacia aquí de los medios colectivos de acción) debe impetrar la tutela judicial.

Con incidencia en nuestro tema, existen en la UE fundamentalmente dos normas que determinan la competencia de los tribunales en caso de conflicto o litigio. Una de ellas es el Reglamento 44/2001⁹⁸, relativo a la competencia judicial, y la otra, la Directiva misma 96/71, que establece foros de competencia adicionales a los previstos en dicho Reglamento⁹⁹. Analizadas conjuntamente estas normas de atribución de competencia, es fácil concluir que el trabajador desplazado por un empresario domiciliado en un estado miembro, podrá ejercitar acciones derivadas de su relación laboral:

(a) Ante los tribunales del Estado en que estuviera domiciliado el empresario.

(b) Ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado.

(c) Si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tri-

**LA FALTA DE EFICACIA
DEL SISTEMA
ADMINISTRATIVO
NO PUEDE SER SUPLIDA
POR LA ACCIÓN
DE LOS TRIBUNALES
DE JUSTICIA**

(97) Véase A. LYON-CAEN, “Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services. Quelques observations”, *Droit Social*, núm. 5, 2005, pág. 505.

(98) Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000.

(99) El Convenio de Bruselas, de redacción muy similar al Reglamento en lo que se refiere a competencia jurisdiccional relacionada con el contrato de trabajo, queda prácticamente sustituido por el Reglamento con alguna excepción como Dinamarca al que sigue aplicando el primero. Asimismo, en relación con el contrato de trabajo, el Reglamento recoge y amplía los foros contemplados en el Convenio de Lugano.

bunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador.

(d) Ante los tribunales del Estado donde se encuentra desplazado.

Pese a las múltiples interpretaciones existentes acerca de lo que ha de entenderse por lugar habitual de desempeño del trabajo (a las que se hace referencia en el presente artículo), parece claro que en la mayoría de los supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores, el lugar habitual de desempeño del trabajo es el del domicilio del empleador, donde supuestamente prestaba servicios el empleado antes de ser desplazado.

La Directiva supone una ampliación relevante de los foros tradicionales (los inicialmente establecidos en el Convenio de Bruselas)¹⁰⁰ y ha terminado por completar un marco de competencia muy laxo, en el que cuesta encontrar algún foro que, guardando una mínima conexión con el contrato de trabajo, no permita al trabajador ejercitar sus derechos laborales.

Por tomar el caso de nuestro país, el foro adicional establecido por la LDT en su artículo 16, en transposición del 6 de la Directiva, se articula de forma bastante general:

“Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a los que se refiere el artículo anterior cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España (...)”.

Y “los litigios a los que se refiere el artículo anterior”, son en general aquellos que se susciten en aplicación de la LDT.

Esta redacción configura sin duda una protección muy amplia para el trabajador en materia de foros de competencia. Sin embargo, su excesiva amplitud puede plantear algunas dudas en la práctica. Parece claro que el trabajador podrá ejercitar sus derechos ante los tribunales del país de desplazamiento cuando pretenda hacer valer algunos de los derechos garantizados por la LDT como condiciones laborales mínimas. Del mismo modo, parece que hay una absoluta falta de conexión si el trabajador pretendiese presentar en el país de desplazamiento una acción no prescrita pero referida a un período de tiempo anterior a la fecha del desplazamiento (pongamos por caso, una reclamación de cantidad por salarios debidos con anterioridad a la fecha de inicio del desplazamiento). Además, en este segundo caso, podría deducirse la improcedencia de la petición con base en la propia LDT, que establece el nuevo foro de competencia en relación con los “litigios que se susciten en aplicación de la propia LDT”.

(100) De ahí que una de las palabras que caracterizaron la incidencia de la Directiva 96/71 en los Convenios Comunitarios de Derecho Internacional Privado fuese, junto a la de “concreción”, la de “ampliación” (P. JUÁREZ PÉREZ, “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”, *Relaciones Laborales*, 1999-I, pág. 1282).

Sin embargo, existen algunas materias sobre las que resulta más dudoso si procede o no dirigir una reclamación contra el empleador ante los tribunales del país de desplazamiento. Sobre todo, materias relacionadas con la extinción del contrato laboral, entre las que podemos encontrar el despido del empleado, o el ejercicio de una acción de extinción laboral indemnizada por parte del trabajador¹⁰¹ como consecuencia de incumplimientos laborales graves del empresario (incumplimientos entre los que puede encontrarse no garantizar al trabajador unas condiciones laborales mínimas fijadas por el país de destino). En estos casos parece más difícil determinar si estamos ante una de las materias para las que se ha diseñado este nuevo foro de competencia.

La redacción de la Directiva parece algo más concreta en este asunto. Hace referencia a la competencia judicial en su artículo 6, y establece que:

“A fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial.”

Si interpretamos que este foro de competencia se ha creado exclusivamente para asegurar el ejercicio de los nuevos derechos mínimos garantizados al trabajador desplazado, todo parece tener mucho más sentido. Así, el razonamiento sería el siguiente:

1. Cada país establece una garantía de condiciones laborales mínimas a favor de los trabajadores desplazados.
2. En virtud de esta garantía, los trabajadores tendrán derecho, al menos, a las condiciones laborales mínimas establecidas por el país de desplazamiento temporal sobre determinadas materias.
3. Ya que se establece esta garantía, se permite al trabajador desplazado reclamar el cumplimiento de estos derechos (y no otros, en principio) ante los tribunales del país de desplazamiento, que es el que mejor conoce su contenido y alcance.
4. En definitiva, se facilita al trabajador (también desde el punto de vista locativo) solucionar los conflictos del día a día de su relación laboral.

Adicionalmente, existen argumentos para defender que este nuevo foro de competencia debe limitarse al ejercicio de los derechos mínimos garantizados en el lugar de desplazamiento. Son los siguientes:

- Con este razonamiento se evita la multiplicidad de jurisdicciones competentes y por tanto se previene el riesgo de decisiones contradictorias y se facilita el reconocimiento

(101) Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

y la ejecución de las resoluciones judiciales. Algo que la jurisprudencia comunitaria ha identificado como necesario en diversas ocasiones.

— Se cumple igualmente con otra constante en la jurisprudencia comunitaria: propiciar la coincidencia entre el Tribunal competente (*forum*) y el derecho aplicable (*ius*). Ello garantiza sin duda una más adecuada aplicación de las normas y una mejor protección de los derechos de los trabajadores en este caso¹⁰².

Por todo lo anterior, entendemos que debe interpretarse el foro de competencia establecido en la LDT como un foro *ad hoc* para reclamaciones estrictamente conexas con el núcleo de condiciones laborales mínimas garantizadas por el país de destino. Atribuir a este foro un mayor alcance puede convertirlo en exorbitante e inadecuado para la finalidad perseguida y enunciada en la propia LDT y en la Directiva.

Sin embargo, por mucho que formalmente quepa el planteamiento de reclamaciones judiciales en el país de destino, existen factores sociológicos que dificultan el aprovechamiento de esta facultad. Dos de esos factores tienen que ver con la persona del trabajador: por un lado, su extrañeza respecto del ordenamiento jurídico del país de destino y respecto de los protagonistas en la práctica del funcionamiento de ese ordenamiento; por otro lado, los desplazamientos temporales, por definición, especialmente cuanto más breves son, dificultan el mantenimiento de pleitos en países en los que el trabajador ha dejado de residir. Además, un importante factor, que tiene que ver ya no con la persona del trabajador y sí con elementos que hemos expuesto a propósito de la cooperación administrativa, sigue presente en sede judicial: la dificultad (que es material y jurídica) para el control por parte de la autoridad judicial de destino de elementos que radican materialmente en el país de origen y, también, las dificultades (éstas esencialmente jurídicas) para cuestionar, por parte de la autoridad judicial de destino, la vinculación orgánica del trabajador desplazado a la empresa de origen (algo de lo que hemos hablado ya en relación con el certificado E-101), y para comparar las condiciones de empleo y de trabajo de uno a otro país.

III. CONCLUSIONES

Hemos pretendido reflexionar acerca de una selección de puntos críticos de la normativa europea del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. A estas alturas, esta normativa debe ser contemplada como una pieza clave en el desarrollo económico y social de la Unión Europea, sobre la base de dos axiomas generalmente asumidos por todos: la importancia capital de los servicios en términos económicos y la necesidad de que ciertos objetivos estratégicos sociales y económicos se alcancen en Europa en el corto plazo a través de un mejor funcionamiento del mercado transnacional de servicios. Es frecuente en Europa la comparación expresa o tácita

(102) Véase M. RODRÍGUEZ-PINERO, “El desplazamiento temporal...”, cit., pág. 85.

con Estados Unidos, sobre todo cuando se habla de magnitudes económicas y especialmente al hilo de la Estrategia de Lisboa. Pues bien, el contraste entre ambas potencias económicas resulta de gran interés en el tema que nos ocupa: del otro lado del Atlántico, el desplazamiento de trabajadores por cuenta de una empresa prestadora de servicios simplemente suscita cuestiones en el orden laboral de la competencia judicial y de la ley (estatal) aplicable, especialmente en casos de accidentes de trabajo (*workers' compensation*). No desconocemos, por supuesto, que en la UE las diferencias de legislación social son más acusadas entre países de lo que lo son en Norteamérica las que median entre unos y otros Estados. Sin embargo, también entre éstos existen distancias en cuanto a los niveles de vida y, sobre todo, de retribución, y ello no ha justificado ni reclamado iniciativa normativa alguna tendente a evitar o a obstaculizar la prestación de servicios de una empresa radicada en un Estado de inferior nivel económico.

No se entienda esto último como un alegato contra el sentido social de la Directiva 96/71, pero sí como una invitación a reflexionar acerca de si el alcance que se ha dado en el papel y en la praxis a esta norma y a sus correspondientes de transposición es el adecuado. Más en particular, lo que cabe cuestionar es si los esfuerzos de gestión e implementación de la Directiva son compensados por resultados razonablemente correspondientes en lo económico y en lo social. A nuestro entender, la respuesta a esta cuestión se inclina más del lado del no que del sí. Es cuestionable si la inversión que el conjunto de administraciones realiza en aplicación de esta Directiva va en la dirección adecuada, que no parece que deba ser otra distinta de la consecución de un mercado de servicios más amplio y más fluido que genere, por un lado, empleo y, por otro, sensibles disminuciones de precios para los usuarios y consumidores en Europa. En el logro de este objetivo estratégico, el estado actual de cosas en torno a la Directiva 96/71 no ayuda en absoluto. A las incertidumbres jurídicas que hemos analizado en torno al concepto mismo de desplazamiento y a sus relaciones con la norma de determinación de la ley aplicable y con las de seguridad social e inmigración, se suma un decepcionante estado de la cooperación interadministrativa.

A este último respecto, la sensación que transmiten los trabajos, las idas y venidas de la Comisión Europea en los últimos años es de una cierta desidia hacia la consecución del objetivo social (disfrute efectivo de condiciones de empleo y trabajo en el Estado de destino) de la Directiva, que se traduce en la

**EN LA UE
LAS DIFERENCIAS
DE LEGISLACIÓN SOCIAL
SON MÁS ACUSADAS
ENTRE PAÍSES
DE LO QUE LO SON
EN NORTEAMÉRICA**

práctica en una tácita renuncia a “dirigir” e “incentivar” la cooperación entre Estados¹⁰³. Lo acontecido en la tramitación legislativa de la Directiva 2006/123 y, especialmente, el contenido de las polémicas Orientaciones de la Comisión de abril de 2006 acerca del desplazamiento de trabajadores, ponen muy bien de relieve que su preocupación principal es más la retirada de las medidas de control puestas en marcha por algunos Estados a fin de controlar el cumplimiento del objetivo social, que un refuerzo de la cooperación dirigida al cumplimiento estricto de la Directiva 96/71¹⁰⁴. Sin la viabilidad de estas medidas nacionales y sin instrumentos jurídicos eficaces en la práctica de intercambio de información, reconocimiento de sanciones y resolución ágil de los conflictos de intereses que a menudo surgen (por razones fácilmente comprensibles) entre unos y otros Estados miembros, la Directiva está abocada a continuar en el *impasse* en que se encuentra hasta que sea totalmente inaplicable por vía desuetudinaria. Hoy es generalmente reconocido que en materia de cooperación entre Estados en el tema de los desplazamientos temporales de trabajadores existe un enorme déficit¹⁰⁵.

Entrando en consideraciones de índole más práctica, el presente estudio nos permite concluir que en los aproximadamente diez años de vigencia de la Directiva 96/71 hemos asistido a un fenómeno curioso en que lo que cabía afirmar tras un análisis de la norma recién promulgada ha resultado desmentido por la elaboración jurisprudencial del TJCE. Nos referimos al mayor o menor peso (poder) relativo entre el Estado de origen y el de destino, con sus consecuencias prácticas de “blindar” hasta niveles muy apreciables al empresario que desplaza trabajadores. En efecto, como hemos visto, la posesión del certificado E-101, emitido por el Estado de origen, constituye un salvoconducto de difícil puesta en entredicho para la autoridad del Estado en que los trabajadores desplazados prestan temporalmente sus servicios. No es de extrañar que, como hemos visto, países como Francia hayan tomado medidas legislativas unilateralmente, algunas de dudosa compatibilidad con la Directiva.

En suma, la Directiva 96/71, o mejor dicho, todo el sistema normativo y administrativo edificado sobre el pilar de esta Directiva debe someterse a una profunda revisión con ocasión de la cual se debería reflexionar, al menos, sobre los cuatro siguientes aspectos. Primero, la necesidad misma de la Directiva en múltiples sectores de actividad que podríamos calificar de “no intensivos en mano de obra”. Si el argumento conocido –y dis-

(103) Misión institucional básica de la Comisión (al respecto, A.M. MORENO MOLINA, *La Ejecución Administrativa del Derecho Comunitario*, Marcial Pons, 1998, pág. 72).

(104) Puede verse O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Presente, pasado y futuro de la Directiva relativa a los Servicios sobre el Mercado Interior”, *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006, en especial págs. 98 y ss. En el fondo, seguramente, late la idea, reconocida, por ejemplo, por la doctrina española, de que la Directiva 96/71 no ha incentivado, sino que ha dificultado el ejercicio de la libertad de prestación de servicios (B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El Desplazamiento...*, cit., pág. 173).

(105) Es constatación que comparten la Comisión Europea y el Comité Económico y Social Europeo. En la doctrina extranjera, por ejemplo, se habla en Francia de “défaut de coopération entre administrations nationales” (J.P. LHERNOULD, “La loi...”, cit., pág. 1196); es más, se argumenta que “les lenteurs administratives, combinées à la difficulté d'accès à certaines informations (...) rendent irréaliste la mise en place prochaine d'une coopération internationale effective, sans compter la possible mauvaise volonté de certains pays membres, soit par inorganisation, soit par calcul” (loc. cit., pág. 1207). Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo concluyó, en relación con la Propuesta de Directiva de Servicios, lo siguiente: “En conclusión, el CESE opina que la Directiva sobre los servicios debe ser mucho más específica y clara por lo que respecta a la colaboración entre el país de origen y el de acogida” (Dictamen núm. 137, de 16 de febrero de 2005).

cutible¹⁰⁶— del “dumping social” puede sostenerse (con dificultades) en actividades intensivas en mano de obra —construcción típicamente—, resulta muy inadecuado esgrimirlo en actividades que no son intensivas en el factor cuantitativo del trabajo humano y sí lo son en capital y formación: ese argumento de lesión a la competencia económica por ahorro de costes laborales resulta insostenible cuando se le opone el conjunto de obstáculos a la competencia que también derivan de déficits estructurales que suelen darse en países con bajos niveles de protección social.

En segundo lugar, el concepto mismo de desplazamiento debería ser afinado, y ello debería hacerse al tiempo que se revisa la normativa europea de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo. Es más, aparte de la coherencia del concepto de desplazamiento temporal que es exigible en el ámbito de las normas de determinación de la ley aplicable y de desplazamiento temporal, la coherencia debería también extenderse a la normativa de seguridad social. En este sentido, resulta difícil de entender hoy que en materia de seguridad social se fijen límites máximos de duración de los desplazamientos (en la práctica muy laxamente aplicados, es verdad) y que ello no se corresponda con la situación del desplazado en el plano laboral.

En tercer lugar, una aproximación realista al tema de los desplazamientos temporales debería tener en cuenta el enorme coste que genera la gestión de una normativa tan extraordinariamente ambiciosa y compleja como la que resulta de la actual Directiva 96/71¹⁰⁷. En este sentido, debería profundizarse en el camino de excluir un buen número de desplazamientos que por su corta duración (¿hasta tres meses?) o por otros motivos tienen una incidencia prácticamente nula en el mercado de trabajo de recepción de los desplazados. Como destacó el TJCE en el asunto *Mazzoleni*¹⁰⁸, hay cargas administrativas que resultan desproporcionadas, y ello cabe predicarlo no sólo de la empresa que desplaza, sino también de las Administraciones públicas nacionales que costeamos todos, ciudadanos y empresas, en Europa.

En cuarto y último lugar, es necesario repensar los mecanismos de aplicación coercitiva de la Directiva y de las normas internas de transposición. Si no se avanza en la cooperación administrativa y en el reconocimiento recíproco de las sanciones, y si no se institucionalizan medios de solución de las disputas entre Estados que resulten más ágiles que un procedimiento ante el TJCE, la normativa de desplazamientos, por refinada que técnicamente sea, está abocada a la inoperancia en una Unión que se acerca a la treintena de Estados. Todo el sistema jurídico de libre prestación de servicios y de mercado interior reposa en el principio de la mutua confianza entre Estados, y a decir verdad la realidad parece estar demostrando que esta mutua confianza se halla muy debilitada. Ello no debería conducir

(106) Por ejemplo, sería necesario equilibrar el argumento de la competencia desleal, que proponen los países ricos, con el de la oportunidad económica que a los relativamente más pobres ofrece la posibilidad para sus empresas de prestación de servicios en aquéllos. Para una crítica del argumento del “dumping social”, véase B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El Desplazamiento...*, cit., págs. 134-139.

(107) Para una interesante reflexión, a propósito del papel de la negociación colectiva como regulación primordial de las condiciones de trabajo, A. OJEDA AVILÉS, “Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados”, *Aranzadi Social*, 1997-V, págs. 49-54 (BIB 1997/980).

(108) STJCE de 15 de marzo de 2001, asunto C-165/98.

a desandar el camino de la cooperación, sino a profundizar en él, pero sobre la base de reconocer que existen conflictos de intereses entre los Estados y que deben resolverse ágilmente ante una instancia neutral.

La presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral: Una solución conflictiva

LUIS PÉREZ CAPITÁN

Inspector de Trabajo, Director Territorial
de la Inspección de Trabajo de Navarra
y Profesor Asociado de la Universidad
Pública de Navarra

Resumen

La presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral: Una solución conflictiva

La visión de la presencia de alcohol en el trabajador en el mundo laboral ha sufrido en la última década un giro trascendental pero que, sin embargo, no ha trascendido de manera suficiente al ámbito del Derecho Social. Dentro de esta rama del Derecho donde con mayor frecuencia se ha abordado esta cuestión ha sido en el ámbito del accidente de trabajo, y siempre con el fin de comprobar la influencia del alcohol en la cadena de causalidad que produce el siniestro, y, en consecuencia, descartar o no la labo-

ralidad del mismo. Partiendo de la deficiente concepción del problema, se dibujan en este breve escrito las distintas posiciones que han adoptado nuestros tribunales a la hora de dilucidar la existencia del accidente laboral cuando concurre la problemática de la ingestión del alcohol por el siniestrado. De su lectura, advertiremos las dificultades existentes para la extrapolación de soluciones originadas en otros campos del Derecho, y también para la exposición de conclusiones generales claras y terminantes.

Abstract

The presence of alcohol in the worker in the labor accident: a conflicting solution

The vision of the presence of alcohol in the worker in the labor world has suffered in the last decade

a transcendental turn but that, however, has not transcended in an adequate way to the scope of the

Social Law. Within this area of the Right where with more frequency this question has been undertaken has been in the environment of the work accident, and always with the purpose of checking the influence of the alcohol in the chain of causation that produces the accident, and in consequence, to reject or not the laborality of it. Starting in the deficient conception of the problem, in this brief writting

are drawn the different positions adopted by our tribunals when elucidating the existence of the labor accident when the problem of the ingestion of alcohol converges in the victim. Of its reading, we will notice the existent difficulties for the extrapolation of solutions originated in other fields of the Right, and also to expouse clear and definitive general conclusions.

Sumario:

I. Introducción: El simplista tratamiento de la presencia del alcohol en el trabajador en la determinación del accidente de trabajo. II. Los conceptos de imprudencia temeraria y profesional en nuestra jurisprudencia.

A) Las notas caracterizadoras del concepto de imprudencia temeraria. B) El concepto de imprudencia profesional.

III. La caracterización de la presencia del alcohol en el accidente laboral por nuestros

Tribunales. A) La postura del Tribunal Supremo: el principio de una solución difusa.

B) Las resoluciones judiciales. a) Sentencias sobre accidentes laborales acaecidos en el desarrollo de la prestación laboral. Resoluciones donde la presencia de alcohol determina la inexistencia de accidente laboral, estimándose la concurrencia de imprudencia temeraria. b) Resoluciones judiciales en las que la presencia del alcohol no impide la existencia del accidente laboral. c) Resoluciones judiciales en los accidentes *in itinere* no de tráfico. d) Un supuesto específico: los efectos de la detección de alcohol en el operario en el accidente de circulación. C) La prueba de la presencia del alcohol en el operario en el litigio sobre la determinación del accidente laboral. **IV. Conclusión.**

I. INTRODUCCIÓN: EL SIMPLISTA TRATAMIENTO DE LA PRESENCIA DEL ALCOHOL EN EL TRABAJADOR EN LA DETERMINACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

En el mundo del Derecho Social, advertimos diversas instituciones donde la presencia del alcohol en el operario mientras desarrolla su trabajo surte sus efectos, entre ellas destacan dos: El despido por la consideración de la embriaguez como presupuesto para el ejercicio de la potestad disciplinaria empresarial¹, fundamentando la propia decisión de extinción contractual u otra sanción de menor gravedad, y el accidente laboral, al incidir la ingesta de alcohol por el operario sobre su propia existencia. En este escrito, nos centramos en el segundo aspecto.

El tratamiento de los efectos de la presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral es en la actualidad realmente simplista. Como veremos, nuestros Tribunales se limitan a valorar la conducta del sujeto con el ánimo de descartar o confirmar la concurrencia de imprudencia temeraria o sencillamente profesional en la misma y, así, poder afirmar la existencia o no de accidente de trabajo. Esta parquedad en el análisis, que lleva consigo no profundizar en las razones del consumo del alcohol y su relación con el trabajo, no se debe sólo a la escasa reflexión que los agentes jurídicos efectúan sobre tan relevante asunto o a la escasez de conocimientos sobre el tema, sino, sobre todo, a la ausencia de un verdadero debate a nivel nacional sobre el asunto, a la carencia del diseño de una estrategia nacional para hacer frente al problema del alcohol en el trabajo². Tal vez, porque se ha contemplado al alcohol siempre como causa del riesgo y no como efecto o consecuencia de la relación del hombre con el medio ambiente laboral³.

**EL TRATAMIENTO
DE LOS EFECTOS
DE LA PRESENCIA DE
ALCOHOL
EN EL TRABAJADOR EN
EL ACCIDENTE LABORAL
ES EN LA ACTUALIDAD
REALMENTE SIMPLISTA**

(1) La embriaguez como fundamento del ejercicio de potestad disciplinaria se advierte en SSTSSJ, Salas de lo Social, de Castilla y León de 28 de marzo de 2000 (AS 2000, 1447), Canarias de 4 de octubre de 2001 (AS 2001, 4644), Galicia de 30 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 73284) y 7 de julio de 2004 (JUR 2004, 271846), Castilla-La Mancha de 20 de enero de 2004 (AS 2004, 67), Baleares de 7 de junio del 2006 (JUR 2006, 236346).

(2) A diferencia de lo ocurrido en Gran Bretaña, nuestros sucesivos gobiernos no han asumido el compromiso de elaborar una Estrategia Nacional frente al Alcohol –CONFER: “Erga@line”, Revista Electrónica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, núm. 16, de 30 de julio de 2003 en la página web del INSHT.

(3) “Ante una situación de estrés sostenido, el individuo suele desarrollar una serie de trastornos psicofisiológicos, por desgaste excesivo de uno o varios órganos activados de forma muy intensa y duradera, no pudiéndose recuperar de este desgaste. Las características físicas del organismo, su estado de salud, y factores de predisposición, determinarán la aparición pronta o tardía de patologías psicosomáticas diversas. El estrés puede tener también efectos sobre la salud mental. A la frustración, la ansiedad y la depresión que pueden experimentar quienes están sometidos al estrés, hay que añadir otras formas en que éste puede manifestarse: alcoholismo, fármaco dependencia, hospitalización, y en casos extremos, suicidio”, Olga, SEBASTIÁN GARCÍA, Ponencia presentada en la Jornada Técnica de Actualización de “Los riesgos psicosociales y su prevención: mobbing, estrés y otros problemas”, Madrid, de 10 de diciembre de 2002, pág. web del INSHT.

En suma, en la actualidad el marco de análisis judicial de la cuestión de la influencia del alcohol sobre el trabajador en el accidente laboral es habitualmente el de la imprudencia, y, en concreto, el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en sus números 4 y 5. El primer apartado exime de la calificación de accidente de trabajo a aquel suceso que sea debido a “dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado” —artículo 115. 4.b)—. Por el contrario, el segundo incluye dentro del concepto de accidente de trabajo aquel evento originado por “la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira”.

Todo ello, sin perjuicio de que en algunos, escasos, supuestos se reseñe que la presencia del alcohol en el operario puede deberse a una negligencia circunstancial o al padecimiento de una enfermedad crónica⁴. En todo caso, la adicción al alcohol es una situación que sorprendentemente no es recogida por los tribunales como elemento diferenciador, sino sólo una circunstancia más a aportar al conglomerado fáctico⁵. Y ello, a pesar de que en la actualidad existen ya preceptos —por ejemplo, el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales— que no ya autorizan, sino que exigirían, el tratamiento de este tipo de patologías desde la perspectiva de la condición del trabajador especialmente sensible, tomando las medidas adecuadas en orden a la restauración de la salud del operario y su reinserción en el medio ambiente laboral.

Lo reseñado, la ausencia de una reflexión sobre la relación del operario con el alcohol en las resoluciones judiciales, no implica que los tribunales hagan omisión de cualquier tipo de consideración científico-médica acerca de los efectos de aquél en el ser humano, y es que no debemos olvidar que ninguna disciplina social es autónoma o autosuficiente y

(4) El análisis de la drogodependencia como enfermedad o accidente está presente en la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, núm. 1129/1999, de 2 de noviembre (AS 1999, 4443), cuando dilucida el caso de marinero drogodependiente que muere por insuficiencia cardíaca presentando signos de haberse inyectado en los momentos previos a su muerte. El Tribunal, basándose en la jurisprudencia relativa a muertes de drogodependientes del Tribunal Supremo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre (RJ 1998, 8549) y 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5700), rechaza la existencia de accidente laboral: “(...) la causa del óbito, repentino e imprevisto, fue directamente una concreta ingestión de droga que, por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad, provocó una reacción inusual en su organismo causándole las graves lesiones cardiorrespiratorias que le originaron la muerte súbita, como se constata en el informe de la autopsia. La muerte no deriva por ello, de ‘enfermedad’ sino de ‘accidente’, que debe ser calificado de accidente no laboral”. No existe pronunciamiento alguno acerca del conocimiento de tal situación en el ámbito laboral y la existencia o toma de medidas al respecto como trabajador especialmente sensible.

(5) Una excepción es la STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sección Segunda, núm. 3479/2002, de 26 de noviembre (AS 2002, 4217), dictada sobre el accidente de un operario que presenta síntomas de alcoholismo: trabajador que se encontraba encargado de la limpieza del acerado que cruza una Avenida por sitio que no es paso de peatones, saltando el seto que divide las calzadas. El Tribunal, al margen del enolismo que se le detectó en el Hospital General de Especialidades, deduce que su comportamiento fue normal y su capacidad para afrontar las responsabilidades laborales era la idónea: “En este sentido la jurisprudencia, como antes se apuntó, exige en relación a la imprudencia temeraria que se observe una conducta que asuma riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de la gente, y señala que solamente cuando el trabajador, consciente y voluntariamente incide en una falta de precaución, prudencia o cautela exigibles a toda persona normal cabe estimar la imprudencia que exonera de responsabilidad a estos efectos, estableciendo que sólo aquellas conductas abiertamente contrarias al actuar propio de una persona de diligencia normal, pueden dar lugar a un cambio de signo de tales responsabilidades, y en el caso de autos no parece suficiente el dato objetivo de antecedentes en el actor de alcoholismo crónico, para excluir sin más valoraciones la responsabilidad de la recurrente, cuando, como acertadamente expone la Sentencia de instancia, no consta que la conducta del trabajador revelase embriaguez, ni comportamiento anómalo en relación con su quehacer habitual”.

que el Derecho bebe, reconocida o solapadamente, de los aportes que nos brindan otras facetas de la realidad⁶.

Sin embargo, si bien nuestros Tribunales no son ajenos a la aportación de consideraciones científicas sobre los efectos del alcohol sobre el ser humano, las utilizan únicamente para refrendar o rechazar la existencia de imprudencia temeraria en función de la diversa consideración de la incidencia del alcohol sobre el organismo humano. Así, se ha afirmado que “el estado de intoxicación etílica del trabajador determina una serie de efectos –inestabilidad emocional, decrecimiento de las inhibiciones, pérdida del juicio crítico, alteraciones de la memoria y comprensión, decrecimiento de la respuesta sensorial, incremento del tiempo de reacción e incoordinación muscular así a partir de 0,9 g/l–, como indica el citado ordinal, basado en el informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología”⁷, apreciando relación de causalidad entre la caída y la ingesta de alcohol, rechazándose, en consecuencia, la existencia de accidente de trabajo. E, incluso, con profundidad científica, se señala que “es preciso recordar que la más autorizada literatura médica establece una correlación clara entre grado de concentración sanguínea del alcohol y alteraciones producidas, y ya para concentraciones entre 1,5 y 2,5 gramos de alcohol por litro de sangre, se dice que las alteraciones funcionales ya son evidentes para el observador, apareciendo trastornos objetivos consistentes, entre otros, en la postura y marcha, perdiéndose asimismo la coordinación, existe ataxia, siendo frecuente la aparición del signo de Römberg (tendencia a la caída cuando el individuo cierra los ojos) y distragmo (movimientos involuntarios de los globos oculares)”, se estima que el consumo que llega al operario a 2,5 gramos por litro de alcohol en sangre determina que recaiga sobre el trabajador “buena parte de la responsabilidad del accidente”⁸. O bien, por el contrario, se sostiene que existe accidente de trabajo, a pesar de la ingestión de bebidas alcohólicas por el causante, “si se advierte, (...) que el informe del Instituto Nacional de Toxicología utiliza las expresiones de ‘suave euforia’ e ‘incremento de la autoconfianza’ para describir los efectos del alcohol en sangre en concentraciones superiores a 1,2 g/l en una persona”⁹.

En todo caso, para poder comprender el trato que la presencia del alcohol en el trabajador tiene a efectos del concepto del accidente laboral es imprescindible partir del conocimiento de la imprudencia, en su faceta temeraria y profesional, asumiendo, empero, como afirmación indubitada que, “a efectos prácticos, no siempre resultan claros y diáfanos los límites en orden a la concreción de la existencia o no de un accidente laboral”¹⁰.

(6) Puede consultarse al respecto: “Alcohol y prevención de los problemas relacionados con el consumo de alcohol en el ámbito laboral”, de M.T. GÓMEZ-TALEGÓN; F.J. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, en *Revista: Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 51, marzo de 2005; Esteban, AGULLÓ TOMÁS, *El alcoholismo en el trabajo como inadaptación laboral: una propuesta de reflexión, conceptualización e intervención*, Universidad de Oviedo, en www.psicouniovi.es.

(7) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 5196/2002, de 15 de julio (AS 2002, 2883). Idénticamente, las Sentencias de la misma Sala y Tribunal núm. 5797/2002, de 17 de septiembre (JUR 2002, 255216), y núm. 188/2004, de 15 de enero (AS 2004, 1192).

(8) STSJ de Murcia, Sala de lo Social, Sección Primera, de 3 de octubre de 2006 (AS 2006, 18).

(9) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 6188/2004, de 9 de septiembre (JUR 2004, 290164).

(10) STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 1506/2006, de 2 de octubre (AS 2006, 3085).

II. LOS CONCEPTOS DE IMPRUDENCIA TEMERARIA Y PROFESIONAL EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

A) Las notas caracterizadoras del concepto de imprudencia temeraria

El Tribunal Supremo a la hora de definir la imprudencia temeraria como presupuesto excluyente de la existencia del accidente de trabajo parte de una perspectiva restrictiva, considerando aquélla como en la que incurre el trabajador que “consciente y voluntariamente contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal”¹¹.

Diversas expresiones ha acuñado el Tribunal Supremo para caracterizar la imprudencia temeraria como factor excluyente de la existencia de accidente laboral:

– Existe imprudencia temeraria cuando, en su actuar, el operario está poniendo de manifiesto que, consciente de la situación en que se encuentra, acepta, por su sola voluntad, la realización de un acto arriesgado e innecesario para su actividad laboral y que lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado que le aconsejase su evitación; exteriorizando “una imprudencia personal temeraria”, “una evidente temeridad”, “una falta de las más rudimentarias normas de criterio individual” o “una temeraria provocación o asunción de un riesgo innecesario, con la clara conciencia y patente menosprecio del mismo” o “una imprudencia de tal gravedad que notoriamente revele la ausencia de la más elemental precaución (...) sin esa elemental y necesaria previsión de un riesgo posible y la inmotivada, caprichosa o consciente exposición a un peligro cierto”¹²;

– Concurre “una temeraria e inexcusable imprevisión del siniestro (...) sin observar las más elementales medidas de precaución que el hombre menos previsior adoptaría”¹³;

– Existe una “imprudencia contra todo instinto de conservación de la vida y contravieniendo las órdenes recibidas”¹⁴;

– Se revela una conducta que, con claro menosprecio de la propia vida, acepta voluntaria y deliberadamente correr un riesgo innecesario que la ponga en peligro grave, faltando a las más elementales normas de la prudencia, a diferencia de la imprudencia simple, en la que, si bien no se agotan todos los actos necesarios para evitar un peligro, éste no se quiere o pretende sufrir, sino que se incurre en el mismo por una negligencia o descuido¹⁵.

(11) STS, Sala de lo Social, de 16 de julio de 1985 (RJ 1985, 3787).

(12) STS, Sala de lo Social, de 19 de abril de 1968 (RJ 1968, 1846) y STS de 8 de octubre de 1974, *Jurisdicción Social*, núm. 67, 1974, p. 57, ref. 126/74,

(13) STS de 10 de diciembre de 1968 (RJ 1968, 5611).

(14) STS de 4 de junio de 1970 (RJ 1970, 3046).

(15) STS de 3 de octubre de 1974 (RJ 1974, 3904).

Frente a la antaño denominada imprudencia temeraria, hoy grave, del ámbito del Derecho Penal, justificativa de incurrir en delito o falta, la imprudencia temeraria de la Ley General de la Seguridad Social se concibe como algo disímil por razones teleológicas:

“(…) no es totalmente equivalente el concepto de imprudencia temeraria sancionada en el Código Penal y la prevista en el accidente laboral, ya que la primera tiene por objeto proteger al colectivo social de los riesgos causados por conductas imprudentes, y la segunda sancionar con la pérdida de protección un riesgo específicamente cubierto, y esta diversidad de fines se traduce en que en este último supuesto, según constante doctrina, para que concurra la imprudencia temeraria, es preciso que se observe una conducta que asuma riesgos manifiestos innecesarios y especialmente graves ajenos a la conducta usual de las gentes”¹⁶.

Esta diferenciación ha calado en nuestros Tribunales¹⁷ para los que la imprudencia temeraria negadora de la existencia de accidente laboral es diferente de la negligencia generadora de una infracción administrativa o penal y, en consecuencia, la existencia de ésta no implica automáticamente la concurrencia de aquélla:

“Esta Sala considera que la conducción sin permiso es una conducta sancionable exclusivamente en sede administrativa [así contemplada por la Ley (RCL 1990, 578, 1653) y Reglamento de Circulación con vehículos de motor (RCL 1992, 219, 590)] y que hacerlo con una tasa de alcohol superior a la permitida también incurriría en sanción administrativa e incluso penal [artículo 379 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)], pero que la calificación como imprudencia temeraria a los efectos jurídico-laborales debatidos, contemplados en el artículo 115.4.b) de la LGSS, configurado paulatinamente en su conformación por sucesiva doctrina jurisprudencial, no incurriría en la excepción de su aplicabilidad allí contemplada, pues, (...) para romper el nexo de causalidad en los accidentes de trabajo es necesario que concurra que los mismos sean debidos a ‘dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado’, entendiéndose que el segundo

**LA IMPRUDENCIA
TEMERARIA NEGADORA
DE LA EXISTENCIA
DE ACCIDENTE LABORAL
ES DIFERENTE
DE LA NEGLIGENCIA
GENERADORA
DE UNA INFRACCIÓN
ADMINISTRATIVA O PENAL**

(16) STS, Sala de lo Social, de 10 mayo de 1988 (RJ 1988, 3595).

(17) STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección Única, núm. 1084/2002, de 13 junio de 2003 (JUR 2003, 60456).

—único aquí debatido— fractura dicho nexo si es de una gravedad extraordinaria y no justificada, teniendo diferente significado en los ámbitos laboral y penal [según Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3595), por ejemplo], debiéndose interpretar la misma de manera restrictiva, sin que trabajar o conducir sin permiso sea una conducta dolosa o una imprudencia temeraria a los efectos laborales debatidos, y que hacerlo con grados de alcoholemia superior al permitido deba interpretarse, sólo por ello, como imprudencia temeraria, sino que hay que estar a las circunstancias del caso concreto [recientemente, Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3780)].”

No obstante, en algún caso, incluso frente a la postura del Tribunal Supremo, en el análisis de los accidentes laborales de tráfico, pero también de otra índole¹⁸, se ha afirmado que “el concepto de imprudencia temeraria no definido en el precepto legal de referencia; pero que necesariamente ha de relacionarse, más que con conceptos iuscivilistas, con conceptos acuñados por el Derecho Penal; hoy referible en el vigente Código Penal de 1995, a la imprudencia ‘grave’ (artículos 142, 152, 267, etc.) (acusada infracción del ‘deber de cuidado’, aceptación voluntaria del riesgo, violación de elementales normas de precaución, etc.)”¹⁹.

B) El concepto de imprudencia profesional

La imprudencia profesional se concibe como aquella en que incurre el trabajador cuando, ante la inminencia del riesgo que acompaña a su actuación, se cree capaz de superarlo con la propia capacidad y habilidad personal, o no ha prestado la debida atención al riesgo, por hallarse atenuada su voluntad, y, en su caso, sus movimientos reflejos, por la repetición del mismo acto, la facilidad en que en otras ocasiones lo ha superado felizmente, o, porque confiaba en su suerte que le permitiría superarlo sin daño personal²⁰.

En realidad, la diferencia, como con acierto expresa el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se basa en la presencia de “una especial intensidad en la conducta negligente”, a diferencia de “conductas negligentes de menor intensidad y, entre ellas, la de carácter profesional”²¹.

(18) STSJ, Sala de lo Social, núm. 3258/2001, de 18 de abril (AS 2001, 2313), sobre supuesto que luego se expondrá.

(19) Sentencia de la misma Sala y Tribunal núm. 1875/2002, de 7 de marzo (AS 2002, 1565).

(20) STS, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 1975 (RJ 1975, 4392).

(21) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 9752/2005, de 16 de diciembre (JUR 2006, 56371). En idéntico sentido, aun con resultado opuesto: STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 331/2006, de 22 de marzo (JUR 2006, 137426).

III. LA CARACTERIZACIÓN DE LA PRESENCIA DEL ALCOHOL EN EL ACCIDENTE LABORAL POR NUESTROS TRIBUNALES

A) La postura del Tribunal Supremo: el principio de una solución difusa

Llegados a este punto, cabe plantearse cuál es la consideración que nuestros Tribunales efectúan de la presencia del alcohol en un individuo que sufre un accidente laboral. Y la respuesta, como acaece comúnmente en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser categórica, sino que será necesariamente ambigua, ligada al caso concreto. El paradigma de esta posición es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3780). Estamos ante una Sentencia de referencia, de continua cita por los Tribunales Superiores de Justicia, aunque lamentablemente, para justificar resoluciones antitéticas²². En ella, al analizar un supuesto de accidente de circulación y conductor al que se detecta gran cantidad de alcohol, el Tribunal, en unos de los textos más repetidos, señala:

“(…) no se puede hacer una declaración general, como en esencia se propugna, sobre si una determinada tasa de alcoholemia puede configurarse como la imprudencia que rompe la relación de causalidad. La imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, y esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del juzgador en cada caso concreto, para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad”.

La Sentencia de 31 de marzo de 1999 del Tribunal Supremo, su postulado de vincular la resolución del litigio a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, nos obligará a un análisis casuístico, con el fin de intentar alcanzar alguna conclusión general. Y como es lógico, esa vinculación a la facticidad de cada situación ha llevado a nuestros Tribunales Superiores de Justicia a mantener posturas diversas respecto situaciones parejas e incluso a reconocer esa divergencia, reclamando la solución unificadora del Tribunal Supremo²³.

B) Las resoluciones judiciales

El relativismo fáctico, la remisión al caso concreto, nos obliga, como antes se ha reseñado, a la exposición, agrupadas en función de su signo, de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, para, a partir de ahí, intentar obtener alguna conclusión general, exponiendo de forma separada los accidentes de tráfico por la existencia de una normativa específica prohibitiva que impele a una reflexión aparte.

(22) Citada entre otras muchas por: STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2001 (AS 2001, 3053); STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, de 30 abril de 2004 (JUR, 2004, 237270); STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, Sección Primera, de 19 de diciembre de 2005 (AS, 2005, 3375); STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 2061/2005, de 13 de septiembre (AS 2005, 3264); STSJ de Cataluña Sección Primera, Sala de lo Social, núm. 188/2004, de 15 de enero (AS 2004, 1192); STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sección Segunda, núm. 3680/2003, de 2 de diciembre (AS 2003, 4206); STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección Única, núm. 297/2003, de 19 de febrero (AS 2003, 2166).

(23) STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2004 (JUR 2004, 145633), donde después de reseñar una serie de Sentencias contrarias a su propio fallo afirma: “Esa contradicción pone de manifiesto, únicamente, la necesidad de la labor unificadora de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”.

a) Sentencias sobre accidentes laborales acaecidos en el desarrollo de la prestación laboral. Resoluciones donde la presencia de alcohol determina la inexistencia de accidente laboral, estimándose la concurrencia de imprudencia temeraria

En algunos supuestos, los Tribunales han considerado que la aparición del alcohol en tasas de importancia en el operario se convierte en el elemento propiciador del accidente laboral al influir de forma trascendental en la conducta del trabajador, con la consiguiente negación del accidente laboral.

– El fallecido, peón, después del almuerzo opta por acceder a la plataforma por uno de los huecos laterales de la pared, en vez de por el lugar previsto para ello, salvando los palés que se habían colocado como obstáculo, precipitándose al vacío a través del hueco del ascensor, desde una altura aproximada de 12 metros. En los análisis practicados por el Instituto de Toxicología, se detectó en la víctima una concentración en sangre de 1,78 g/l de alcohol etílico. A pesar de que el andamio cimbrea, y que se aprecian ciertas infracciones leves por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –por ejemplo, inadecuación de los palés como elemento de cierre de acceso– para el Tribunal no existe accidente laboral, no porque el operario siguiese un itinerario inadecuado para acceder a la zona de trabajo puesto que “la imprudencia grave del trabajador no se cifra en acceder al andamio por lugar inadecuado, sino en la ingesta de alcohol durante la jornada laboral, máxime cuando el trabajo que se desarrolla es por sí peligroso por la forma y circunstancias en que se realiza”²⁴.

– Trabajador en tiempo de actividad laboral, cuando estaba esperando órdenes de la empresa para su siguiente quehacer, bebe alcohol en exceso, se tumba en la calle, sin presentar lesión alguna, y en esta situación anormal, es atropellado por un vehículo que le causó muy graves heridas²⁵.

– Conductor de camión tractor y semirremolque, que, en vez de introducirse en el camino que conectaba el manantial con la autovía en el sentido de la marcha que debía iniciar, se confunde y se dirige en dirección contraria. Estando así las cosas, y debido al tamaño del vehículo en relación al del camino rural, y al estado del conductor –2,73 gr/l de alcohol etílico en sangre– el vehículo finalmente, “se precipitó voluntaria o accidentalmente por la parte interior de la indicada plataforma cayendo sobre un talud de piedra”²⁶.

(24) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 2584/2002, de 26 de marzo (JUR 2002, 142195).

(25) STSJ de Murcia, Sala de lo Social, núm. 1652/2000, de 18 de diciembre (JUR 2001, 66419).

(26) STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección Única, núm. 297/2003, de 19 de febrero (AS 2003, 2166): “(...) el grado de alcoholemia del Sr. Carlos José era de tal grado que con carácter objetivo y necesario implicaba una importante afectación de facultades, afectación evidenciada además por la propia conducta del interesado a la tragedia. En consecuencia y aunque se prescindiera de la posible existencia de un suicidio, es lo cierto que el grado de afectación ética del trabajador implica una clara y evidente imprudencia temeraria del mismo con ruptura incuestionable del nexo causal, de manera que no puede sostenerse la existencia de accidente de trabajo en sentido técnico-jurídico”.

– Cuando el operario accede al buque en que prestaba servicios, en ese momento atracado al muelle, cae al mar por razones desconocidas y fallece por asfixia mecánica por sumergimiento al cabo de pocos minutos, detectándose en la autopsia la presencia de alcohol en Sangre (3,23 g/l) y humor vítreo (3,50 g/l)²⁷. Se considera que la tasa de alcohol acreditada comporta ruptura del nexo causal y la aplicación de la excepción del apartado 4.b) del artículo 115 de la LGSS: “(...) no resulta aventurado afirmar que la caída al agua tuvo por causa la enorme ingesta de bebidas alcohólicas y que con ella el trabajador con olvido de las más elementales normas de diligencia se colocó en una situación de grave riesgo, fatalmente acaecido, con lo que se ha de apreciar roto todo nexo causal entre accidente y trabajo”.

– Trabajador que utilizando los mandos de la grúa incorporada al camión, resulta atrapado y muere, presentado 1,8 g/l de etanol a las 11,30 horas de la mañana. Para el Tribunal, “no se trata de una mera falta de atención, de un descuido o de algo imprevisible, que permita calificar la imprudencia como simple, como mera omisión de la obligación de poner toda la atención que la situación de peligro requiera, lo que eliminaría la existencia de una intención voluntaria de correr el riesgo y, en consecuencia, impediría la calificación temeraria. Por el contrario, la conducta debe calificarse como de imprudencia temeraria desde el momento en que el causante, en esa condición de embriaguez, decide utilizar los mandos del camión-grúa”²⁸.

b) Resoluciones judiciales en las que la presencia del alcohol no impide la existencia del accidente laboral

La no determinación de una determinada tasa de alcohol en la sangre como circunstancia obstativa para la consideración de accidente laboral y la conexión con las circunstancias concretas del accidente han permitido la existencia de Sentencias dispares. De esta forma, al contrario de lo que acaece en las resoluciones judiciales del apartado anterior:

a) En unos casos, se resuelve que la cantidad de alcohol detectada no tiene la entidad suficiente para poder influir en la conducta del sujeto.

– La detección en sangre del fallecido, de 0’37 g/l de alcohol etílico, no significa que dicha ingesta de alcohol fuera la causa

**LOS TRIBUNALES HAN
CONSIDERADO QUE LA
APARICIÓN DEL ALCOHOL
EN TASAS DE IMPORTANCIA
EN EL OPERARIO
SE CONVIERTE EN
EL ELEMENTO
PROPICIADOR
DEL ACCIDENTE LABORAL
AL INFLUIR EN LA
CONDUCTA
DEL TRABAJADOR**

(27) STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, de 30 de abril de 2004 (JUR 2004, 237270).

(28) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 3382/1998, de 20 de mayo (AS 1998, 2081).

determinante del accidente ya que no era cantidad suficiente para alterar las condiciones, aptitudes físicas y capacidad laboral del trabajador, para producir un estado de embriaguez en el accidentado causante de su caída del andamio. Además, el accidente hubiere podido evitarse si la empresa hubiera cumplido con las normas de seguridad e higiene y hubiera dotado al andamio de protectores y puesto a disposición del trabajador las medidas de seguridad necesarias como arnés de seguridad²⁹.

– Operario que utiliza el cinturón de seguridad, manejando un carretilla con la carga elevada, y, en su intento de salir de la carretilla ante el vuelco de la misma, muere al ser atrapado por el pórtico de seguridad; detectándose en la sangre del trabajador una tasa de alcohol de 1,06 de alcohol etílico por litro de sangre “resultado de haber ingerido media botella de vino y un carajillo después de comer (...) constituye sin duda una conducta imprudente, pero no implica una imprudencia de gravedad excepcional, contra todo instinto de conservación de la vida y con clara conciencia del peligro, cual es la imprudencia temeraria”³⁰.

– Operario que, llevando a cabo sus labores de recogida de basura, cae de la parte posterior del camión, resulta muerto, advirtiéndose la presencia de 0,206 gramos por 100 cm³ de sangre³¹.

b) En otros supuestos, a pesar de la presencia de alcohol en el trabajador, sus circunstancias personales y la permisividad de la empresa conllevan a la apreciación del accidente.

– Es accidente laboral en misión sin que se apreciaren conductas que “exterioricen una intoxicación, ya que lo contrario, impediría el accidente ante la oposición del empresario o los superiores del trabajador que le imposibilitarían la conducción” el del aprendiz de maquinista que, careciendo de permiso de conducción de vehículos, conduce por encargo empresarial una autohormigonera, cuando en un camino de la obra se produce la salida paulatina del vehículo hasta caer al canal de riego por un terraplén, falleciendo el operario. Según la autopsia y analítica correspondientes, el conductor arrojó una alcoholemia en sangre de 1,17 g por mililitro, así como de la presencia de otras drogas³².

c) O la propia concepción del Tribunal, le insta a considerar que, ante la no constancia de la causa directa del accidente, no es suficiente con la presencia de una alta tasa de alcohol en sangre para destruir la presunción a favor de la existencia del accidente de trabajo.

(29) STSJ de la Comunidad Valenciana, Castellón de la Plana, Sala de lo Social, núm. 17/2002, de 9 de enero (JUR 2002, 76165).

(30) STSJ, Sala de lo Social, Sección Primera, de 9 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 290164).

(31) STSJ de Canarias de 27 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4778).

(32) STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sección Segunda, núm. 3680/2003, de 2 de diciembre (AS 2003, 4206).

La presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral

– Marinero que muere por atrapamiento entre la puerta y el pescante del barco mientras prestaba sus servicios, desconociéndose la razón del atrapamiento. El Tribunal mantiene la existencia de accidente a pesar del alto índice de alcohol en sangre –de 3,60 gramos por litro en sangre y de 4,44 gramos por litro en humor vítreo–³³.

– Operario que, al iniciar del trabajo después del almuerzo, cae por razones desconocidas del tejado de la casa al que se accedía por un andamio, habiéndose probado que había consumido una botella de ¾ de vino y presentando una tasa de alcohol de 1,9 g/l en sangre, sin que constara la causa de la caída³⁴.

– “(...) no es suficiente el dato objetivo de una determinada tasa de alcoholemia para excluir, sin más valoraciones, la responsabilidad propugnada por la parte recurrente, cuando, como acertadamente expone el juzgador, la sola ingestión de alcohol que el propio actor reconoció, no precisada en el acto del juicio en qué cantidad y que no revelaba embriaguez ni comportamiento anómalo en relación con su conducta habitual, basta para descartar, el calificativo de accidente de trabajo” en el caso de operario de la construcción que le aprisiona la mano derecha una amasadora³⁵.

La argumentación de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es la siguiente: la presencia de alcohol en la sangre provoca efectos sobre el individuo pero no se convierte en la causa inmediata y automática del mismo. Es más, en el caso del operario de la construcción, la Sentencia de 22 de febrero de 2000 aprecia que actuaba como en él le era habitual: “No se ha probado que esa concreta tasa fuera necesariamente expresiva de que su nivel de conciencia, equilibrio o reflejos estuviera alterado, sin que pueda presumirse sin más, del hecho de que sobrepasara los niveles exigidos en materia de conducción de vehículos de motor, y tampoco hay constancia de que, de hecho, el alcohol que consumió repercutiera en sus facultades de percepción y reacción o en su sentido del equilibrio, siendo significativo que los hechos probados no recojan dato alguno, poniendo de manifiesto que sus compañeros (o los empleados del bar) advirtieran que estuviera embriagado, como tampoco que le hicieran la más mínima advertencia de que no subiera o, cuando menos, de que anduviera con más cuidado del normal en las circunstancias exigidas por ese concreto trabajo, por lo que no cabe concluir que estuviera embriagado, porque de haber estado embriagado, tampoco se ha probado que la caída se debiera a esa circunstancia, sin que ésta pueda presumirse, máxime en una materia que constituye una auténtica excepción a la regla general de protección y cuando, como aquí sucede, se parte de una previa presunción legal que la atribuye al trabajo”. Para estas Sentencias, el consumo de alcohol no desvirtúa la condición de accidente de trabajo del siniestro, por lo menos en tanto en cuanto no se acredite con total certeza una directa relación de

(33) STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2004 (JUR 2004, 145633). En contra, el voto particular del magistrado Fernando Torremocha García Saenz para el cual “porque si bien LA SALA entiende haberse producido en siniestro mediando imprudencia, ésta no lo es de la suficiente entidad como para ser calificada como temeraria” aportando Sentencias, tan antiguas que el tiempo ha modificado, al haberse legislado en el campo de los accidentes de trabajo, así como en el propio de la circulación viaria, en orden a la permisividad de los índices de alcoholemia, que ciertamente deben ser traídos a las actuaciones, siquiera lo sea en términos de analogía.

(34) STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2000 (AS 2000, 773).

(35) STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994, 4957).

causalidad entre el accidente y el estado de intoxicación etílica del trabajador, de manera que el accidente pueda considerarse imputable a la conducta del mismo y al estado de embriaguez en el que se encontraba.

c) Resoluciones judiciales en los accidentes *in itinere* no de tráfico

En los accidentes *in itinere* no de tráfico, la presencia de alcohol en el individuo es tenida en cuenta por los Tribunales, relacionándola con la forma de producción del siniestro, a fin de dirimir si el consumo de aquél pudo conllevar la producción del siniestro, partiendo de la base de que la presunción *iuris tantum* del artículo 115.3 de la LGSS no juega en estos supuestos.

– De esta forma, no es accidente laboral el acaecido al trabajador que, tras salir de su domicilio para dirigirse al centro de trabajo para iniciar la jornada laboral, se cae por las escaleras del edificio donde vivía, sufriendo lesiones que le provocan la muerte, cuando al serle practicada la autopsia, se detecta una tasa de alcohol de 2 g/l de sangre, apreciándose por el juzgador una relación de causalidad directa y eficiente entre la caída y la ingesta de alcohol, dados los efectos que sobre el alcohol produce sobre el individuo cuando se superan concentraciones en sangre de 0,9 g/l, conforme a los estudios del Instituto Nacional de Toxicología³⁶. Y es que “el alcohol que consumió repercutía de forma notable en el nivel de conciencia, equilibrio y reflejos del trabajador, quedando en consecuencia demostrado el alto grado de contribución causal de la ingesta de alcohol en la caída del trabajador³⁷.”

– En esta línea, no se considera accidente laboral el del operario que junto sus compañeros bebe un lote de botellas de vino al finalizar la jornada y que pese a las advertencias de la gente cruza por una vía férrea por un sitio prohibido, existiendo un paso subterráneo, resultando atropellado y muerto por el tren, presentando en el análisis del Instituto Nacional de Toxicología la presencia de un grado de alcohol etílico de 1,60 gr/l, junto “a la presencia de morfina y codeína”³⁸.

– Tampoco es accidente laboral el del trabajador que es “localizado sobre las 18 horas del mismo día (hora habitual de inicio de su jornada, las 17 h 30 m) caído al pie de unas escaleras, cerca del ‘vestuario del personal y aseos’, sobre un charco de sangre ‘por hemorragia nasal y bucal’ y que ‘presentaba traumatismo en la cara por rotura de nariz’ (...)”,

(36) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 5196/2002, de 15 de julio, (AS 2002, 2883): “(...) la intoxicación derivada de la ingesta de alcohol determinaba una ‘interferencia en las capacidades del fallecido y en concreto en la incoordinación muscular, incremento del tiempo de reacción y decrecimiento de la respuesta sensorial’. Es decir, existía ‘una interferencia indiscutida en el patrón de reacción y coordinación visual-motriz (andar vacilante o titubeante y percepción concreta de distancias y obstáculos)’. Por tanto, hay plena constancia de que el alcohol que consumió repercutía de forma notable en el nivel de conciencia, equilibrio y reflejos del trabajador, quedando en consecuencia demostrado el alto grado de contribución causal de la ingesta de alcohol en la caída del trabajador.”

(37) STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 6 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3028), en un caso idéntico al anterior: caída de escaleras presentando un índice de alcohol en sangre de 2 g/l.

(38) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 870/2006, de 31 de enero (AS 2006, 1290).

constándose que “la causa de la muerte fue anoxia cerebral provocada por asfixia mecánica por sofocación. Apreciándose como resultado de aquellos análisis lo que se califica de ‘alta producción alcohólica’: valores en sangre tres con treinta y dos gramos por litro; y en orina impregnación de cuatro coma treinta (gramos por litro)³⁹.”

d) Un supuesto específico: los efectos de la detección de alcohol en el operario en el accidente de circulación

a’) La normativa de tráfico

En los accidentes de trabajo, ya sean *in itinere* o *in missio*, en los que el operario accidentado conduce un vehículo bajo los efectos del alcohol, existe un dato peculiar: la existencia de una normativa específica que limita, prohíbe, el manejo del vehículo bajo los efectos de determinados niveles de alcohol y, que además, atribuye ciertas consecuencias punitivas, ya administrativas, ya penales, al incumplimiento de tal prohibición.

Sin entrar en el análisis de la normativa de tráfico sí que es imprescindible exponerla. De este modo, conforme al artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE del 14), por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en la redacción establecida por el artículo 6, números 1 y 2, de Ley 43/1999, de 25 de noviembre:

“1. No podrá circular por la vías objeto de esta Ley, el conductor de vehículos o bicicletas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas”⁴⁰.

(39) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 3258/2001, de 18 de abril (AS 2001, 2313).

(40) “2. Todos los conductores de vehículos y bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación.

Dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la Autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos.

El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de las pruebas que realicen a la Autoridad judicial, a los órganos periféricos de la Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes.

3. Reglamentariamente podrán establecerse pruebas para la detección de las demás sustancias a que se refiere el apartado primero del presente artículo, siendo obligatorio el sometimiento a las mismas de las personas a que se refiere el apartado anterior.”

**SE HA ESTABLECIDO
UN IMPORTANTE
CUERPO REPRESIVO
RECIENTEMENTE
ENDURECIDO
CON LA LO 15/2003,
DE 25 DE NOVIEMBRE,
SANCIONÁNDOSE
PENALMENTE
LA CONDUCCIÓN BAJO
LA INFLUENCIA DE DROGAS
O BEBIDAS ALCOHÓLICAS**

Tasas que son precisadas, siguiendo un proceso de restricción continua, por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (BOE de 23 de diciembre), por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en su artículo 20, bajo la rúbrica “Tasas de alcohol en sangre y aire espirado”:

“No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro.

Cuando se trate de vehículos destinados al transporte de mercancías con una masa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales, los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro.

Los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro ni de alcohol en aire espirado de 0,15 miligramos por litro durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir.”

Partiendo de esa regulación restrictiva del consumo del alcohol y la conducción de vehículos, se ha procedido igualmente a establecer un importante cuerpo represivo, recientemente endurecido con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de aquellas conductas que transgreden la norma, sancionándose penalmente la conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas. Así, el artículo 379 del Código Penal, en la redacción de la Ley Orgánica⁴¹ citada, establece que:

“El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.”

Y el artículo 381 del mismo texto, en su párrafo segundo⁴², bajo la rúbrica “conducción con temeridad manifiesta” precisa:

“En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebi-

(41) Artículo único 133 (en vigor desde el 1 de octubre de 2004).

(42) Añadido por artículo único 134 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (en vigor desde el 1 de octubre de 2004).

La presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral

das alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos.”

El reproche social que merece la conducción bajo los efectos del alcohol, superando unas tasas que continuamente son reducidas, es evidente. La cuestión está ahora en calibrar el efecto que esa normativa tiene sobre el ámbito laboral. Y, más concretamente, en dilucidar si el mero hecho de superar las tasas de alcoholemia legalmente previstas en la normativa de circulación viaria, implica la concurrencia de imprudencia temeraria en la conducta del trabajador y, por ende, la desaparición del accidente de trabajo.

b') La postura de los Tribunales Superiores de Justicia

La contestación, en principio, no debe ser sino negativa; bajo el amparo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1999 la mayor parte, aunque no todos, de los Tribunales Superiores de Justicia han optado por no obviar automáticamente la existencia de accidente laboral en los accidentes de tráfico cuando el trabajador-conductor-accidentado supera los niveles legalmente permitidos, teniendo en cuenta habitualmente otras circunstancias concurrentes en el caso. En desarrollo de esta postura, se afirma que “siendo indudable que la mera conducción de vehículos automóviles por personas que hayan ingerido bebidas alcohólicas es desaconsejable y que trascendentes razones de prevención general hacen necesario el evitar que ello concorra con carácter general, por lo que se califica como imprudente y sancionable administrativamente la concentración de alcohol en sangre en relación con la actividad de conducción de vehículos a motor de 0,4, no lo es menos que no siempre que se supere dicho porcentaje, ha de calificarse la imprudencia como temeraria.”⁴³.

Sin embargo, ello no ha sido óbice, como tendremos ocasión de constatar, para que en otros supuestos la presencia de tasas de alcohol superiores a las legalmente previstas haya inclinado al tribunal a la admisión de la existencia de imprudencia temeraria y, por ende, a afirmar la inexistencia de accidente laboral.

Para intentar explicar con la mayor claridad posible la laberíntica casuística de los tribunales al respecto, agrupamos la posición de los tribunales de justicia en dos grupos: La doctrina de la ponderación de las circunstancias y la doctrina de la asimilación a la imprudencia penal. Sin embargo, no deben concebirse como doctrinas enfrentadas. De hecho, Tribunales que aparentemente se adscriben una u otra tendencia, utilizan, según el caso, argumentos propios de una u otra para llegar a lo que, sin duda, estiman como solución justa, en un interesante ejercicio de interpretación teleológica.

c') La doctrina de la ponderación de las circunstancias

Siguiendo la clásica doctrina del Tribunal Supremo de diferenciación de conceptos penales y laborales en torno a la caracterización de la imprudencia, se ha afirmado que

(43) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 6188/2004, de 9 de septiembre (JUR 2004, 290164), siguiendo los argumentos ya enunciados en las Sentencias núm. 3298/2000, de 10 de abril (AS 2000, 2161) y núm. 4710/2001, de 30 de mayo (AS 2001, 2603).

“La calificación de una conducta como imprudente en el ámbito penal no determina su calificación a efectos del proceso en el ámbito social, concepto en esta última de ‘imprudencia temeraria’”, “pese a coincidir con alguna pretérita tipología penal, pertenece a la categoría de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de definición normativa necesariamente imprecisa, cuyo alcance y significación específicos habrán de ser fijados a la vista de los hechos concretos”⁴⁴, admitiendo, por ejemplo, como laboral el siniestro del conductor de camión que presenta 1,29 gramos de alcohol etílico por litro de sangre.

La mera conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas puede ser demostrativa de una imprudencia simple, pero no necesariamente temeraria pues ello requiere la concurrencia de elementos adicionales de asunción consciente del riesgo temerario (exceso de velocidad desconsiderado, conducción en circunstancias especialmente peligrosas, etc.), que evidencien el “desprecio a la propia vida” del trabajador fallecido con ocasión del accidente.

Se concibe el consumo del alcohol como un factor más en el accidente, no el desencadenante. Así, se rechaza la existencia de imprudencia temeraria, pese a los altos niveles de alcohol en sangre –1,58 g/l– por no “haberse probado que esa concreta tasa fuera necesariamente expresiva de que su nivel de consciencia, equilibrio o reflejos estuviera alterado, sin que pueda presumirse, sin más, del hecho de que sobrepasara los niveles exigidos en materia de conducción de vehículos de motor; y, por otro lado, la forma en que se produce el accidente, la falta de iluminación en el tramo, la escasa velocidad a la que conducía el camión contra el que colisionó y el dato de que otro vehículo colisionara contra el del fallecido por la falta de visibilidad, hacen que su conducta no pueda estimarse temeraria, sino de imprudencia simple”⁴⁵.

Existen diversas Sentencias, referidas ya a accidentes *in itinere* o ya laborales sin calificativos por ocurridos en la carretera a profesionales del transporte, en las que se declara que, para excluir la consideración de accidente laboral, es necesario ponderar el resto de las circunstancias que concurren en el siniestro “(...) sin que sea admisible hacer una declaración general en el sentido de que la superación de los límites de alcoholemia del conductor, con independencia de toda otra circunstancia, determina la imposibilidad de calificar el accidente como laboral”⁴⁶. Una vez tomadas en consideración estas circunstancias, se dilucidará si las mismas han contribuido o no al accidente, o si ha sido la ingesta del alcohol y sus efectos sobre el individuo los que han determinado la contingencia⁴⁷.

(44) STSJ de Aragón, Sala de lo Social, núm. 1/2000, de 17 de enero (AS 2000, 121).

(45) STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2001 (AS 2001, 3053).

(46) STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 2158/2005, de 19 de diciembre (AS 2005, 3375).

(47) “Partiendo del relato fáctico de la sentencia recurrida se comprueba cómo en el caso analizado no concurren circunstancias especiales de tráfico, climatología, trazado de la vía, estado del vehículo, etc., que supusieran un especial riesgo y que pudieran concurrir como causas del accidente, sino que el mismo es debido a la conducción por parte del actor, la cual estaba mediatizada por la alta tasa de alcoholemia, que supera varias veces el límite legal y que además ha

Clarificadora de esta postura de negación de la concurrencia de imprudencia temeraria en los casos de presencia de índices de alcohol por encima de los niveles permitidos en la normativa de tráfico, es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 160/2006, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 2 de febrero (AS 2006, 634). El Tribunal, recogiendo a su vez diversas Sentencias que refrendan su posición, considera como accidente de trabajo el del conductor de camión que sufre siniestro de tráfico como consecuencia del cual fallece, arrojando la prueba de alcoholemia practicada al cadáver la presencia en sangre de 0,65 gramos de alcohol por litro. A pesar de admitir que se supera la tasa de alcohol permitida por la normativa de tráfico para la conducción de este tipo de vehículos⁴⁸, argumenta que:

“(…) sobre esta tasa en particular existen abundantes pronunciamientos de otras Salas de lo Social. Así, no se ha considerado relevante a efectos de excluir la consideración de accidente de trabajo la conducción de un vehículo con tasas de alcoholemia de 1,73 g/l [Aragón, Sentencia de 9 de octubre de 2003 (AS 2004, 1623), o de 2,89 g/l Cataluña, Sentencia de 15 de enero de 2004 (AS 2004, 1192), 1,78 grs g/l Cataluña, Sentencia de 23 de septiembre de 2003 (AS 2003, 3457), que cita otra del País Vasco de 22 de febrero de 2000 (AS 2000, 773); y otra de Madrid de 8 de junio de 2000 (UR 2000, 282976) con tasas de 1,99 g/l y 2,2 g/l respectivamente]. (…), no puede equipararse, sin otras consideraciones, infracción reglamentaria a las normas sobre circulación de vehículos de motor con el concepto de imprudencia temeraria a que se refiere el artículo 115.4.b) de la LGSS, sopesando los distintos pronunciamientos de otras Salas de lo Social, puede concluirse que la presencia de una tasa de alcoholemia de 0,65 gramos/litro no es lo suficiente

**NO PUEDE EQUIPARARSE
LA INFRACCIÓN
DE LAS NORMAS
SOBRE CIRCULACIÓN
DE VEHÍCULOS A MOTOR
CON EL CONCEPTO DE
IMPRUDENCIA TEMERARIA
A QUE SE REFIERE
EL ARTÍCULO 115.4.B)
DE LA LGSS**

sido reiterada. Es cierto que existió otro elemento de riesgo, que por sí mismo no desvirtúa que es la circulación a velocidad superior a la reglamentaria”, STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 2158/2005, de 19 de diciembre (AS 2005, 3375). En el mismo sentido, STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 1506/2006, de 2 de octubre (AS 2006, 3085), conforme a la cual “es preciso analizar las circunstancias específicas de cada caso en particular”. Idénticamente, distinguiendo entre la infracción a las normas de tráfico y la consideración de la presencia del alcohol a efectos de la consideración de accidente de trabajo: “Es evidente, que la conducción de vehículos automóviles por personas que hayan ingerido bebidas alcohólicas es desaconsejable, y que trascendentes razones de prevención general hacen necesario el evitar que ello concorra con carácter general, por lo que se califica como imprudente y sancionable administrativamente la concentración de alcohol en sangre en relación con la actividad de conducción de vehículos superando las tasas permitidas legalmente, mas ello no siempre que se supere dicho porcentaje, ha de calificarse la imprudencia como temeraria”, STSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 640/2006, de 18 de septiembre (AS 2006, 3428).

(48) Reglamento General de Circulación (RCL 1992, 219, 590), aprobado por Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, según la redacción dada al mismo por el Real Decreto 2282/1998, de 23 de octubre (RCL 1998, 2634 y RCL 1999, 201), establece una tasa de alcohol máxima general para los conductores de 0,5 gramos por litro y de 0,3 gramos por litro para conductores de vehículos como el que conducía el trabajador fallecido.

importante como para que opere la exclusión del mencionado artículo, habida cuenta de que, con carácter general la propia legislación reguladora de la materia considera que una tasa de 0,5 gramos/libro en un conductor normal, no implica alteración o deterioro de su capacidad de conducción y en consideración a ello, debe concluirse que el accidente de tráfico sufrido por el trabajador, en el que falleció cuando desempeñaba las funciones propias de su actividad, debe considerarse accidente de trabajo”.

Sin embargo, la aceptación plena de esta doctrina de la ponderación de las circunstancias, se suaviza en algunos casos de presencia de elevadas tasas de alcoholemia:

“Es evidente, que la conducción de vehículos automóviles por personas que hayan ingerido bebidas alcohólicas es desaconsejable, y que trascendentes razones de prevención general hacen necesario el evitar que ello concurra con carácter general, por lo que se califica como imprudente y sancionable administrativamente la concentración de alcohol en sangre en relación con la actividad de conducción de vehículos superando las tasas permitidas legalmente, mas ello no siempre que se supere dicho porcentaje, ha de calificarse la imprudencia como temeraria. Ahora bien, la altísima concentración por ingesta de alcohol en sangre detectada en el concreto caso aquí examinado, de 3,17 g/l, es notorio tuvo indefectiblemente que repercutir de forma notable en el nivel de consciencia, equilibrio y reflejos del trabajador, y por ello su contribución causal en el resultado está acreditada, exposición consciente al riesgo que merece calificarse de temeraria, impidiendo por ello la calificación de accidente laboral *in itinere*”⁴⁹.

d') La doctrina de la asimilación a la imprudencia penal

No obstante, la postura judicial no es unánime. La existencia de una normativa específica ha provocado que en otras Sentencias se aproximen los conceptos de imprudencia penal y temeraria laboral, haciéndoles equivaler. Así, se ha manifestado que el “(...) concepto de imprudencia temeraria no definido en el precepto legal de referencia; pero que necesariamente ha de relacionarse, más que con conceptos *iuscivilistas*, con conceptos acuñados por el Derecho Penal; hoy referible en el vigente Código Penal de 1995, a la imprudencia ‘grave’ (artículos 142, 152, 267, etc.) (acusada infracción del ‘deber de cuidado’, aceptación voluntaria del riesgo, violación de elementales normas de precaución, etc.)”⁵⁰. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sostenido que la conducción de un vehículo, superando los límites legales de presencia de alcohol en la sangre, descarta la existencia de accidente laboral puesto que al operario debe exigírsele “como a cualquier persona que se dispone a conducir un vehículo, hacerlo en las debidas condiciones, esto es, contando con capacidad, reflejos y facultades para ser dueño de la actividad que realiza al volante de un vehículo, y que haga previsible la aptitud, sino la idoneidad, mínima para

(49) STSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 640/2006, de 18 de septiembre (AS 2006, 3428).

(50) SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 3258/2001, de 18 de abril (AS 2001, 2313) y núm. 1875/2002, de 7 de marzo (AS 2002, 1565).

poder reaccionar frente a las incidencias del tráfico”, en caso contrario, basándose para ello en la normativa de tráfico⁵¹. Se utilizan, en suma, las tasas legales de la normativa de tráfico vigentes en el momento del siniestro como elemento de referencia para dilucidar la existencia o no de accidente laboral:

“Conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuya ingestión se concreta por el análisis de sangre efectuado según consta en el informe de la autopsia, en un resultado de 2,65 g de alcohol por 100 cc en sangre, implica un desprecio del riesgo de forma consciente y sabida, no se trata una falta de atención, de un descuido o de algo imprevisible. El porcentaje a partir del cual se considera sancionable administrativamente la concentración de alcohol en sangre en relación con la actividad de conducción de vehículos a motor es de 0,8 gramos por litro de sangre; siendo el ejercicio de la conducción bajo una ingesta de alcohol como la indicada o superior, unida a su influencia en la conducción, los elementos que configuran el tipo penal, contemplado en el artículo 379 del CP. Con ello queremos significar que a pesar de la gravedad de la calificación de temeridad, y lo que ello comporta, entendemos que si en algún caso ha de operar la exclusión de accidente laboral por concurrir temeridad es el supuesto de la intoxicación etílica”⁵².

Debe operar la exclusión del artículo 115.4º de la Ley General de la Seguridad Social “al existir un dato objetivo del grado de etanol en sangre, mientras se conduce un vehículo de motor y al no haberlo entendido así el Juez de instancia, procede la estimación del recurso lo que conlleva la revocación de la sentencia impugnada”⁵³, cuando “se acepta la comisión de un delito de riesgo y se asumen los peligros derivados de tal conducta”⁵⁴ sin que la “pericia de un conductor profesional de camiones y la confianza que el mismo tenga en su destreza”⁵⁵ obvien las negativas consecuencias del consumo excesivo de alcohol y la conducción.

(51) Reproducimos por su interés el argumento: “El artículo 12. del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, una serie de datos que nos concretan en qué consiste la exigencia a cualquier conductor. De una parte, establece la prohibición de circular, el conductor de vehículos, con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupeficientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas. En el artículo 11 las normas generales de la conducción dice ‘(...) los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos, (...) obligados a mantener su propia libertad de movimientos, el campo necesario de visión, y la atención permanente en la conducción (...) que garanticen su propia seguridad (...)’. En el artículo 9.2 (...) ‘en particular se deberá conducir con la diligencia y precaución necesaria para evitar todo daño, propio o ajeno (...)’.

La sentencia de instancia, en el ya mencionado fundamento tercero dice que no hubo una relación directa entre el accidente y la ingestión de alcohol, establece en el fondo la concurrencia de las causas, sin embargo entendemos que han de considerarse dos cosas una la prohibición legal de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo cual es conocido y entendemos exigible a todos cuantos se ponen al volante de un vehículo, y el dato objetivado del grado de etanol en sangre que se encuentra en el momento de la autopsia acreditativo del grado de intoxicación etílica del trabajador mientras estaba realizando esa actividad de conducción. De manera que la conducta de imprudencia temeraria se configura desde el momento en que el trabajador, en esa condición de embriaguez se pone al volante del ciclomotor”. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 3986/1997, de 30 de mayo (AS 1997, 1972).

(52) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 3986/1997, de 30 de mayo (AS 1997, 1972).

(53) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, , núm. 5797/2002, de 17 de septiembre (JUR 2002, 255216).

(54) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 5797/2002, de 17 de septiembre (JUR 2002, 255216).

(55) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 9752/2005, de 16 de diciembre (JUR 2006, 56371).

No deduzcamos, empero, que los Tribunales en los que aparece la tesis expuesta aceptan de forma indubitada la concurrencia de imprudencia temeraria cuando la tasa de alcohol en sangre del operario esté por encima de los niveles legales. Y, así, en otras Sentencias de los mismos órganos se matiza tal posición, afirmando que:

“La imprudencia temeraria del trabajador que excluye la calificación del accidente de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 115.4º, letra b), de la Ley General de la Seguridad Social, no sólo requiere la efectiva realización de una actuación gravemente imprudente por su parte, sino también y además, que concurra la necesaria y eficaz relación de causalidad entre esta actuación especialmente negligente y el resultado lesivo final, de forma que la ruptura por factores externos del nexo causal entre el accidente y la actuación del trabajador accidentado determina que no pueda quedar excluida aquella calificación.”

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña justifica tal postura en la concurrencia con una circunstancia ajena a la conducta del trabajador: el comportamiento irregular de otro conductor como causa eficiente del accidente, lo que obliga a la ponderación de las circunstancias concurrentes, resolviendo que las mismas se superponen al consumo de alcohol o drogas, relevando este factor a un elemento accesorio no determinante de la presencia de imprudencia temeraria en el operario, no siendo la “causa eficaz y exclusiva” del mismo, sobre todo cuando los índices de alcoholemia no se advierten como muy altos, y el trabajador-conductor no manifiesta alteraciones en su conducta, la cual se estima como “normal”⁵⁶.

Incluso más sorprendentemente, por su contradicción con otras decisiones, se sostiene que si bien la “mera conducción de vehículos automóviles por personas que hayan ingerido bebidas alcohólicas es desaconsejable y que trascendentes razones de prevención general hacen necesario el evitar que ello concurra con carácter general, por lo que se califica como imprudente y sancionable administrativamente la concentración de alcohol en sangre en relación con la actividad de conducción de vehículos a motor de 0,4, no lo es menos, que no siempre que se supere dicho porcentaje, ha de calificarse la imprudencia como temeraria. La ingestión de bebidas alcohólicas por el causante que conllevó la concentración de 1,78 g/l constituye sin duda una conducta imprudente, pero no implica una imprudencia de gravedad excepcional, contra todo instinto de conservación de la

(56) En el caso de la STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2006: conductor fallecido que “portaba en sangre una concentración de alcohol etílico y cocaína de 1,24 +? 0,03 g/l y 0,02 mg/ml”, considera el tribunal que “esta circunstancia no guarda relación de causalidad eficiente y eficaz con la producción del accidente, que tiene lugar al intentar esquivar la maniobra de un camión que intentaba cambiarse al carril de la autopista por la que circulaba correctamente el trabajador, que para evitar la colisión con el mismo efectúa una brusca maniobra hacia la izquierda y un posterior giro a la derecha para eludir el impacto contra la valla de protección, lo que provoca que atraviese la calzada y resulte finalmente alcanzado por el citado camión. Y es que los índices de presencia de alcohol no llegaban a alcanzar los niveles más altos que puedan considerarse exigibles para calificar como temeraria la conducción de vehículos de motor bajo los efectos de tales sustancias, parece que la sola y única actuación del accidentado hubiere sido la causa eficaz y exclusiva del accidente”.

vida y con clara conciencia del peligro, cual es la imprudencia temeraria a los efectos de pérdida de la condición de accidente de trabajo”⁵⁷.

e’) Algunas resoluciones judiciales en accidentes de tráfico

Expuestas las tesis, es de gran interés reproducir los supuestos de algunas Sentencias no detalladas específicamente con anterioridad a fin de intentar llegar a unas conclusiones mínimamente fiables, si ello es posible.

a”) Resoluciones a favor de la consideración de accidente laboral

Existe accidente de laboral en los casos de:

– Conductor de camión que conduce bajo los efectos de bebidas alcohólicas con 1,20 g/l en sangre por la ingesta de alcohol, sin que se demuestre que ello fuese la causa del accidente, no constando la velocidad a la que conducía el camión en el momento del siniestro. A pesar de que el atestado alude a una velocidad inadecuada, la valoración del equipo instructor no es compartida por el juez de instancia, puesto que no se concreta cuál era la posible causa del accidente y se hace referencia a otros datos más objetivos que pudieron dar lugar al accidente (curva peligrosa a la derecha, señal de peligro por pendiente prolongada del 6%, calzada mojada por lluvia intensa, luminosidad nocturna y sin iluminación artificial), hechos que llevan a reconocer la existencia de imprudencia pero no temeraria⁵⁸.

– Conductor de camión que se sale de la carretera por la cual circulaba a velocidad moderada, considerando la guardia civil que la salida se debió a un descuido. El Tribunal resuelve que si bien la tasa de alcohol detectada es importante –concentración de alcohol etílico en humor vítreo de 3,44 g/l– por sí misma no evidencia la temeridad “dada la variabilidad en la afectación de su ingesta, (...) el consumo de alcohol puede responder a un hábito, que no comprometía, en el sentir del conductor, su capacidad de control de la conducción”⁵⁹.

**LA IMPRUDENCIA
TEMERARIA DEL
TRABAJADOR QUE EXCLUYE
LA CALIFICACIÓN DE
ACCIDENTE DE TRABAJO
NO SÓLO REQUIERE UNA
ACTUACIÓN GRAVEMENTE
IMPRUDENTE, SINO
TAMBIÉN LA NECESARIA
Y EFICAZ RELACIÓN
DE CAUSALIDAD**

(57) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Única, núm. 5656/2003, de 23 de septiembre (AS 2003, 3457).

(58) STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 331/2006, de 22 de marzo (JUR 2006, 137426).

(59) STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección Tercera, núm. 982/2005, de 19 de septiembre (AS 2005, 3289).

– Operario que empotra su vehículo contra la trasera de un camión falleciendo, en un tramo de curva amplia y ascendente y sin iluminación en la zona, apreciándose un nivel de alcohol en sangre de 1,58 g/l⁶⁰.

– Operario que, conduciendo durante su jornada laboral la furgoneta de la empresa, se sale de la autopista y colisiona con otros vehículos, presentando un índice de alcoholemia de 0,85 gramos de alcohol por cada 1.000 cc de sangre. El Tribunal analiza las circunstancias concurrentes concluyendo que “La imposibilidad de determinar la intención del trabajador al realizar la maniobra y, consiguientemente, las causas por las que en su ejecución perdió el control del vehículo, impiden otorgar un valor determinante a efectos de destruir la relación de causalidad a circunstancias tales como el estado de calzada, que se encontraba mojada por la lluvia, o la conducción bajo la influencia del alcohol, con una tasa superior al límite legal, que no llegaba a un gramo por litro de sangre, ni tampoco a la falta de utilización del cinturón de seguridad, que en todo caso no aparece asociada a un mayor riesgo de sufrir el accidente, sino a la lesividad derivada del mismo.”⁶¹.

– Conductor de un camión con semirremolque que, al introducirse en una curva sinuosa, comenzó a invadir el carril del sentido contrario, cayendo sobre la cuneta, arrastrando el semirremolque, a pesar de los esfuerzos del conductor, a la cabeza tractora que vuelca, produciéndose la muerte del operario. Se considera accidente laboral, pese a una tasa de alcohol etílico en sangre de 1,70 g/l y una tasa de alcohol etílico en humor vítreo de 2,21 g/l, al resolver que no existe dato alguno “ni siquiera indiciariamente, que a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas el operario tuviese alterada su capacidad de atención, concentración, reacción o percepción” y de ir a exceso de velocidad, sobrepasando “aproximadamente un 33%”, estimándose que “no puede considerarse como una imprudencia temeraria en cuanto que no constituye un desprecio absoluto del riesgo sino una mera infracción reglamentaria carente de la entidad precisa para calificarlo como excepcionalmente grave”⁶².

– Operario que no observó la señal de stop y que presenta un tasa de alcoholemia de 0,8. Para el Tribunal “no hay ninguna otra circunstancia para calificar esta inobservancia reglamentaria de temeraria, máxime si se tiene en cuenta que la misma se produce dentro de la ciudad de Vigo y, por ende, en lugar donde múltiples solicitudes requieren la atención del conductor y hace más fácil que pase inadvertida la señal”, además, de existir una serie de obstáculos, vegetación, que dificultaban la visión, por lo que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo “la imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso y esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del juzgador en cada caso concreto para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad, y teniendo en cuenta que la tasa de alcohol era muy baja, incluso que era la permitida hasta hace relativamente poco

(60) STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2001 (AS 2001, 3053).

(61) STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 2061/2005, de 13 de septiembre (AS 2005\3264).

(62) STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, núm. 907/2004, de 28 de diciembre (JUR 2005, 65776).

tiempo, constituiría una mera infracción de norma de tráfico pero no supone una imprudencia temeraria”⁶³.

b”) Resoluciones que niegan la existencia de accidente de trabajo en accidente de tráfico ante la presencia de alcohol en el operario

Frente a los supuestos expuestos en el apartado anterior, en situaciones que en alguna ocasión es difícil de distinguir de los anteriores, no es accidente laboral:

– Conductor de camión que, presentando una elevada tasa de alcoholemia –1,26 gr/l–, y habiendo estado en tratamiento médico por alcoholismo en octubre de 2003, sufre accidente por exceso de velocidad, con antecedentes, además, de delitos de conducción por la ingesta de bebidas alcohólicas⁶⁴.

– Conductor de camión que, circulando a 110 Km/h en un tramo de una carretera nacional sin especial dificultad, se sale de la misma, falleciendo a consecuencia del choque consiguiente, detectándose alcohol etílico en la sangre en una concentración de 2,89 g/l. Para el Tribunal: “de excluir la cobertura del riesgo de accidentes de trabajo es necesario que se trate de una imprudencia de tal gravedad que notoriamente revele la ausencia de la más elemental precaución sometiéndose el trabajador de forma inmotivada, caprichosa y consciente a un peligro cierto”, “constituye una imprudencia temeraria conducir y circular con ese grado, atendiendo a las circunstancias concurrentes referidas” –el operario había dormido poco la noche anterior al accidente–⁶⁵.

– El accidente del trabajador, conductor de un camión que sufre un siniestro en una carretera nacional de mañana, con adecuadas condiciones climatológicas y con carretera en buen estado, circulando a velocidad superior a la permitida, presentando tasa de alcohol etílico en sangre de 1,26 gr/l, habiendo estado el trabajador en tratamiento médico por alcoholismo en octubre de 2003 y poseyendo antecedentes penales al haber sido condenado en varias ocasiones como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor⁶⁶.

– Fallecido con tasa de alcohol en sangre de 130 mg, que una vez concluida su jornada laboral se dirige a su casa, conduciendo una motocicleta a una velocidad moderada, sin signos aparentes de embriaguez, cuando al cruzarse con un cliente del establecimiento donde trabajaba, efectuó un giro a la izquierda, y una furgoneta que circulaba entre 60 y 70 km/h, lo arrolla⁶⁷.

(63) STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 3240/2003, de 23 de octubre (JUR 2004, 140023).

(64) STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, Sección Primera, de 19 de diciembre (AS, 2005, 3375).

(65) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 188/2004, de 15 de enero (AS 2004, 1192).

(66) STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 2158/2005, de 19 de diciembre (AS 2005, 3375).

(67) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 1875/2002, de 7 de marzo (AS 2002, 1565).

– Conductor de camión articulado que, conduciendo a una velocidad en 60% superior a la permitida –132 km/h sobre 80 km/h– y, presentando un índice de alcohol en sangre de 1,94 gramos por litro, adelanta en una zona peligrosa sufriendo una colisión: “ (...) la apreciación de la imprudencia profesional debe ser descartada, pues cualquiera que sea la pericia de un conductor profesional de camiones y la confianza que él mismo tenga en su destreza existen dos hechos absolutamente rechazados por los usos profesionales y la legislación vigente⁶⁸.

– Conductor de camión que presenta elevados niveles de tasa de alcohol en sangre –2,37 gramos de alcohol por litro de sangre–, conduciendo a velocidad excesiva, entra en una curva a una velocidad que supera prácticamente en un 50% la máxima permitida (60 km/h) en el tramo de vía, saliéndose de la carretera y falleciendo en el siniestro⁶⁹.

– Incluso, despreciando las circunstancias concurrentes que pudieron propiciar al accidente y que supusieron que el Juez de instancia declarase la existencia de accidente laboral, el Tribunal en suplicación rechaza la existencia de accidente laboral en la colisión del trabajador de un operario de una brigada de basuras que al volver a su domicilio en ciclomotor se estrella con un contenedor de obras, que no contaba con autorización para su ubicación en dicho lugar, de color marrón, oxidado y sin señalización alguna, de difícil visibilidad, dado además que el alumbrado público no funcionaba en ese momento, circulando, en principio correctamente en el carril derecho de una carretera de tres carriles por la presencia de 2,65 g de alcohol por 100 cc en sangre⁷⁰.

– Conductor de turismo que conduce en zigzag, llegando a invadir el carril contrario y colisionar frontalmente, presentando 3,55 g por litro de “grado de alcoholemia que explica perfectamente la forma de conducir apreciada y perfectamente descrita por el conductor del vehículo”⁷¹.

– Operario que, tras finalizar su jornada laboral como Jefe de Taller, se dirige, sobre las 21,30 horas, hacia su domicilio habitual, conduciendo su turismo se introduce en un tramo curvo hacia la derecha, de reducida visibilidad y con cambio de rasante a velocidad superior a la permitida, perdiendo el control del coche que tras dar varios bandazos y golpear en el lateral trasero de un vehículo que circulaba en dirección contraria se sale de la calzada, yendo a golpear contra una alcantarilla y empotrándose finalmente en una acequia, falleciendo como resultado del golpe. Practicado análisis de sangre en el Instituto Nacional de Toxicología, dio como resultado la concentración de etanol en sangre de 1,85 g/l. No existe accidente laboral puesto que el “grado de hemoconcentración excede con mucho de la tasa administrativamente permisible para la conducción de ve-

(68) STSJ de Murcia, Sala de lo Social, núm. 510/2002, de 29 de abril (AS 2002, 2176).

(69) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 9752/2005, de 16 de diciembre (JUR 2006, 56371).

(70) STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 3986/1997, de 30 de mayo (AS 1997, 1972).

(71) STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 281640).

hículos de motor (...), unido a una conducción notoriamente desatenta”⁷².

C) La prueba de la presencia del alcohol en el operario en el litigio sobre la determinación del accidente laboral

Nunca se presume que un accidente de trabajo tiene causa en la imprudencia extraprofesional del trabajador. Y es que, sea cual sea la postura de los Tribunales hay un lugar común: la imprudencia del trabajador debe ser demostrada para que opere como factor excluyente de la consideración de accidente laboral. Tesis derivada de la presunción a favor de la existencia de accidente laboral inserta en el artículo 115.4 de la LGSS, pero que también se ha extendido a aquellos accidentes in itinere donde tal presunción no juega.

En principio, la prueba de la presencia de alcohol en el operario mediante las técnicas y análisis al uso ha sido refrendada por los Tribunales. Afirmándose la insuficiencia de informes médicos que hagan referencia a la existencia de intoxicación etílica sin el aval de los test o análisis necesarios⁷³, o la inutilidad de la afirmación de ingesta alcohólica como motivadora de caída en altura desde andamio sin determinación del grado⁷⁴. De esta forma, se concluye que no queda “acreditado el que condujera bajo los efectos de bebidas alcohólicas (no se le hizo el test de alcoholemia, ni el atestado de la Policía Local hace alusión a la misma)” cuando tal dato sólo aparece referido en el informe médico de la UCI y, desconocida igualmente la tasa de alcoholemia en sangre⁷⁵. Sin embargo, tan tajante solución no es unánime y, en algún caso, se rechaza que el único medio probatorio para determinar la ingesta de alcohol por el trabajador sea la realización de los correspondientes test o análisis clínicos. Así el Tribunal Superior de Justicia de Galicia revoca la sentencia de instancia, procediendo a declarar la inexistencia de accidente laboral en el supuesto de operario al que no se admite en obra por oler a alcohol, por no poder sostenerse según la declaración testifical del encargado y que

**NUNCA SE PRESUME
QUE UN ACCIDENTE
DE TRABAJO TIENE CAUSA
EN UNA IMPRUDENCIA
EXTRAPROFESIONAL
DEL TRABAJADOR**

(72) STSJ de Aragón, Sala de lo Social, núm. 1062/2000, de 6 de noviembre (JUR 2001, 47433).

(73) Frente a las alegaciones de la Entidad Gestora se desestima la existencia de imprudencia temeraria en un accidente in itinere de tráfico al no haberse acreditado ésta, “ya que la existencia de indicios de una posible conducta temeraria no llevan al pleno convencimiento de su existencia y para llegar a una conclusión determinante de la exclusión de la presunción de accidente de trabajo”, requiriéndose una “prueba plena el trabajador a su ingreso es valorado por el servicio de traumatología, apreciándose una intoxicación etílica, con feto etílico”, STSJ de Asturias, Sala de lo Social, Sección Única, núm. 64/2003, de 10 de enero (JUR 2003, 108534).

(74) STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, núm. 82/2000, de 2 de enero (AS 2000, 1250).

(75) STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, núm. 4683/2002, de 12 de diciembre de 2003 (JUR 2003, 54056).

inmediatamente coge el vehículo para después sufrir un accidente, no habiéndose efectuado análisis alguno sino nueve días después en cuanto que la intervención médica se dirigió exclusivamente a salvarle la vida⁷⁶.

Lo que sí es aceptado comúnmente es la legitimidad de las pruebas de alcoholemia y su aportación al proceso laboral, sobre la base de la jurisprudencia constitucional.

“(…), dado el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas de detección alcohólica que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal y, en consecuencia, que el resultado de las que se practiquen puedan ser tomadas en consideración como prueba en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones. Existe también la habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas y, por tanto, para la evaluación y toma en consideración de sus resultados, puesto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el ‘cuerpo del delito’, entendiendo por tal ‘las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida’ y el propio Tribunal Constitucional ha declarado que al amparo de esas normas la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma (Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre). De otro lado, en relación con la práctica de estas medidas, debe recordarse que la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, está expresamente prevista en una norma con rango de Ley, los artículos 12 y 65 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo”⁷⁷.

IV. CONCLUSIÓN

Ni siquiera una la lectura pausada y ponderada de las resoluciones judiciales reseñadas nos permite presentar una serie de conclusiones medianamente claras más allá de lo expuesto. La pragmatidad de la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo tiene como fin asegurar una solución justa en cada momento, dejando al sentido común de los Tribunales y Jueces la apreciación de las circunstancias que inciden en cada caso.

(76) STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, de 22 de junio de 2005 (JUR 2005, 191533).

(77) STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 2158/2005, de 19 de diciembre (AS 2005, 3375).

Pero esta doctrina puede derivar en sus términos más ortodoxos, como puede comprobarse comparando las resoluciones incluidas en unos y otros apartados, en resoluciones judiciales sencillamente antagónicas.

El enjuiciamiento conjunto de las circunstancias del caso a efectos de la valoración del peso de unas u otras en la actualización del accidente es una tesis razonable pero llevada a ciertos extremos y sin la labor correctora del Tribunal lleva a situaciones difíciles. Igualmente razonable es no trasladar sin más las tasas e índices de un sector de ordenamiento distinto, el de tráfico, para dotarlas de efectos que van más allá de los previstos en esa normativa; pero tampoco es admisible el uso de los mismos argumentos, científicos o jurídicos, de forma sumamente para justificar una decisión y la contraria.

En suma, no cabe la abdicación por parte del Tribunal Supremo de su labor unificadora en las situaciones de claro contraste, obviando la profunda injusticia de admitir resoluciones antitéticas sobre hechos parejos, presentando ante el ciudadano común y al especialista un sistema jurídico no fiable, al par de las convicciones personales o filosóficas del juzgador, ni siquiera ligado a la doctrina anglosajona del precedente judicial.

La aplicación en España de las normas comunitarias sobre la participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea y en la sociedad cooperativa europea

M^a CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ

Profesora colaboradora Doctora
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

Resumen

La aplicación en España de las normas comunitarias sobre la participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea y en la sociedad cooperativa europea

La implicación de los trabajadores en las sociedades europeas (bajo la forma de sociedades anónimas y de sociedades cooperativas) con domicilio social en España, fue regulada hace un año por la Ley 31/2006, que transpone simultáneamente dos Directivas Comunitarias gemelas sobre la materia. Desde su entrada en vigor deviene obligatorio determinar el grado de implicación de los trabajadores en

el estatuto jurídico de la nueva forma empresarial comunitaria. Resulta por ello imprescindible conocer lo que es exigible en aplicación de la norma, si define modelos de participación auténtica o tan sólo delega en la autonomía colectiva la decisión acerca del mismo tras constituirse como norma de mínimos, así como valorar su incidencia global sobre nuestro Derecho.

Abstract

The application in Spain of the community norms on the participation of the workers in the european stock company and in the european cooperative company

The implication of the workers in the European Companies (under the form of Stock Companies and of Cooperative Companies) with social

address in Spain, was regulated one year ago by the Law 31/2006 that transposes simultaneously two twin Community Directives on the matter.

From its coming into effect becomes obligatory to determine the grade of the workers' implication in the juridical statute in the new community managerial form. It is for it indispensable to know what is exigible in application of the norm,

if it defines models of authentic participation or it delegates in the collective autonomy the decision about it after being constituted as norm of minima, as well as to value the global incidence on our Law.

Sumario:

I. Orígenes de la regulación y significado de la misma. II. Concepto de “implicación” de los trabajadores y su realización. III. Procedimiento de negociación de los acuerdos sobre implicación de los trabajadores y resultados posibles. IV. Las disposiciones subsidiarias revelan el modelo de implicación. V. Los acuerdos que definen el modelo de implicación de los trabajadores. VI. Bibliografía.

I. ORÍGENES DE LA REGULACIÓN Y SIGNIFICADO DE LA MISMA

La creación de una nueva forma de empresa, la Sociedad Europea (en adelante, SE), caracterizada por un régimen jurídico propio comunitario, que nace con la idea de superponerse a la articulación entre las distintas legislaciones societarias nacionales en las que existan centros de trabajo siempre que se opte por la constitución de tal tipo de empresa, refuerza la consolidación del nivel comunitario de actuación empresarial y supone el reconocimiento del escenario real en el que se ejercitan los derechos propios de la ciudadanía europea en una de sus dos facetas posibles en el ámbito laboral, como trabajadores o como empresarios¹.

(1) Para una primera aproximación a la materia véase MTAS, “El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea centra la atención”, *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, núm. 88, 2002, págs. 43-48; Gianni ARRIGO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *RMTAS*, núm. 52, 2004, págs. 13-30. Por su parte, BERNDT KELLER, “The European company statute: employee involvement-and beyond”, *Industrial Relations Journal*, volume 33, núm. 5, diciembre 2002, págs.

En nuestro ordenamiento jurídico, el régimen de aplicación para la SE viene constituido por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, y la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas². Son las normas que adecuan nuestra legislación a la normativa europea de origen, consistente en la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, y la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, que complementan, respectivamente, al Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y al Reglamento (CE) núm. 1435/2003, de 22 de julio, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea³.

La técnica ha consistido en que sobre cada una de las dos posibles formas de constitución de la SE previstas en los dos Reglamentos antes mencionados, como sociedad anónima o como sociedad cooperativa, se han adoptado reglas específicas acerca de la implicación de los trabajadores mediante dos Directivas gemelas, que precisan una transposición simultánea debido a que requieren una actuación conjunta y coordinada en los países de la Unión Europea (UE) y del Espacio Económico Europeo (EEE) a los que extiende su aplicación, tal y como indica la Exposición de Motivos de Ley 31/2006 (punto II)⁴. No se ha procedido en este sentido en otros países europeos. Asimismo sobre el proceso de transposición en otros Estados miembros, la Directiva 2001/86 a la fecha de enero de 2007 había sido transpuesta en los 25 Estados miembros y en los tres firman-

**LA SOCIEDAD
COOPERATIVA EUROPEA
SE CARACTERIZA
PORQUE TIENE SU
CAPITAL DIVIDIDO
EN PARTICIPACIONES.
TANTO SU NÚMERO
DE SOCIOS COMO
SU CAPITAL SERÁN
VARIABLES**

435-436, se plantea si hoy en día, cuando existe la Unión Económica y Monetaria, están las empresas nacionales más interesadas en establecer SE que antes, cuando había una diversidad de regímenes que tenían que coexistir en la UE. Considera que el interés en la SE va a ser menor que en los CEUs. Como estudio en profundidad sobre la materia véase Eva, GARRIDO PÉREZ, "La Sociedad Europea: un nuevo impulso y una nueva posibilidad para la participación de los trabajadores en las empresas", en *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Antonio Baylos Grau (coordinador), Editorial Bomarzo, 2004.

(2) BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005, p. 37303-37308, y BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006, p. 36302-36317, respectivamente. La Disposición Final Tercera de la Ley 31/2006 señala que mediante la misma se incorporan al Derecho español ambas Directivas.

(3) Normativa comunitaria de origen publicada en DOCE núm. L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 22-32 y DOUE núm. 207, de 18 de agosto de 2003, p. 25-36 (sendas Directivas); DOCE núm. L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1-21, y DOUE núm. 207, de 18 de agosto de 2003, p. 1-24 (en lo que se refiere a sendos Reglamentos).

(4) M^a Cristina AGUILAR GONZÁLEZ, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, 2006, págs. 369-370, acerca de las similitudes y diferencias en la regulación que ofrecen ambas directivas.

tes del Espacio Económico Europeo (EEE), con la excepción de los dos nuevos Estados, Rumanía y Bulgaria. Los primeros Estados miembros en proceder a la transposición, por orden, fueron Dinamarca, Hungría, Islandia, Suecia, Austria, Eslovaquia, Bélgica, Reino Unido, Malta y Alemania (esta última ya fuera de plazo, al igual que Chipre, ambos en diciembre de 2004); es de destacar la rapidez con la que procedieron dos de los tres Estados con una tradición participativa más elevada, y en sentido contrario la del Reino Unido, así como la de algunos de los nuevos Estados miembros. Mientras que en relación a la Directiva 2003/72, a principios de abril de 2007 faltaba la notificación en los siguientes Estados miembros: Bélgica, Grecia, Italia, Irlanda, Francia, y de los Estados pertenecientes al EEE, faltaban Islandia y Liechtenstein. Transpusieron en plazo: Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Alemania, Noruega, Austria, Polonia, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Reino Unido.

La norma española de transposición resultante, común como decimos, ya se constituya bajo la forma de una sociedad anónima europea o de una sociedad cooperativa europea, con la salvedad de las particularidades expuestas en la Disposición Adicional Segunda de la Ley, fue sometida a la consideración de los interlocutores sociales españoles más representativos, en un ejercicio, cada vez más natural, del diálogo social como instrumento de búsqueda de consenso, en aplicación práctica del objetivo comunitario de la buena gobernanza, y respondiendo a los compromisos asumidos por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT en 2004 con la firma de la “Declaración para el diálogo social: competitividad, empleo estable y cohesión social”⁵.

Como vemos, la SE puede adoptar dos formas societarias distintas. Se constituirá como sociedad anónima europea, con personalidad jurídica propia, bajo la forma de sociedad de capital por acciones, respondiendo cada accionista sólo hasta el límite del capital que haya suscrito, y con un capital mínimo de 120.000 euros (artículo 1, puntos 2 y 3 del Reglamento CE núm. 2157/2001).

Por su parte la sociedad cooperativa europea (SCE) se caracteriza por que tiene su capital dividido en participaciones. Tanto su número de socios como el capital serán variables. Cada socio sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, debiendo en el primer supuesto terminar la denominación de dicha SCE con la mención “limitada”. Goza de personalidad jurídica y tiene por objeto principal “la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios, en particular, mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios, o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza; o bien, la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento de su participación en actividades económicas, en el modo mencionado, en una o más SCE o sociedades cooperativas nacionales”. La SCE podrá llevar a cabo sus actividades a través de una filial (artículo 1, puntos 2, 3 y 5 del Reglamento CE núm. 1435/2003).

(5) Punto IV de la Exposición de Motivos de la ley española de transposición.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

La razón de ser de este estudio nace de la innovación comunitaria y, por ende, de la que en principio cabe esperar para cada una de las legislaciones nacionales del ámbito de la UE y delEEE, que conlleva el que, dentro del estatuto jurídico propio de cada Sociedad Europea que se constituya, haya de figurar como elemento obligatorio el grado de implicación de los trabajadores en las decisiones empresariales (artículo 1 de la Ley 31/2006). Precisamente ha sido esta obligación la que, estando presente desde los primeros proyectos reguladores de esta nueva forma jurídica empresarial, generó controversias tales que causaron un retraso en la adopción de la norma⁶. Dichos desencuentros partieron incluso desde los propios interlocutores sociales: UNICE (ahora BusinessEurope) se oponía a la introducción a nivel comunitario de una regulación acerca de la participación de los trabajadores, sin admitir ni siquiera un mínimo de reglas estándar; por el contrario, la CES consideraba necesaria una regulación obligatoria para evitar el *dumping* social⁷.

En cuanto al contenido de la regulación, resultaba complejo decantarse por un modelo participativo u otro, siendo tan diversos en los ámbitos nacionales comprendidos en el territorio comunitario. El nivel más desarrollado de participación de los trabajadores es representado por excelencia por el modelo alemán de cogestión; al extremo contrario figura el modelo británico⁸. En el panorama europeo los modelos en los que la participación era un elemento consolidado en su sistema de relaciones industriales (Alemania, Dinamarca y Austria) temían una rebaja de dicho nivel con tal proyecto de regulación, a lo que respondió la Directiva indicando que “sin reducción de los derechos y prácticas existentes en las empresas participantes en su constitución” (tal y como refleja, no podía ser de otro modo, la ley española de transposición en su Exposición de Motivos); mientras que en los que no era prioritaria la participación (Reino Unido e Irlanda) su preocupación era la posible imposición de sistemas más desarrollados⁹.

(6) La Exposición de Motivos de la ley de transposición hace mención de los más de treinta años de deliberaciones para adoptar el Reglamento. Sobre sus antecedentes véase Belén GARCÍA ROMERO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Civitas*, núm. 113, 2002, págs. 683-686; BERNDT KELLER, “The European company statute: employee involvement-and beyond”, *opus citada*, págs. 425-428, y EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, “European Cooperative Society nears adoption”, www.eiro.eurofound.ie/2003/06/InBrief/EU0306201N.html. Fernando VALDÉS DAL-RE, “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario”, *Relaciones Laborales*, tomo I, 2003, pág. 152, refleja los cambios en el modelo de participación de los trabajadores en las distintas propuestas.

(7) Son dos de los interlocutores sociales interprofesionales europeos: UNICE es la Unión de Industrias de la Comunidad Europea que desde enero de 2007 ha pasado a denominarse BUSINESSEUROPE, la Confederación de Empresas Europeas (“The Confederation of European Business”/“La Confédération des entreprises européennes”, www.business-europe.eu); CES es la Confederación Europea de Sindicatos (www.etuc.org). Promover la participación de los trabajadores ha sido considerado por la CES como uno de los objetivos en su XI Congreso celebrado en Sevilla en mayo de 2007, tal y como reflejan en su “Manifiesto de Sevilla”.

(8) Señala Belén GARCÍA ROMERO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *opus citada*, pág. 686, que en Alemania la participación de los trabajadores en los órganos de algunas sociedades puede alcanzar hasta el 50%; siendo la regla mayoritaria en los restantes países un tercio. Jesús MERCADER UGUINA, “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la constitución europea como telón de fondo”, *Revista del MTAS*, núm. 57, 2006, pág. 294, expresa la intención de ofrecer un modelo integrado y cooperativo de relaciones laborales a nivel europeo que a la vez preserve el respeto de los sistemas de participación que la tradición social europea ha ido creando.

(9) Edurne, TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *Relaciones Laborales*, núm. 22/2006, págs. 81-83, describe los distintos grados de participación, ordenados de menor a mayor: la información participativa de los representantes de los trabajadores, la información y consulta, la autogestión y la cogestión real. Remitimos asimismo a Antonio ARAGÓN SÁNCHEZ, *La participación de los empleados en la empresa: factores condicionantes para la gestión y resultados*, CES colección Estudios, 1998, págs. 49-53, acerca de las formas de la participación legislada o formal (el control obrero, la cogestión y la autogestión, y el cooperativismo).

En la búsqueda de una solución intermedia, que respetase el sistema tradicional nacional e impulsase a la vez los derechos de participación, la negociación colectiva a nivel de empresa se presentó como la vía adecuada. Y una negociación que habría de partir del respeto, como veíamos, de los derechos y prácticas existentes en las empresas que dan origen a la nueva forma societaria, lo que supone la garantía de la protección de los derechos adquiridos por los trabajadores en la implicación en las decisiones de la empresa: el conocido como principio de “antes-después”¹⁰.

La primera norma comunitaria que innovó en materia de participación de los trabajadores fue la Directiva 94/45, de 22 de septiembre, sobre 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 comunitaria (en adelante, Directiva CEU). Guarda similitudes con las normas que generan la ley española de transposición objeto de estudio, hasta tal punto que se pronuncian sobre la exclusión en su aplicación por incompatibilidad entre ambas (considerando núm. 14 de la Directiva 2001/86); para empezar, regula en un escenario ya no estatal sino comunitario, exigiendo en las empresas incluidas en su ámbito de aplicación dicha dimensión y definiendo en qué consiste la misma (han de tener, como mínimo, dos centros de trabajo o dos empresas pertenecientes al grupo en dos Estados miembros diferentes). Su finalidad era crear un órgano representativo de los trabajadores o un mecanismo que les permitiera intervenir en la gestión de la empresa en los dos primeros niveles en los que la implicación puede materializarse: la información y la consulta. Y para ello será la autonomía colectiva la vía preferente de constitución, ofreciendo tan sólo la Directiva unas disposiciones subsidiarias aplicables en caso de ausencia de regulación colectiva o si así lo decidieran las partes, absteniéndose de negociar¹¹.

Las Directivas que nos ocupan, que dan lugar a la norma española de transposición objeto de estudio (en adelante, Ley 31/2006), coinciden en la aplicación del criterio transnacional descrito, puesto que para la constitución de estos nuevos tipos societarios deben preexistir, como mínimo, dos personas jurídicas en el caso de la SE o varias personas físicas, sociedades o cooperativas en el supuesto de la SCE, con residencia en dos Estados miembros. Asimismo conceden la prioridad a la autonomía colectiva en la regulación de las reglas de implicación de los trabajadores que regirán en la SE, limitándose a establecer unas disposiciones mínimas que establece uno de los sistemas posibles: la creación de un

(10) Resulta de la combinación de los Considerandos núm. 8, sobre preferencia de la autonomía colectiva, y 11 de la Directiva, que prevé el establecimiento de requisitos estándar. El principio de “antes-después” está enunciado en el Considerando núm. 3. Véase, al respecto, Fernando VALDÉS DAL-RÉ, “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario”, *opus citada*, págs. 160-162.

(11) DOCE L 254, de 30 de septiembre. En opinión de TIZIANO TREU, “Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni tra istituzioni e parti sociali”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 4-1998, pág. 432, ni siquiera los éxitos de la Directiva CEU ayudaron al desarrollo de los proyectos de sociedad europea que suponen formas más intensas de participación de los trabajadores en la vida de la empresa. Coincide con Gianni ARRIGO, “La dimensione europea dell’impresa”, *Il Progetto*, núm. 69, mayo-junio 1992, pág. 20, al considerar que la participación, información y consulta de los trabajadores aparece ligada en el ámbito comunitario tanto a la política social como al Derecho societario. Sobre esto último Jesús MERCADER UGUINA, “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *opus citada*, pág. 295, señala que los efectos del incumplimiento de esta Directiva van más allá del ámbito de lo social y entran dentro del Derecho de sociedades.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

órgano de representación de los trabajadores. La diferencia estriba en que incorporan el posible desarrollo de la implicación transnacional de los trabajadores a un nivel más evolucionado que en los CEUs: la participación de los trabajadores.

El sistema de implicación resultante para la nueva forma societaria trae su origen más directo del informe final del grupo de expertos Davignon (1997), según el cual la SE tendrá el nivel de participación de los trabajadores que ella misma decida por acuerdo, y sólo en el supuesto en que la negociación no concluya en acuerdo serán de aplicación unas “disposiciones de referencia” o reglas subsidiarias previstas a nivel obligatorio¹². Como vemos, el esquema de la Directiva CEU se repite y su puesta en práctica ofrece la experiencia necesaria para el desarrollo de un modelo participativo original y respetuoso con la autonomía colectiva y las tradiciones empresariales.

En cualquier caso estamos en presencia de una empresa europea, cuya constitución bajo la forma de sociedad anónima es posible desde el 8 de octubre de 2004, fecha en la que entró en vigor el Reglamento que prevé sus formas de constitución, o bien desde el 18 de agosto de 2006 si lo hace como sociedad cooperativa, fecha en la que concluyó el plazo de transposición de su Directiva reguladora, a la que le es de aplicación una legislación comunitaria específica que evita la necesaria adaptación en su funcionamiento a la legislación de cada Estado miembro en el que tuviese una filial, tal y como refleja la Exposición de Motivos (punto II) de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.

En nuestro ordenamiento esta nueva forma empresarial europea ha generado múltiples normas, específicas en el caso de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que supone la aplicación en nuestro país del Reglamento (CE) núm. 2157/2001, (que añadió un Capítulo, el XII, bajo el título “De la sociedad anónima europea”, a la Ley de Sociedades Anónimas aprobada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), y que impulsa la figura de las sociedades anónimas europeas como forma jurídica en los distintos sectores de actividad (Disposición Adicional Primera); u, obviamente, la Ley 31/2006 que transpone las dos Directivas sobre implicación

**EN CUALQUIER CASO
ESTAMOS EN PRESENCIA
DE UNA EMPRESA EUROPEA
CUYA CONSTITUCIÓN BAJO
LA FORMA DE SOCIEDAD
ANÓNIMA ES POSIBLE
DESDE EL 8 DE OCTUBRE
DE 2004**

(12) Informe del grupo de expertos “Sistemas europeos de participación de los trabajadores” (Informe Davignon) (C4-0455/1997) y Resolución de 19 de noviembre de 1997 sobre dicho informe (DOCE C 371, de 8 de diciembre de 1997, p- 83). La Exposición de Motivos de la ley española de transposición recuerda el trabajo de este grupo de expertos.

de los trabajadores, en la SE y en la SCE, en una bien conocida renuncia “a la aventura transpositoria” de manos de los interlocutores sociales españoles, que hasta el momento no demuestran su intención de afrontar esta posibilidad que les brinda el artículo 137.3 del TCE desde su inclusión en el Acuerdo de Política Social anexo al Tratado de Maastricht en 1992¹³. Pero también surgirán otras normas que afectarán de manera irremediable a los derechos de participación, como es el caso de la transposición que se realice de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital¹⁴, y del proyecto de Ley sobre derechos de información y consulta de los trabajadores, que transpone la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un marco general regulador de tales derechos.

Del mismo modo ha provocado ciertas modificaciones legislativas, en concreto de la ya citada Ley de Sociedades Anónimas aprobada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de la Ley de Procedimiento Laboral (Título III de la Ley 31/2006), de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Disposición Final Segunda de la Ley 31/2006), así como la tipificación de nuevas infracciones laborales y sus correspondientes sanciones en materia de derechos de implicación de los trabajadores en la SE como contenido nuevo de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (Disposición Final Primera de la Ley 31/2006).

Esta nueva regulación va a incidir en un doble sentido: se van a observar distintas formas de implicación de los trabajadores según la nacionalidad (paradójicamente dado que ésta debiera ser “europea”) de la SE y, lo que es más relevante por innovador en nuestro ordenamiento jurídico, obliga a establecer aunque sea un mecanismo liviano de implicación de los trabajadores en las SE que tengan su domicilio social en España.

Volviendo a nuestro escenario societario, dentro del primer supuesto nos van a llegar importados, si en territorio español existen filiales y centros de trabajo de SE alemanas, danesas o austriacas, modelos en los que se encuentra muy desarrollado el grado de implicación de los trabajadores, con lo que se establecen redes de difusión y canales de intercambio de otras formas de participación que condicionarán la evolución de las relaciones orgánicas, dependiendo siempre de la predisposición en este sentido por parte de los interlocutores sociales que negocien los posteriores acuerdos que se celebren en SE con domicilio social en una España cada vez más comunitaria.

En cuanto a la innovación y avance que supone para la implicación de los trabajadores de SE con domicilio social en España la obligación de establecer en sus estatutos algún

(13) Analizó esta técnica de transposición en relación a la Directiva 94/45 Jesús CRUZ VILLALÓN, “La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994, págs. 142 y ss. Véase asimismo sobre los acuerdos transpositivos en general, M^a Cristina AGUILAR GONZÁLEZ, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, opus citada, págs. 371-392. Bélgica siguió una técnica de transposición basada en la autonomía colectiva, propia de su tradición, y celebró un acuerdo colectivo interprofesional de fecha 6 de octubre de 2006, justo en plazo, en relación a la Directiva 2001/86 que fue reforzado en diciembre de 2004. Como transposición de la Directiva 2003/72 firmó un acuerdo colectivo en enero de 2007.

(14) BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005, p. 37303-37308. Directiva publicada en DOUE L 310, de 25 de noviembre de 2005, p. 1-9.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

sistema al respecto, el respeto a las tradiciones empresariales y el no establecimiento imperativo de cierto nivel de implicación restarán valor a las expectativas generadas por tal obligación.

A pesar de lo inmediatamente antes expuesto, partimos de ensalzar el valor que tiene el que la implicación de los trabajadores en las decisiones de la empresa se establezca mediante una negociación desarrollada entre los interesados, como forma idónea por las ventajas que de toda negociación se predicen. La posibilidad de respetar y tomar en consideración los distintos sistemas nacionales en lo relativo a esta materia, si bien puede ser enfocado como freno ante la evolución, a su vez se presenta como garantía de coherencia entre lo vigente en las sociedades participantes, y por ello conocido desde la práctica, y el estatuto específico de la nueva estructura. El resultado será un modelo de implicación propio único, que se adapta a las necesidades y a la política de la empresa¹⁵.

Puesto que la Ley 31/2006 se trata de una norma que deriva de dos Directivas de procedimiento, nuestro enfoque se centrará en analizar la negociación que generará este tipo de acuerdos y los posibles contenidos que deriven de los mismos.

II. CONCEPTO DE “IMPLICACIÓN” DE LOS TRABAJADORES Y SU REALIZACIÓN

En origen, es la búsqueda de la mejora en la competitividad la que provoca en la empresa la introducción de técnicas que impliquen a su personal, colaborando en el desarrollo productivo y en la gestión. Esta nueva forma societaria ha hecho suya esta idea y está presente en los principios que rigen su funcionamiento. En la puesta en práctica del sistema de implicación de los trabajadores, ya sea acordado o por remisión, la técnica de la cooperación entre el órgano competente de la SE y el órgano de representación, así como entre el órgano de control o de administración de la SE y los representantes de los trabajadores si lo que se establece es un procedimiento de información y consulta, ha de ser la tendencia que marque las relaciones (artículo 9 de la Directiva). Constituye la base sobre la que desarrollar la deseada y conveniente intervención de los representantes de los trabajadores, aunque el conflicto de intereses que tradicionalmente se encuentra en estado latente en la empresa pueda aparecer en las actuaciones cotidianas en el seno de la SE. Esta técnica se corresponde con la tendencia actual en la política social comunitaria, la coordinación y la atención centrada en los procedimientos, más que en las regulaciones materiales y vinculantes que introduzcan una rigidez contraria al objetivo de la “flexiseguridad”¹⁶.

Por su parte, la ley española de transposición, desde la Exposición de Motivos y en el artículo 2 dedicado a las definiciones (apartado i), nos da el concepto de “implicación”, especificando que ha de ser entendida en el sentido amplio de “información, consulta,

(15) Coinciden acerca de las mismas Eva GARRIDO PÉREZ, “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pág. 109, y Belén GARCÍA ROMERO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *opus citada*, pág. 697.

(16) En este sentido, BERNDT KELLER, “The European company statute: employee involvement-and beyond”, *opus citada*, pág. 439.

participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”. En un afán clarificador que es loable, a continuación expone el concepto de cada una de estas facetas contenidas en la más amplia de la implicación.

No es lo mismo por tanto implicación que participación, en una relación de posible contenido del primero por parte del segundo concepto, como forma más desarrollada del mismo. La implicación nos sitúa en el elevado nivel de la intervención en las decisiones organizativas de la empresa, desarrollada desde una participación estratégica, al ser los trabajadores quienes deciden parte de la composición del consejo de administración¹⁷.

En nuestro ordenamiento el régimen jurídico de la participación en la empresa encuentra su fundamento último en los artículos 9.2 y 129.2 CE. Según el primero “corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultura y social”; de forma más específica, “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas”. Destaca la amplitud del objetivo, “las diversas formas”, quedando englobada por tanto la participación relativa a la gestión de la empresa, si bien su carácter preceptivo ha quedado relegado en su interpretación práctica a un estilo “cuasi-programático”¹⁸.

Siguiendo con nuestro ordenamiento, la información y la consulta van a ser próximamente incorporadas al catálogo básico de derechos laborales de los trabajadores, en el artículo 4.1.g) del ET que comprende sólo la participación en la empresa en el sentido desarrollado en el Título II del ET, una vez que culmine el proyecto de Ley sobre derechos de información y consulta de los trabajadores, en transposición tardía de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un marco general regulador de tales derechos, por cuyo incumplimiento en el plazo de transposición ha sido condenado el Reino de España¹⁹. Y ello desde la definición de estas figuras en la nueva redacción dada a los artículos 64.1 y 5 del ET, centrada en el carácter previo con el que el empresario ha de suministrar la información al comité de empresa y en la adecuación de su contenido, con fines preparatorios de una consulta que pueda generar una negociación que concluya en acuerdo sobre una serie de materias tasadas (que han sido objeto de reformulación), en un contexto caracterizado por las transformaciones producidas por procesos de globalización y en el mercado único europeo en el que rige la Unión Económica y Monetaria

(17) Belén FERNÁNDEZ DOCAMPO, *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Tirant lo blanch, 2006, págs. 53 y 58. Nos ha resultado muy interesante la lectura de Antonio, ARAGÓN SÁNCHEZ, “Gestión de la participación de los trabajadores en la empresa: situación y desafíos”, en AAVV, *La participación de los trabajadores en la empresa*, Marcial Pons, 2003, págs. 23-51, por los conceptos que ofrece de “participación”, así como por la exposición a través de tablas de sus formas y de los factores que la favorecen y que la limitan.

(18) Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *opus citada*, págs. 84 y 86, trae a colación la STC 208/1989, de 14 de diciembre, y enumera otros preceptos que sirven de fundamento a la participación en nuestro ordenamiento.

(19) STJCE de 5 de julio de 2007, asunto C-317/06, que resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España. Irlanda realizó la transposición aun más tarde, en diciembre de 2006.

(lo que conecta indirectamente con la transnacionalidad que caracteriza a la nueva forma societaria), que precisa una estrategia basada en la anticipación al cambio, la prevención y la búsqueda de la mejora de la empleabilidad²⁰.

Con ello queremos destacar que la participación, presente ya en dicho artículo 4.1.g) del ET, continúa siendo tan sólo objeto de enumeración en la norma laboral básica, sin desarrollo conceptual más allá de lo dispuesto en el artículo 61 que la lleva por título y desde el que se quiere ofrecer una dimensión abierta de lo que puede llegar a ser al incluir “sin perjuicio de otras formas de participación”, pero quedándose limitada de forma expresa a la participación en la empresa a través de los órganos de la representación unitaria. La adaptación a Derecho Comunitario de la Directiva en cuestión no podía provocar una evolución en este sentido, puesto que en sí no contemplaba la participación sino tan sólo los dos estadios inmediatamente inferiores de la implicación; es asimismo acorde con el talante de la misma de constituir una reforma “menor”, sobre la que el propio Consejo Económico y Social renuncia a la necesidad de adoptar una ley específica sobre la materia, estimando suficiente la modificación del ET²¹. Todo ello no hace más que reflejar la concepción imperante de la dudosa realidad práctica de la participación de los trabajadores en el mundo empresarial español, o si no al menos su lenta evolución probable, en una actitud que refleja ignorar desde la norma laboral general, el ET, que puede existir ya un tipo de empresa como son las SE que tengan domicilio social en nuestro territorio nacional, cuyo estatuto prevea sistemas más desarrollados de implicación de los trabajadores. En sí ésta debiera haber sido una reforma del ET anterior a la ley de transposición de la Directiva 2001/86, por lo que en la actualidad puede considerarse de nuevo desfasado en relación al marco normativo transnacional en vigor, en el que sí que existe una definición de participación de los trabajadores gracias a la transposición de las dos Directivas que nos ocupan.

**LA IMPLICACIÓN NOS
SITÚA EN EL NIVEL
DE LA INTERVENCIÓN
EN LAS DECISIONES
ORGANIZATIVAS DE
LA EMPRESA AL SER
LOS TRABAJADORES
QUIENES DECIDEN PARTE
DEL CONSEJO
DE ADMINISTRACIÓN**

(20) Proyecto de ley por el 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, núm. 124-1, de 9 de febrero de 2007, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, que transpone 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 (DOCE L 80, de 23 de marzo de 2002, p. 29-33), cuyo plazo de transposición finalizaba el 23 de marzo de 2005, pero casi adecuándose a la fecha de revisión de la aplicación de la Directiva por la Comisión, prevista para 23 de marzo de 2007.

(21) CES, “Sobre el anteproyecto de ley 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”, pág. 4, califica la transposición de correcta.

Las Directivas 2001/86 y 2003/72 precisaban asimismo los conceptos de los dos primeros niveles de implicación. Lo hacían ofreciendo una concepción más sólida de consulta que la existente en el momento y que la expuesta en la Directiva 2002/14/CE en cuanto “intercambio de opiniones y apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario”, y con el acierto de definir por vez primera en Derecho Comunitario, por tanto a diferencia de la Directiva CEU, la información. Del mismo modo que las Directivas, nuestra Ley entiende por ésta la transmisión de lo relativo a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión de un único Estado miembro, que ha de realizar el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de éstos, en un momento, de un modo y con un contenido que les permita evaluar las posibles repercusiones [artículo 2.1.j) de la Ley 31/2006]. Conecta la información con la consulta al indicar que la transmisión de la información sirve para preparar la consulta con el órgano competente de la SE, significando este estadio más avanzado la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre dicho órgano y el de representación de los trabajadores o los representantes de éstos, en un momento, de un modo y con un contenido que les permita opinar sobre las medidas previstas de forma que se tenga en cuenta en el proceso de toma de decisiones en la SE [artículo 2.1.k) de la Ley 31/2006]. Vemos que en ambos conceptos la efectividad se hace depender del cómo, el qué y el cuándo del suministro de la información y de la celebración de la consulta, materializándolo la Ley en el artículo 17 cuando describe las competencias del órgano de representación de los trabajadores.

No sólo define y establece vínculos entre los grados de implicación, sino que amplía los derechos de información y consulta que prevé la Directiva 95/45 para los CEUs incorporando dos competencias nuevas: la obligación de entrega al órgano de representación de los trabajadores del orden del día de las reuniones que celebren los órganos societarios, junto con una copia de la documentación presentada a la junta general de accionistas (artículo 17.2 de la Ley 31/2006); y, si tras la celebración de una consulta el órgano competente de la SE no siguiera el criterio manifestado por el órgano de representación, éste tiene derecho a reunirse de nuevo para intentar llegar a un acuerdo (artículo 17.3 de la Ley 31/2006). Observamos en este punto un esbozo de facultad negociadora entre los dos órganos, competencia que no es atribuida desde la norma a los CEUs²².

Por su parte, la participación es entendida en el artículo 2.1.l) de la Ley 31/2006, como la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los mismos en un sociedad, manifestada en el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad o el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control. Se centra por tanto en una participación de tipo orgánica, dividiendo en dos niveles el grado de participación: el mayor del derecho de voto y el menor de la simple recomendación en la elección.

(22) Véase Eva GARRIDO PÉREZ, “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *opus citada*, págs. 119-120.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

La SE puede optar en sus estatutos por un sistema dual en el que, además de un consejo de administración como órgano colegiado, exista un consejo de control o de vigilancia de la gestión realizada por el anterior. Nuestro ordenamiento contempla este sistema en la Ley 19/2005 sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: prevé expresamente al regular los órganos sociales (en su Sección 3ª del Capítulo XII), que puede optar por un sistema de administración monista o dual, debiendo hacerlo constar en todo caso en sus estatutos (artículo 327). Precisamente esta cuestión supuso uno de los problemas en la aplicación en nuestro país del Reglamento comunitario que nos ocupa, puesto que nuestro sistema tradicional de administración es el monista (Exposición de Motivos, punto III). El legislador lo ha resuelto de la forma expuesta, respetando de este modo a su vez nuestra tradición al no hacerlo extensivo a las demás sociedades anónimas españolas²³.

Para que se pueda materializar la opción entre un sistema monista o dual, la propia ley crea la figura del consejo de control (artículo 333 de la Ley 19/2005) en cuanto representación de la sociedad frente a los miembros de la dirección (punto 3 de dicho artículo), al que le serán de aplicación las reglas de funcionamiento que prevé para el consejo de administración de las sociedades anónimas siempre que no contradigan lo dispuesto en el Reglamento 2157/2001. Su labor de control consistirá en que ciertas operaciones de la dirección precisarán de autorización previa (artículo 334 de la Ley 19/2005). En su composición remite a la ley de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (artículo 333.2 de la Ley 19/2005), cuyo artículo 20 al establecer las disposiciones subsidiarias precisa que parte de sus miembros serán designados por el órgano de representación de los trabajadores en la SE.

La participación de los trabajadores se producirá en el consejo de administración o de control de la SE, y/o desde la constitución de un órgano de representación permanente que actuará como interlocutor del órgano competente de la sociedad en las disposiciones objeto de implicación de los trabajadores de la SE o de la SCE y sus filiales o establecimientos, según el modelo adoptado. De este modo los trabajadores serán partícipes de las decisiones que les afecten y que puedan ser adoptadas por los accionistas y cooperativistas de la mejor manera posible: mediante la conclusión de acuerdos.

Habrà que estar a la forma de constitución de la SE, de las cuatro previstas en el Reglamento (por transformación, por fusión, creando una sociedad *holding* o una filial), para atender a las reglas propias del sistema de implicación de los trabajadores que lleva parejo. A este diverso régimen de implicación en función de la naturaleza originaria de su constitución, se añade el respeto de las relaciones preexistentes en las sociedades que deciden acogerse a la nueva forma empresarial, en aplicación del “principio de antes-después”. Como resultado surgirán muy diversos estatutos de SE, marcados por las tradiciones en las sociedades originarias pero sin que puedan eludir la regulación de este aspecto. El temor surgió en relación a la vía de constitución por fusión, puesto que implica la disolución de las empresas previas, problemática a la que responde la adopción de la Directiva 2005/56/

(23) Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *opus citada*, pág. 87, destaca el efecto dominó que puede generar el que la mayoría de las SE se decantaran por el sistema dual, pudiendo extenderse esta opción a medio plazo al resto de SA españolas.

CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, siendo de aplicación cuando una de las sociedades de capital que se fusiona esté constituida conforme a la legislación de un Estado miembro, tenga su domicilio social, su centro de efectiva administración o su establecimiento principal dentro de la Comunidad, y al menos dos de las sociedades que se fusionan estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes (artículo 1)²⁴.

Esta Directiva, cuyo plazo de transposición finaliza el 15 de diciembre de 2007²⁵, vela por el respeto de los derechos de participación que estuvieran vigentes en las sociedades que se fusionan. Para ello establece que, caso de que la legislación nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevea el mismo nivel de participación que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, habrá de ser regulada siguiendo los principios y procedimientos establecidos en la normativa comunitaria específica, teniendo en consideración la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano directivo competente dentro de las sociedades (artículo 16.3 y 4). El peligro radica en que las empresas elijan como marco jurídico para su domicilio social el Derecho nacional que sea más flexible en materia de participación de los trabajadores, lo que produciría un debilitamiento grave de los derechos de los trabajadores (conocido como *law shopping* o compra de legislación)²⁶.

Al margen de esperar a la transposición de la Directiva en cuestión, en el caso español la Ley 31/2006 lo prevé con carácter general: es el principio “antes-después”, incluso regula su aplicación desde la preparación de su cumplimiento puesto que, como contenido del proyecto común de fusión figura, “si procede”, información acerca de los procedimientos mediante los que se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza [artículo 5.j) de la Directiva 2005/56, así como en el artículo 5, último párrafo de la Ley 31/2006].

(24) En su artículo 3.2 prevé la posibilidad de que los Estados miembros decidan su no aplicación a las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad cooperativa. Hacía referencia al problema expuesto Belén GARCÍA ROMERO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, opus citada, pág. 689. Por su parte BERNDT KELLER, “The European company statute: employee involvement-and beyond”, opus citada, pág. 427, destaca que la elección de la forma de constitución se hace sin la participación de los representantes del personal. En sentido distinto a lo argumentado en el texto, Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, opus citada, pág. 91, justifica el que el artículo 11 de la Ley 31/2006 se pronuncie sólo en el caso de constitución mediante transformación porque el legislador español considera que “el supuesto de la transformación de una empresa en SE es el más propicio para arropar el fraude”.

(25) En junio de 2007 se encontraba en fase de Anteproyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que transpondrá dos Directivas, la citada en el texto y la 2006/68/CE, de 6 de septiembre de 2006, que modifica la Directiva 77/91/CE en lo relativo a la constitución, mantenimiento, y modificación del capital de la sociedad anónima, www.la-moncloa.es. En concreto, “en el caso de producirse fusiones entre sociedades domiciliadas en diferentes Estados del Espacio Económico Europeo se introduce la posibilidad de oposición del Gobierno y la participación de los trabajadores en esa operación. Se incrementa de manera sensible la participación que tienen los socios, trabajadores y acreedores”.

(26) “Estudio de viabilidad para un estatuto europeo de las PYMES”, Informe final, Internet, julio de 2005, pág. 29.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

Otra medida instrumental prevista para el supuesto de constitución por fusión se traduce en que los órganos de dirección o administración han de poner a disposición de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, el informe destinado a los socios en el que se justifiquen los aspectos legales y económicos de la fusión y expliquen las implicaciones que tiene para todos los sujetos afectados (socios, acreedores y trabajadores), en el plazo de un mes antes de la junta general en la que se decidirá acerca del proyecto de fusión, con el fin de que puedan opinar los representantes de los trabajadores antes de su aprobación, teniendo que ser incorporada la misma como anexo al informe (artículo 7 de la Directiva 2005/56).

En este sentido, en el control de legalidad a que habrá de ser sometida la fusión transfronteriza, previsto en la Directiva 2005/56, se tendrá en cuenta “en especial” que las sociedades que se fusionan han plasmado en el proyecto común las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores que la propia norma establece (artículo 11.1). En particular éstas se refieren a que la sociedad resultante de la fusión transfronteriza estará sujeta a las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social (artículo 16). Sin embargo, continúa diciendo la norma que lo expuesto se exceptiona cuando al menos una de las sociedades que se fusiona emplea, durante el período de seis meses previos a la publicación del proyecto de fusión, un número medio de trabajadores superior a 500 y está gestionada en régimen de participación de los trabajadores en el sentido de la Directiva 2001/86 (en consonancia con la definición de participación que ella contiene), o bien si la legislación nacional aplicable a la sociedad resultante de la fusión no prevé al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado en las sociedades que se fusionan, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios (el tantas veces citado principio de “antes-después”), o cuando la legislación nacional no prevea que los trabajadores de los establecimientos de la sociedad resultante de la fusión situados en otro Estado miembro puedan ejercer los mismos derechos de participación de que gocen los trabajadores empleados en el Estado miembro donde se encuentre el domicilio social de la sociedad resultante, en aplicación de un sistema común de implicación extensivo a todos los centros de trabajo

**LA SOCIEDAD RESULTANTE
DE LA FUSIÓN
TRANSFRONTERIZA ESTARÁ
SUJETA A
LAS NORMAS RELATIVAS A
LA PARTICIPACIÓN
DE LOS TRABAJADORES
VIGENTES EN EL ESTADO
MIEMBRO EN QUE
SE ENCUENTRE
SU DOMICILIO SOCIAL**

y filiales de la SE (artículo 16.2 de la Directiva 2005/56). Los puntos 6 y 7 del mismo artículo insisten en garantizar los derechos de participación originarios de alguna de las sociedades que participaron en la fusión al exigir que la SE resultante de la fusión adopte una forma jurídica que permita el ejercicio de los mismos (el principio “antes-después” de nuevo), y hacen extensiva la protección de tales derechos si se produjeran ulteriores fusiones nacionales en el plazo de tres años desde la fusión transfronteriza.

En el supuesto específico de constitución por transformación, por establecer una comparación, y si se optase por la negociación y ésta diera su fruto, habrá de figurar como contenido específico del acuerdo *ad hoc* el reconocimiento de unos derechos mínimos de implicación, equivalentes en todos sus elementos a los existentes en la sociedad que se transforma en SE, según el artículo 11.2 de la Ley 31/2006. En este caso observamos que la fuerza con que se hace valer este principio se extiende hasta llegar a limitar el principio de autonomía colectiva. No actúa del mismo modo la Ley en el caso del resto de formas de constitución, sobre las que sólo dispone que el contenido de estos acuerdos se limitará a exponer los elementos esenciales de las normas de participación, sin exigir expresamente un mínimo [artículo 11.1.h), e incluso reduciendo indirectamente, si atendemos a la literalidad del precepto, las atribuciones al órgano de representación, que se constituya en su caso, a un procedimiento de información y consulta (artículo 11.1.d)].

Sin embargo, lo expuesto ha de ser completado con el contenido del artículo 14.2 de la Ley 31/2006, en el que se indica que serán de aplicación las disposiciones subsidiarias ante la falta de acuerdo siempre que, ya sea por transformación [apartado a)] o por fusión [apartado b)], con anterioridad a la inscripción de la SE existiera un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control. Lo cual nos remite a las disposiciones subsidiarias contenidas en el artículo 20 de la Ley 31/2006, en cuyo punto 1, apartado b), para los supuestos de constitución de SE distintos de la transformación prevé derechos de implicación como designación de miembros del órgano de administración o control en cuantía “igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes antes de la inscripción de la SE”, en otra aplicación del principio “antes-después”.

Además, como otra forma de aplicación del principio “antes-después” que a su vez lo refuerza, la Ley 31/2006 no utiliza la posibilidad ofrecida a los Estados miembros de exonerar la aplicación de estas disposiciones en el caso de constitución de la SE por fusión (artículo 7.3 de la Directiva 2001/86 y de la 2003/72), siendo una forma de insistir de este modo en la aplicación del sistema de participación que estuviese ya en vigor en las sociedades participantes²⁷.

(27) En el doble sentido de las funciones que cumplen estas disposiciones y sobre su posible no exigencia en el ámbito nacional, Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *opus citada*, pág. 92. Sobre lo segundo véase M^a Cristina AGUILAR GONZÁLEZ, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, *opus citada*, pág. 367.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

Ahora bien, hemos de hacer mención de una distinción relevante en atención a la vía de constitución de la SE: habrán de mantenerse, como mínimo, todos los elementos de la participación de los trabajadores ya existentes antes de la inscripción si se constituye por transformación en aplicación del conocido principio “antes-después” (artículo 11.2 de la Ley 31/2006); sin embargo, en los demás casos de constitución se permite excepcionar dicho principio pudiéndose decidir, desde la mayoría de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora que represente a su vez al menos a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros, una reducción de derechos de participación por acuerdo, consistente en la elección de una proporción de miembros de los órganos de la SE inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes, pero no inferior a la más baja (artículo 9.2 de la Ley 31/2006).

Siendo la participación de los trabajadores un derecho fundamental en la UE, sin embargo no ve completado su reconocimiento y ejercicio práctico a nivel nacional. Con tal finalidad interesa mencionar que hay una línea presupuestaria abierta destinada a reforzar la cooperación transnacional entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios en materia de información, consulta y participación en las empresas, ofreciendo financiación para ello. Los destinatarios últimos son los interlocutores sociales a todos los niveles, las empresas y los comités de empresa europeos²⁸.

III. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y RESULTADOS POSIBLES

Del mismo modo que la Directiva CEU, las Directivas reguladoras de las implicación de los trabajadores son calificables como normas de procedimiento, porque su contenido se centra en describir el proceso de negociación hasta la conclusión de un acuerdo *ad hoc*. Es por ello que la Ley 31/2006 que nos ocupa, como no puede ser de otro modo, cumple la misma finalidad procedimental (a lo que dedica tanto el Título I sobre “disposiciones comunes a las sociedades europeas domiciliadas en España” con un Capítulo I de forma explícita, pero del mismo modo que el II al versar sobre las disposiciones subsidiarias, y el III sobre disposiciones comunes; asimismo el Título II sobre “disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas”), desde la que impulsar la celebración de este tipo de acuerdos reguladores, y lo hace de la mejor manera de hacerlo: desde la exigencia de un sistema de obligatoria presencia en el estatuto de la nueva sociedad que se constituye. Resulta por tanto más fuerte la obligación de negociar en estas Directivas que en la primera, teniendo que hacerlo en todo caso, aunque sea para decidir la aplicación de las disposiciones subsidiarias, con independencia de la vía de constitución de la SE elegida²⁹.

(28) El presupuesto para el año 2007 es de 8.000.000 euros. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/employment_social/social_dialogue/grants_en.htm.

(29) En este sentido, Eduard TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *opus citada*, pág. 78.

El procedimiento de negociación de estos acuerdos ha de seguir la legislación del Estado miembro en que la SE va a registrar su sede. Ello ha significado que gracias a la decisión de constitución de esta nueva estructura se ha tenido que regular por primera vez en el ámbito empresarial transnacional el sistema de implicación de los trabajadores en las sociedades y, a continuación, en cada Estado miembro como posible receptor o constituyente de este tipo de empresas o de sus centros de trabajo y filiales; si bien en principio, gracias al impulso dado a la autonomía colectiva, serán la comisión negociadora y los órganos competentes de aquéllas quienes lo fijarán mediante acuerdo escrito.

Por su parte la Directiva 2003/72 expresaba sobre la constitución de la comisión negociadora (artículo 3), a diferencia de la exigencia de que estuviese publicado el proyecto, que “se iniciarán lo antes posible” las gestiones necesarias, desde que los órganos de dirección o administración de las entidades jurídicas participantes establezcan el proyecto de constitución.

Si bien la Directiva 2001/86 no precisaba el plazo en el que tendrían que entablarse las negociaciones, limitándose a indicar que la iniciativa habría de partir de los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes “lo antes posible”, una vez que hayan publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad *holding* o después de adoptarse un proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE (artículo 3 sobre constitución de la comisión negociadora), nuestra ley de transposición fija un plazo máximo de cuarenta y cinco días siguientes a dichas acciones (artículo 5, 2º párrafo). Es una cuestión que no interesa dilatar en el tiempo puesto que paralizará la génesis de la nueva empresa y de su actividad en el mundo empresarial.

La responsable del procedimiento de negociación, tal y como indica el artículo 4 Ley 31/2006, es la parte empresarial (“los órganos competentes de las sociedades participantes”), siendo por tanto quien debe iniciar las negociaciones, una vez constituida la comisión negociadora, desde el suministro de las informaciones necesarias con tal fin y para su posterior funcionamiento, destacando entre ellas, como hemos tenido ocasión de señalar, la comunicación del nivel de participación existente en las sociedades que adoptarán el nuevo estatuto, y el lugar del domicilio social propuesto, por todo lo que condicionarán el desenvolvimiento posterior de la misma.

Tanto la concreción del plazo, como la determinación de los sujetos sobre los que recaerá la exigencia de responsabilidad caso de no iniciarse las negociaciones encaminadas a fijar los derechos de participación, que se mantendrá si se obstaculizase la conclusión del acuerdo, así como otras cuestiones muy relevantes tales como la composición de la comisión negociadora y el procedimiento de negociación en sí, debían ser reguladas en las leyes de transposición, siguiendo las pautas de la legislación nacional ya vigente, en consonancia con la misma y puede que “forzando un poco” las regulaciones al respecto para agilizar los trámites³⁰.

(30) Tal y como indicaba Eva GARRIDO PÉREZ, “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *opus citada*, pág. 110.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

La comisión negociadora será la encargada de discutir el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores con los órganos de dirección de las sociedades participantes (artículo 8 de la Ley 31/2006 sobre sus funciones). Respecto de su composición, se recurre a la combinación de dos criterios: la proporcionalidad (según el número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados: un puesto en la comisión por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros, artículo 7.1 de la Ley 31/2006), y la territorialidad de la empresa (representantes de cada sociedad participante que emplee a trabajadores en un Estado miembro afectado). Puede afirmarse que se sigue el criterio de la proporcionalidad en atención al territorio, a diferencia de la Directiva CEU, que primaba la territorialidad (un representante por cada Estado miembro implicado).

Sólo prevé la existencia de miembros adicionales en el supuesto en que la constitución de la SE se haga por fusión e implique la desaparición de alguna de las sociedades participantes como entidades jurídicas diferenciadas tras la inscripción de la SE, siempre y cuando el número resultante de estos miembros representantes de los trabajadores empleados por las sociedades afectadas no supere el 20% del número de miembros ordinarios (designados conforme al criterio de la proporcionalidad), caso en el que los puestos disponibles serán asignados a las sociedades en función del número de trabajadores que empleen y de forma decreciente desde las de mayor a las de menor volumen de empleo (artículo 7.2 y 3 de la Ley 31/2006).

Pero lo más relevante en cuanto a la composición de la comisión negociadora es sin duda la posibilidad, nunca antes prevista, de que ostenten la cualidad de miembros representantes sindicales que no sean trabajadores en las sociedades participantes o de sus centros de trabajo o empresas filiales afectados (artículo 7.1, párrafo 2º), sin por ello apartarse de la noción de representantes de los trabajadores que emana de la LOIS y del ET (artículo 28 de la Ley 31/2006 al identificar a los representantes nacionales de los trabajadores). Habrá de ser en este caso representante sindical miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes (artículo 29.2 de la Ley 31/2006). Ello denota el reconocimiento de la labor sindical en la dimensión europea como interlocutores sociales también en el ámbito empresarial. Asimismo el sindicato eu-

**LA COMISIÓN
NEGOCIADORA SERÁ
LA ENCARGADA DE
DISCUTIR EL CONTENIDO
DE LOS DERECHOS
DE IMPLICACIÓN
DE LOS TRABAJADORES
CON LOS ÓRGANOS
DE DIRECCIÓN
DE LAS SOCIEDADES
PARTICIPANTES**

ropeo puede tener presencia ofreciendo asesores técnicos en la negociación (artículo 9.5 de la Ley 31/2006).

En la designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora, y del mismo modo que en el supuesto de la composición del órgano de representación si es ésta la opción (descrita en las disposiciones subsidiarias), se exige el acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados, siempre de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo (artículo 29.1 de la Ley 31/2006).

Hemos de destacar que la presencia sindical descrita se sitúa fuera de los órganos societarios, quedando relegada al banco social y al órgano *ad hoc* de representación de los trabajadores, caso este último para el que sí que se exige que sea además trabajador de la SE (artículo 29.2, párrafo 2º de la Ley 31/2006). Incluso en el primer supuesto, en concreto cuando en representación de los trabajadores empleados en España deba designarse a más de un miembro de la comisión negociadora y si hubiera que designar representantes adicionales, se entenderá que los trabajadores empleados en España por una sociedad participante están representados en la comisión negociadora cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad designado en España, y si fuera un representante sindical no trabajador de ninguna de las sociedades participantes, tendrá la representatividad que le atribuya el acta de designación y, si no constara, se presumirá que representa a todos los trabajadores empleados en España por las sociedades participantes (artículo 29.5 de la Ley 31/2006)³¹.

Los negociadores disponen de seis meses para negociar, prorrogables hasta un año desde la constitución de la comisión negociadora por acuerdo entre las partes (artículo 10 de la Ley 31/2006), con el fin de facilitar el buen término de la misma y la no aplicación de las disposiciones subsidiarias. Nada impediría que dicho plazo se concluya en el momento en que el acuerdo se adoptase, careciendo de sentido la obligación de agotarlo. En cualquier caso la brevedad de los plazos fijados, sobre todo si lo comparamos con los tres años que puede durar la constitución de un CEU, es coherente con la necesidad de determinar el sistema de implicación de los trabajadores para poder inscribir la SE y adquirir de este modo personalidad jurídica.

(31) Véanse reflexiones al respecto en Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *opus citada*, págs. 96-97; Eva GARRIDO PÉREZ, “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *opus citada*, pág. 111, y Belén, GARCÍA ROMERO, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *opus citada*, pág. 691. MTAS, “El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea centra la atención”, *opus citada*, pág. 46, informa acerca de cómo la CES planea preparar a sus miembros para las negociaciones en el plazo previsto para su transposición. Por su parte UNI-Europa tiene el propósito de construir una estructura para apoyar en las negociaciones a los sindicatos afiliados y a sus trabajadores.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

Han de negociar con espíritu de colaboración (según la terminología empleada por la Directiva 2003/72) o de cooperación (si nos referimos a la 2001/86, del mismo modo que en la Directiva 94/45), en aplicación del principio de buena fe en el desarrollo de negociaciones que finalicen con la conclusión de acuerdos.

Pero pueden haberse producido otros resultados e incluso sabemos que no es obligatorio el inicio de las negociaciones encaminadas a tal fin: la comisión negociadora pudo decidir no iniciar las negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes para celebrar un acuerdo, o concluir las negociaciones ya iniciadas.

IV. LAS DISPOSICIONES SUBSIDIARIAS REVELAN EL MODELO DE IMPLICACIÓN

Con el título de este epígrafe pretendemos destacar la valiosa información que ofrecen dichas disposiciones acerca del modelo de implicación que el legislador comunitario tiene intención de impulsar como estadio mínimo. Dicho modelo se centra en la creación de un órgano de representación de los trabajadores (artículo 15 de la Ley 31/2006), siguiendo la línea marcada por la Directiva CEU.

Prácticamente nada más empezar a describir la figura (en el punto 3 de dicho artículo 15), la ley establece que dicho órgano, en cualquier momento o a los cuatro años de su constitución, podrá decidir iniciar las negociaciones de un acuerdo que regule la implicación de los trabajadores, asumiendo las funciones atribuidas a la comisión negociadora. Ello revela que se está recurriendo a una técnica ya conocida, lo que facilitará la inscripción en el registro de la SE que se constituye, postergando para un período posterior, amplio en principio, la decisión de regular la implicación, período que puede incluso prorrogarse en otros cuatro años.

Las competencias atribuidas a este órgano de representación se limitan a la información y la consulta sobre las cuestiones que afecten a la SE y a los centros de trabajo y empresas filiales (artículo 17.1, 2 y 3 de la Ley 31/2006), que habrán de suministrarse/celebrarse con la antelación necesaria para que su criterio pueda ser tenido en cuenta en la adopción o ejecución de decisiones, en coherencia con las definiciones que previamente la norma ha dado de estos dos institutos. Como ya hemos señalado, si el criterio expresado no fuera seguido por el órgano competente de la SE, se le reconoce el derecho a intentar conseguir un acuerdo, en una extensión hacia facultades negociadoras.

Otra de las atribuciones del órgano de representación, ésta ya sí en materia de participación, será el reparto de los puestos que ocuparán los trabajadores en los órganos de administración o de control (artículo 20.4 de la Ley 31/2006). A continuación la Ley ensalza las competencias de este órgano de representación con la afirmación de que todo miembro del órgano de administración o de control de la SE que haya sido elegido, designado o recomendado por él, o por los propios trabajadores en su caso, será “miembro de pleno derecho del órgano correspondiente, con los mismos derechos y obligaciones que los

miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto” (artículo 20.5 de la Ley 31/2006), en una equiparación en derechos entre accionistas y trabajadores³².

Ello nos exige conectar con el artículo 14 sobre la aplicación de las disposiciones subsidiarias en materia de implicación, descritas en el artículo 20, puesto que expone las reglas de articulación de las distintas posibilidades existentes en concreto en materia de participación, en función de la situación previa en las sociedades que originan la creación de una SE. Éstas son (artículo 14.3 de la Ley 31/2006): se tomarán en consideración los sistemas de participación ya existentes, con independencia de su origen legal o convencional; si hubiesen existido distintos sistemas de participación, la comisión negociadora decidirá cuál será el que se aplicará en la SE, pero si en la fecha de inscripción de la SE la comisión negociadora no hubiese informado al órgano competente de las sociedades participantes, será de aplicación el que afectase a más trabajadores de las sociedades participantes; y llegamos a la negación de la obligación de que el nivel de implicación exigible en la SE coincida necesariamente con la participación, porque si las sociedades participantes carecían de sistema de participación, la SE no estará obligada a establecer ninguna disposición en la materia (artículo 20.2 de la Ley 31/2006). Sin embargo esto último es “salvo acuerdo en contrario”, dando de nuevo prioridad a un ejercicio decidido de la autonomía colectiva que pueda modificar la política empresarial seguida hasta el momento³³.

En este último supuesto, si un acuerdo no salva la situación, se aplicarán las normas de información y consulta nacionales, desde la técnica de la remisión empleada por el legislador comunitario, esto es, lo regulado en aplicación de la Directiva CEU, la Ley 10/1997³⁴, con la que coinciden en el carácter transnacional de este tipo de empresas societarias.

Del mismo modo, las disposiciones subsidiarias pueden no ser aplicadas a favor de la puesta en práctica de las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores vigentes en los Estados miembros en los que la SE emplee a trabajadores cuando la comisión negociadora decida no iniciar las negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes para celebrar un acuerdo, o concluir las negociaciones ya iniciadas, con la excepción de que se trate de una SE constituida mediante transformación que parta de una sociedad en la que se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control, en respeto del principio “antes-después” (artículo 8.2 de la Ley 31/2006). El resultado que provocan es que a los dos años como mínimo, salvo acuerdo en contrario, la comisión volverá a ser convocada si lo solicitan por escrito el mínimo del 10% de los trabajadores de la SE y de sus filiales

(32) Véase al respecto comentarios en Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, opus citada, pág. 99.

(33) Interesantes reflexiones en Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, opus citada, pág. 94.

(34) Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE de 25 de abril de 1997, núm. 99).

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

y centros de trabajo, o de sus representantes (artículo 8.3 de la Ley 31/2006).

El principio “antes-después” está presente asimismo, tal y como ya hemos tenido ocasión de señalar, en la aplicación de las disposiciones subsidiarias sobre participación, y atiende a la forma de constitución de la sociedad: si se recurre a la transformación, se seguirán aplicando las normas nacionales relativas a la participación orgánica que se estuvieran aplicando a la sociedad que se transforma; si la constitución es por fusión, se atiende al criterio del número de trabajadores afectados antes del registro por la participación, de tal forma que si se trata al menos del 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades, o menos cuando así lo decidiera la comisión negociadora, del mismo modo que si la constitución es mediante la creación de una sociedad *holding* o de una filial pero elevándolo al 50% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades, o menos cuando así lo decidiera la comisión negociadora, se establecerá el nivel de participación orgánica igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes antes de la inscripción (artículo 14.2 de la Ley 31/2006).

En atención a cuándo serán de aplicación las disposiciones subsidiarias, nos encontramos supuestos variados, tales como por decisión propia de las partes, o porque la negociación no haya finalizado en acuerdo y la comisión negociadora no haya decidido someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores vigentes en los Estados miembros en los que la SE emplee trabajadores o bien, ante la falta de acuerdo, para continuar con el proceso de inscripción de la SE los órganos competentes de cada sociedad participante decidan su aplicación (artículo 14.1 de la Ley 31/2006). En estos dos últimos supuestos, las disposiciones subsidiarias sólo se aplicarán en función de la forma de constitución de la SE de la forma expuesta en el párrafo anterior.

Hemos indicado que el contenido de estas disposiciones subsidiarias nos transmiten un modelo posible de implicación; en este sentido, sirven de referencia a los negociadores acerca del diseño de la forma de implicación de los trabajadores en la práctica, garantizando de este modo un mínimo de regulación, pero cumplen además otra función relevante, como es actuar de forma supletoria, con las competencias que como tal le corresponden.

**EL PRINCIPIO
“ANTES-DESPUÉS”
ESTÁ PRESENTE
EN LA APLICACIÓN
DE LAS DISPOSICIONES
SUBSIDIARIAS SOBRE
PARTICIPACIÓN, Y ATIENDE
A LA FORMA
DE CONSTITUCIÓN
DE LA SOCIEDAD**

Del mismo modo que en el modelo empresarial bajo la forma de sociedad anónima europea, la Directiva que regulaba la implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea contenía unas “disposiciones de referencia”³⁵. Según la Disposición Adicional Segunda de la Ley 31/2006 estas otras sociedades europeas están incluidas en su ámbito de aplicación, por lo que el entramado acerca de las disposiciones subsidiarias descritas les son asimismo aplicables.

Entre las particularidades que dicha Disposición Adicional Segunda contempla para la aplicación de la Ley de transposición al supuesto específico de las SCE, hemos de destacar cómo materializa la importancia que otorgaba la Directiva a que la implicación de los trabajadores se regulase mediante acuerdo, puesta de manifiesto en la previsión que hacía en el considerando núm. 14 y que regulaba después como contenido mínimo del acuerdo en el artículo 4.2.h) en el supuesto de cambios estructurales posteriores a la creación de la SCE sobre los que indicaba que se renegociará al respecto, y lo hace mediante el establecimiento de que como contenido del acuerdo deberán figurar los casos de cambios estructurales ocurridos después de la creación de la SCE que susciten dichos procesos de renegociación (punto 1.3º de la Disposición).

En consonancia con la Directiva, que contenía dos secciones específicas, la Ley en los puntos 2 y 3 de la citada Disposición establece, en relación a la primera de ellas, una distinción en función del número de trabajadores en al menos dos Estados miembros, según sea igual o inferior a cincuenta, en SCE constituidas exclusivamente por personas físicas o por una sola entidad jurídica y personas físicas, estableciendo de este modo dos niveles: será de aplicación esta Ley si tiene desde cincuenta trabajadores; caso contrario se aplicará el principio de territorialidad, esto es, la legislación nacional de donde tenga el domicilio social o en donde posea filiales o centros de trabajo. Como vemos, la dimensión reducida de las entidades que participan en la constitución de la SCE excluiría la aplicación de los procedimientos establecidos desde la Directiva.

De este modo ya la Directiva 2003/72/CE (artículo 4.4) hacía depender asimismo el reconocimiento de derechos de participación a los trabajadores de si previamente había regulación en este sentido en los ordenamientos nacionales (de nuevo el principio “antes-después”). Por su parte la Disposición Adicional Segunda, punto 3, último párrafo de la Ley, en el supuesto de traslado de domicilio social a otro Estado miembro, especifica que continuarán aplicándose, como mínimo, los derechos de participación que vinieran disfrutando los trabajadores antes del traslado, si bien contempla supuestos de aplicación de esta Ley, cuando lo solicite un tercio de los trabajadores en al menos dos Estados miembros, y si el número total de los trabajadores es de 50 en al menos dos Estados miembros.

(35) Consúltense como bibliografía específica Maravillas ESPÍN SÁEZ, “Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea”, RMTAS, núm. 47, 2003. Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el fomento de las cooperativas en Europa, COM (2004) 18, de 23 de febrero de 2004.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

Como segunda cuestión específica regula la participación de los trabajadores de la SCE y sus representantes en la asamblea general o en la asamblea de sección o sectorial (punto 4, Disposición Adicional Segunda) mediante el derecho a voto, señalándose en primer lugar que así será cuando las partes lo decidan en el acuerdo, y cuando ya se diera en una sociedad cooperativa que se transforme en SCE, reconociéndose asimismo en el caso de que se trate de una SCE no constituida por transformación, cuando una de las cooperativas participantes estuviera regida por un sistema de ese tipo que tuviera antes del registro de la SCE el porcentaje de participación más elevado, y sean de aplicación las disposiciones subsidiarias porque las partes no hayan conseguido alcanzar un acuerdo.

Sería interesante hacer un seguimiento del proyecto conjunto que une a CECOP (European Confederation of Worker Cooperatives, Social Cooperatives and Participative Enterprises) con la CES, bajo el título “For the full involvement of employees in the European Cooperative Society” (Bruselas 15-16 de junio de 2006)³⁶. Según la declaración con la que concluye el citado encuentro, los participantes en la conferencia ven necesario el establecimiento de una agenda común movida, entre otros aspectos, por “la importancia de promover, dirigir y supervisar los estándares más altos posibles de participación de los trabajadores, que es considerado un derecho fundamental en la Unión Europea”. Invitaban a estos dos interlocutores sociales a iniciar un proceso consistente en un sistema de consultas con sus afiliados nacionales acerca de los estándares en información, consulta y participación en SCE, que pudieran ser aplicados mediante acuerdos nacionales celebrados entre los sindicatos y las cooperativas.

El 6 de julio de 2006 se constituyó la primera sociedad cooperativa europea, ESCOOP (European Social Cooperative), con sede en Mola di Bari (Italia), por un grupo de organizaciones que operan en los servicios sociales, la actividad académica y la administración pública, compuesta de diecisiete miembros con presencia en seis países (Alemania, Francia, Finlandia, Grecia, Italia y España) y con otras organizaciones aspirantes a integrarse como miembros (Eslovaquia, Estonia, Portugal, Polonia y Hungría)³⁷.

Por otro lado, resulta interesante la lectura del *position paper* acerca de la implantación del estatuto de la sociedad cooperativa europea realizado por la Fundación EZAI de Mondragón (Guipúzcoa)³⁸, en el que valoran el significado de la entrada en vigor del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, considerándolo una excelente oportunidad para impulsar la modernización del Derecho Cooperativo Europeo y para la armonización progresiva de operaciones societarias de fusión, escisión, transformación, etc., así como para mejorar la estructura orgánica de ciertas cooperativas, mostrándose a favor del sistema dualista porque asegura un correcto reparto de funciones y responsabilidades entre la dirección y el órgano de vigilancia. Critican la atribución de las competencias registrales al Registro de inscripción de Sociedades Anónimas, lo que rompe con la tradición de algunos Estados miembros en los que es encomendado a los registros especiales de cooperativas.

(36) www.etuc.org.

(37) www.neticoop.org.uy/article2259.html. Sus estatutos pueden consultarse en su web oficial: www.escoop.eu.

(38) www.mcc.es/esp/cooperativismo/ezai/ezai.html.

V. LOS ACUERDOS QUE DEFINEN EL MODELO DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Como éxito del proceso nos encontraremos con un acuerdo que excluye la aplicación de las disposiciones subsidiarias, de las disposiciones nacionales sobre información y consulta, o que mejora el mínimo de implicación que ya viniera practicándose en las sociedades participantes, tras su adopción por mayoría absoluta de los miembros de la comisión negociadora que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores (artículo 9.1 de la Ley 31/2006). Dicho acuerdo obligará a todos los centros de trabajo de la SE y de sus filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a los trabajadores de los mismos mientras esté en vigor, presumiéndose indefinido en defecto de pacto sobre su vigencia como contenido del mismo (artículos 12 y 13 de la Ley 31/2006).

Dicho acuerdo indicará como contenido obligado la identificación de los signatarios, su ámbito de aplicación, la fecha de entrada en vigor, su duración, los casos en los que habrá de ser renegociado y los procedimientos previstos para ello. Junto a estas cuestiones de carácter formal, puede ofrecer un triple contenido sustancial posible en atención a la finalidad última de establecer un sistema detallado de implicación de los trabajadores en las decisiones de la SE en alguna de las siguientes formas: mediante la creación de un órgano de representación, de uno o más procedimientos de información y consulta o el diseño de normas de participación de los trabajadores en los órganos de la SE. Estas tres opciones van desde las ya conocidas competencias de representación del colectivo de los trabajadores, la información y la consulta, hasta el avance más notable de la participación en las decisiones de la empresa que constituye el gran salto en materia de implicación.

Caso de que constituya un órgano de representación del personal que ejerza de interlocutor del órgano competente de la SE en las cuestiones objeto de información y consulta, figura que nos recuerda al CEU, el acuerdo habrá de describir su composición, sus atribuciones, el procedimiento de información y consulta diseñado, la frecuencia de las reuniones, y sus recursos financieros y materiales (artículo 11 de la Ley 31/2006). En este supuesto la conclusión del acuerdo excluye no sólo la aplicación de las disposiciones de referencia, sino también la exigencia prevista en la Directiva 94/45 acerca de la constitución de un CEU o procedimiento análogo de información y consulta, porque de lo contrario se produciría una superposición de instancias transnacionales de representación de los trabajadores³⁹.

Otro posible contenido del acuerdo consistirá en que las partes acuerden el establecimiento de procedimientos de información y consulta, supuesto en que contendrá las modalidades de aplicación de dichos procedimientos. Nos seguimos moviendo en el

(39) BERNDT KELLER, "The European company statute: employee involvement-and beyond", opus citada, págs. 430-432, encuentra diferencias con la Directiva CEU en tres puntos: la comisión negociadora, las reglas estándar y los fines a conseguir. Destaca cómo en la práctica la opción ha sido a favor de la constitución de un CEU antes que un procedimiento de información y consulta.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

conocido ámbito vigente desde 1994 y tradicional en los ordenamientos nacionales⁴⁰.

Es la tercera forma de implicación de los trabajadores, su participación en la elección de los miembros del órgano de administración o de vigilancia en la SE, la que constituye la novedad. Si es ésta la opción, el acuerdo desarrollará aspectos tan relevantes como el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que podrán elegir, designar o recomendar, u oponerse a su designación, los procedimientos para ello y sus derechos.

Para empezar, se trata de un nivel de implicación que sólo se establecerá si la comisión negociadora decide acordarlo, porque las Directivas no exigían que la SE esté obligada a contener la participación de los trabajadores como elemento sustancial de su estatuto, sino tan sólo que la implicación exista en alguna de sus formas; o bien, sabemos que de existir la participación en el seno de las sociedades que ahora se unen para formar la SE, ello condiciona el sistema a implantar porque se parte del respeto de los derechos adquiridos por los trabajadores en aplicación del “principio antes-después”. En resumen, la configuración de este nivel de implicación dependerá de la existencia o no del mismo en las sociedades participantes y de otros factores tales como la capacidad negociadora por parte de los representantes de los trabajadores y la disposición por parte de los empresarios.

Pero sabemos que el proceso de negociación puede arrojar asimismo resultados distintos a la celebración de un acuerdo *ad hoc* del artículo 11 de la Ley 31/2006: puede remitir a la aplicación de las disposiciones nacionales de información y consulta (lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 31/2006), o a la de las disposiciones subsidiarias (supuestos del artículo 14).

El peor de los resultados consistirá en la no conclusión de un acuerdo, siendo necesario por ello la aplicación de las disposiciones subsidiarias del Estado miembro en el que se registre la SE. Según el artículo 14.1.b).2º de la Ley 31/2006, caso de agotar el plazo previsto para las negociaciones sin conclusión del acuerdo serán de aplicación cuando los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decidan aceptarlas, y la comisión negociadora por su parte no haya previsto

**OTRO POSIBLE CONTENIDO
DEL ACUERDO
CONSISTIRÁ EN QUE
LAS PARTES ACUERDEN
EL ESTABLECIMIENTO
DE PROCEDIMIENTOS
DE INFORMACIÓN
Y CONSULTA**

(40) Reflexiones en Belén FERNÁNDEZ DOCAMPO, “La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario”, *opus citada*, pág. 197.

la aplicación de las disposiciones nacionales sobre información y consulta. Esta previsión salva la situación de la inscripción de la SE, porque de lo contrario se produciría un bloqueo en el procedimiento de constitución de la nueva estructura que significaría la mayor determinación de los trabajadores de las sociedades participantes que de los accionistas.

A la fecha de enero de 2007, de las cincuenta y seis SE registradas, sólo doce habían celebrado acuerdos destinados a regular un sistema de implicación de los trabajadores⁴¹. Destaca la Sociedad Europea, Allianz SE, con sede social en Munich (Alemania), que ha optado por esta nueva forma jurídica en unión con su filial italiana RAS el 13 de octubre de 2006, fecha en que se registró como tal. Se trata de una sociedad que tiene presencia en todos los Estados miembros de la Unión Europea (en aproximadamente un total de setenta países en todo el mundo)⁴², y cuyo estatuto comprende un acuerdo sobre participación de los trabajadores firmado el 21 de septiembre de 2006 entre los representantes de los empresarios y los sindicatos. Dicho acuerdo incorpora derechos de codeterminación tanto en el consejo como en la composición y competencias del futuro comité de empresa de la sociedad europea. Prevé una estructura dual, articulada en un consejo de administración y en un consejo de control. Los trabajadores tendrán el mismo número de representantes que los empresarios (6 miembros cada uno) en el consejo de control. El acuerdo amplía las competencias establecidas por ley al comité de empresa de la sociedad europea, contemplando el que pueda informar a los empleados de las empresas *off-shore* si van a verse afectadas por decisiones tomadas por Allianz SE, así como que participará en la definición de las líneas guías a seguir en materias tales como la igualdad de oportunidades, seguridad y salud laboral, protección de datos y políticas de formación y educación⁴³.

Otro grupo que se ha planteado su constitución como SE es el formado por Unicredito (el primer grupo bancario italiano) y HypoVereinsBank (uno de los mayores bancos privados alemán), a raíz de su fusión en junio de 2005, pero de momento no tenemos noticia de que la idea haya madurado⁴⁴.

Tal y como señala en su Exposición de Motivos la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España (punto II), el nuevo modelo está orientado hacia sociedades de grandes dimensiones, pero no es inaccesible para las

(41) CES, "Activity report 2003-2006", www.etuc.org, pág. 58.

(42) En España seis empresas forman parte del grupo Allianz: dos Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros SA, una con sede en Barcelona y otra con sede en Madrid, Allianz Global Corporate y Specialty, Allianz Spain Investment & Asset Management, Eurovida SA, y Fénix Directo, todas ellas con sede en Madrid. Consúltase www.allianz.com y www.ras.it

(43) EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, "Agreement on worker participation in European financial services company", www.eurofound.europa.eu/eiro/2006/11/articles/eu0611019i.html. EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, "Allianz to become European Company", www.eiro.eurofound.eu.int/2005/11/in-brief/eu0511203n.html, relata que el proceso de constitución como sociedad europea se inició en septiembre de 2005. CES, "A bigger future for worker participation in Europe thanks to Allianz SE", www.etuc.org/a/2841

(44) Consúltase www.unicredit.it y www.hypovereinsbank.de. El grupo tiene en España: HVB Group Representative Office Madrid, HVB Group Corporate Banking Spain & Portugal, y Pioneer Global Investments Limited, todas con sede en Madrid.

La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea

de dimensión media o incluso menor⁴⁵. Podríamos afinar más, está destinado a sociedades anónimas españolas que se transformen en SE en las que se practicara alguna forma de participación; supuesto bastante poco frecuente en la realidad societaria nacional. Por otra parte, los grupos de empresa se presentan como candidatos potenciales hacia una evolución en SE, sin embargo en España no destacan por sus habilidades negociadoras.

Desde el respeto a los derechos de implicación de los trabajadores ya existentes en las legislaciones y/o prácticas nacionales, que estén siendo disfrutados por los trabajadores de las sociedades participantes en la nueva estructura, tanto de los distintos a la participación en los órganos de la SE como de los de este tipo, no se impulsa una evolución de estas prácticas de participación en aquellos Estados miembros en los que su tradición, como es nuestro caso, no las contempla. Es por ello que no estamos ante una normativa tan novedosa como pudiera parecer en un primer momento. Resta sólo la intervención de la autonomía colectiva a favor de tal evolución, desde la conclusión de acuerdos innovadores, fruto de una comisión negociadora que sea el artífice real de un sistema de implicación de los trabajadores al más alto nivel.

VI. BIBLIOGRAFÍA

— AGUILAR GONZÁLEZ, M^a Cristina, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, 2006.

— ARAGÓN SÁNCHEZ, Antonio, “Gestión de la participación de los trabajadores en la empresa: situación y desafíos”, en AAVV, *La participación de los trabajadores en la empresa*, Marcial Pons, 2003.

— *La participación de los empleados en la empresa: factores condicionantes para la gestión y resultados*, CES colección Estudios, 1998.

— ARRIGO, Gianni, “La dimensione europea dell’impresa”, *Il Progetto*, núm. 69, mayo-junio de 1992.

— “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *RMTAS*, núm. 52, 2004.

— CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 117, 2003.

— CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1994.

(45) “Estudio de viabilidad para un estatuto europeo de las PYMEs”, opus citada, pág. 29, extrae, entre otras, las siguientes conclusiones: el 52,8 % de las empresas preguntadas declaran que sus trabajadores no participan en la gestión de la empresa; el 37,6% señala una participación escasa; el 9,7% indica una participación activa de sus trabajadores en la gestión empresarial.

– ESPÍN SÁEZ, Maravillas, “Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea”, RMTAS, núm. 47, 2003.

– EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, “European Cooperative Society nears adoption”, www.eiro.eurofound.ie/2003/06/InBrief/EU0306201N.html.

– “Agreement on worker participation in European financial services company”, www.eurofound.europa.eu/eiro/2006/11/articles/eu0611019i.html.

– “Allianz to become European Company”, www.eiro.eurofound.eu.int/2005/11/in-brief/eu0511203n.html.

– FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén, *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Tirant lo blanch, 2006.

– GARCÍA ROMERO, Belén, “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, Civitas, núm. 113, 2002.

– GARRIDO PEREZ, Eva, “La Sociedad Europea: un nuevo impulso y una nueva posibilidad para la participación de los trabajadores en las empresas”, en *La dimensión europea y trasnacional de la autonomía colectiva*, Antonio Baylos Grau (coordinador), Editorial Bomarzo, 2004.

– “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002.

– BERNDT KELLER, “The European company statute: employee involvement-and beyond”, *Industrial Relations Journal*, volume 33, núm. 5, diciembre 2002.

– LANDA ZAPIRAÍN, Juan Pablo (coordinador), *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Editorial Bomarzo, 2004.

– MERCADER UGUINA, Jesús, “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la constitución europea como telón de fondo”, *Revista del MTAS*, núm. 57, 2006.

– MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, “El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea centra la atención”, *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, núm. 88, 2002.

– PIZZOFERRATO, Alberto, “La fine annunciata del modello partecipativo nello statuo della società europea”, *Revista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2004.

– TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “La participación de los trabajadores en la transposición de la directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *Relaciones Laborales*, núm. 22/2006.

-- La participación de trabajadores en las sociedades anónima europea y cooperativa europea --

– TREU, TIZIANO, “Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni tra istituzioni e parti sociali”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 4-1998.

– VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Relaciones Laborales*, núms. 13 y 15/16, 2003.

– “La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después”, *Relaciones Laborales*, tomo I, 2003.

– “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario”, *Relaciones Laborales*, tomo I, 2003.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Normativa comunitaria. Obligatoriedad de las directi-

vas. 2. Constitución. A) Constitución y Acuerdo Internacional. B) Constitución y Ley.

No discriminación por razón de sexo. C) Constitución e igualdad. D) No discrimi-

nación por razón de raza o etnia. E) Libertad de expresión. **3. Ley.** A) Ley y Principio

de Jerarquía Normativa. Derecho de huelga. B) Legislación Estatal y Comunidades

Autónomas. Responsabilidad del pago de cuotas colegiales. C) Aplicación de Ley y con-

venio colectivo. D) El principio de unidad de regulación. El “espiguelo”. **4. Convenio**

colectivo. A) Aplicación de convenio y derechos fundamentales. Derecho a la intimi-

dad. B) Determinación de convenio aplicable. Sucesión de convenio colectivo.

C) Eficacia del convenio estatutario. **5. Autonomía individual en el ámbito laboral.**

6. Criterios de aplicación de la norma. Norma más favorable. 7. Condición más bene-

ficiosa. 8. Absorción y compensación.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 1 al 4 de 2007 de la Revista de Información laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 733).

1. NORMATIVA COMUNITARIA. OBLIGATORIEDAD DE LAS DIRECTIVAS

La STJCE de 21 de junio de 2007, I.L. J 629, reafirma la obligación de desarrollo en el derecho interno de las Directivas comunitarias, definiendo la responsabilidad de los Estados en caso de no garantizar la incorporación al ordenamiento de su contenido normativo.

Cada Estado define de forma soberana su ordenamiento jurídico nacional, si bien al integrarse en un ámbito supranacional como la CE asume también toda la normativa internacional que de allí deriva. El derecho comunitario pasa a formar parte del ordenamiento,

y se queda obligado a poner en marcha todos aquellos mecanismos legales que puedan ser precisos para garantizar eficacia para el Derecho Comunitario en el ámbito interno. El compromiso supone la aprobación de todas aquellas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que puedan resultar precisas para trasponer a su ordenamiento interno los contenidos previstos en una norma comunitaria como una Directiva. Esa tarea compromete directamente al Estado y su incumplimiento podría determinar condena expresa al responsable de tal omisión. Si se prueba objetivamente la no incorporación en el derecho interno, el Estado incurre en responsabilidades. La doctrina comunitaria no acepta justificar este incumplimiento con argumentos relativos a la situación del ordenamiento interno, rechazando también los retrasos más allá de los plazos concedidos por la propia disposición comunitaria.

Por todo ello, en este caso el Tribunal Europeo condena al Reino de España por la falta de adaptación al ordenamiento interno español de la Directiva 2002/15/CE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera en el plazo fijado por la propia norma comunitaria (artículo 14 de la Directiva 2002/15/CE).

La propia Directiva abre una vía alternativa y complementaria para su desarrollo, mencionando el acuerdo con los interlocutores sociales españoles como fórmula idónea para adaptarla al derecho interno.

Pero, tras haber superado los plazos máximos, queda probado ese incumplimiento y el Tribunal rechaza la alegación del esfuerzo realizado por el Estado para lograr ese acuerdo con los representantes sociales dentro de plazo. El Tribunal declara probado el incumplimiento de España, añadiendo la consiguiente condena en costas para el Estado, al ser éste plenamente responsable del mismo.

2. CONSTITUCIÓN

A) Constitución y Acuerdo Internacional

En relación a la constitucionalidad de ciertos acuerdos internacionales se dictan dos sentencias sobre los Acuerdos celebrados por el Estado Español con la Santa Sede en materia de enseñanza.

La **STC 38/2007, de 15 de febrero**, I.L. J 109 y la **STC 80/2007, de 27 de abril**, I.L. J 329, analizan cuestiones de inconstitucionalidad referidas a los Acuerdos Internacionales establecidos por el Estado Español con la Santa Sede relativos a la enseñanza y asuntos religiosos. El Tribunal Constitucional desestima la existencia tanto de violación de los preceptos constitucionales, así como de vulneración de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo.

I. Fuentes del Derecho

El problema objeto de debate se refiere a la aplicación de normas que confían al Obispado la propuesta de contratación del profesorado de religión, descartando que la Administración pública pueda hacer otra cosa que asumir esa propuesta. Se planteaba si este modelo de contratación podía resultar contrario a preceptos constitucionales tales como los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3.

El Tribunal Constitucional no apreció ningún problema de constitucionalidad en el sistema de contratación de profesores, afirmando su compatibilidad con el principio de aconfesionalidad del Estado. En la argumentación se va descartando la concurrencia de un problema de vulneración del derecho al acceso al empleo público en condiciones de igualdad por seleccionar a los posibles candidatos en función de criterios religiosos. No se entiende que esa posición genere algún conflicto, porque se reserva al Estado un amplio margen, tanto para realizar la regulación de las pruebas de selección, como para determinar los méritos y capacidades aplicables de los aspirantes, siempre y cuando no se superen los límites infranqueables establecidos por el ordenamiento a dicha libertad.

En este caso, disponer de una especial cualificación acreditada mediante una declaración eclesial de idoneidad, como requisito para alcanzar la condición de profesor, no puede entenderse como forma de selección arbitraria o ajena al mérito y capacidad y, desde luego, no implica tampoco una discriminación por motivos religiosos, porque tan sólo es aplicada para contratos de trabajos que se celebran únicamente para impartir la enseñanza de la religión católica durante el curso escolar. Se afirma que la facultad reconocida a las autoridades religiosas para determinar a las personas cualificadas para impartir la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las iglesias. Afirmando que tales profesores tienen a su vez reconocidos derechos fundamentales y legales como trabajadores, modulados un tanto por la singularidad que conlleva la enseñanza religiosa.

La STC 80/2007 suscitaba también un tema adicional relativo a la eventual vulneración del derecho de libertad de expresión y huelga de los profesores de religión. El Tribunal descarta asimismo que las disposiciones legales del Acuerdo vulneren los artículos 20.1 y 28.2 de la Constitución, tras recordar que la jurisdicción española puede efectuar el control concreto de los actos de aplicación de estas disposiciones y de su conformidad con los derechos fundamentales de estos profesores.

En conclusión, todos esos motivos de inconstitucionalidad de los Acuerdos resultan rechazados por el Constitucional afirmando que en su articulado no existe vulneración alguna de los preceptos legales cuestionados.

B) Constitución y Ley. No discriminación por razón de sexo

La STC 3/2007, de 15 de enero, I.L. J 8, reconoce vulnerado el derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo, al haberse denegado a una trabajadora la reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor. El Tribunal afirma que la regulación legal prevista debe aplicarse, en estos casos, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por

razón de sexo de las trabajadoras (artículo 14 de la Constitución) y desde el mandato de protección a la familia y la infancia (artículo 39 de la Constitución) que entiende deben prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa de esta norma legal.

La empresa trata de fundar su decisión de rechazar la concreta reducción de jornada, para el cuidado de hijo, solicitada por la trabajadora en una aplicación directa del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal señala que al estar en juego el derecho a lo no discriminación por razón de sexo, no cabe ignorar esa dimensión constitucional implícita y, por ello, señala que la normativa estatutaria debe ser aplicada atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso. Así cuando en el artículo 37 del ET se habla de reducción de jornada “dentro de su jornada ordinaria” debe aplicarse el precepto tomando en cuenta la finalidad implícita del derecho. Es decir, el derecho debe interpretarse buscando conseguir una compatibilidad entre la nueva jornada solicitada por la trabajadora y su vida familiar y profesional.

La doctrina constitucional afirma que no cabe tomar esta decisión empresarial analizando únicamente la fórmula concreta de reducción que haya propuesto la trabajadora. No cabe limitarse a revisar si esa nueva jornada se puede ajustar o no a los límites del precepto estatutario. Al aplicar una reducción de jornada por estos motivos debe evaluarse, junto a las dificultades organizativas de la empresa, la incidencia que una negativa a la reducción puede tener en su vida familiar y profesional para evitar tomar una decisión empresarial que pueda vulnerar los derechos fundamentales de la trabajadora.

Y por ello en este caso se le reconoce el derecho de la trabajadora aun cuando la jornada ordinaria de la empresa está fijada de lunes a viernes, en turnos de mañana y tarde, siendo la propuesta de la trabajadora una reducción de la semana a tres días laborales, pues se entiende que cualquier otra solución podría suponer una discriminación indirecta para la trabajadora.

C) Constitución e igualdad

La doctrina constitucional mantiene que el principio de igualdad de trato resulta violado en caso de aplicarse una diferencia retributiva entre trabajadores de una misma categoría, sin que la diferencia venga fundada en motivos objetivos y razonables. Y determina que no es compatible con el artículo 14 de la Constitución establecer diferencias entre aquellos trabajadores que mantengan una “igualdad radical e inicial en sus relaciones de trabajo”.

Siguiendo estas premisas se dicta la **STC 5/2007, de 15 de enero**, que entiende contrario al principio de igualdad la aplicación de normas salariales diferentes a dos grupos de trabajadores que prestan el mismo tipo de servicio.

I. Fuentes del Derecho

El Tribunal Constitucional considera en esta resolución que la diferencia retributiva imputada por la Escuela Italiana de Madrid a un grupo de trabajadores por su nacionalidad, se encuentra desprovista de justificación objetiva y razonable y, ante tales circunstancias, les concede el amparo a las demandantes por entender que la diferencia retributiva que soportan conlleva una discriminación por razón de la nacionalidad.

Es sabido que el principio de igualdad en materia retributiva no conlleva en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto. La autonomía de la voluntad deja un amplio margen de decisión al empresario que puede establecer distintos acuerdos de carácter privado con parte de su plantilla. Pero el límite de su autonomía viene dado por los principios constitucionales. No cabe establecer en la empresa diferencias salariales basadas en alguna de las causas señaladas en el artículo 14 de la Constitución pues tal diferencia está prohibida al ser discriminatoria.

La sentencia no puede asumir la diferencia de retribución que la Escuela Italiana utiliza, intentando sujetar bajo normas salariales supuestamente diferentes a dos grupos de trabajadores españoles e italianos, con idéntica categoría profesional e idénticas funciones. Máxime al quedar acreditado que entre ambos grupos de trabajadores sólo aparece un elemento diferenciador, concretado en su pertenencia a la nacionalidad española o italiana, según los casos.

La empresa trató de buscar alguna justificación objetiva y razonable para su actuación y, aunque toda su plantilla cumplía idéntica función y prestaba servicios en España, intentó esgrimir algunos argumentos no discriminadores. Pero no pudo acreditar la concurrencia de ningún elemento diferenciador justificado. Ensayó aludir al carácter temporal o fijo del personal y a un plus establecido para trabajadores no fijos pero, en ningún caso, se logró acreditar de forma razonable tal posición.

Por todo ello, se dice en la sentencia que la autonomía empresarial puede disponer sobre la retribución de sus trabajadores, respetando los mínimos legales o convencionales y estableciendo pautas que no vulneren los principios estatutarios y los derechos constitucionales como el principio de igualdad y no discriminación por razón de raza, sexo, religión, nacionalidad, origen. Y se reitera la doctrina de la imposibilidad de establecimiento de un régimen salarial diferenciado entre trabajadores cuando no hay justificación objetiva para la diferencia.

En el mismo sentido la doctrina rechaza la introducción de diferencias salariales fijadas únicamente en base a la duración del contrato. La **STS de 15 de febrero de 2007**, I.L. J 210, rechaza un intento empresarial de privar a los trabajadores temporales de un complemento reconocido tan sólo a los trabajadores fijos.

Resulta conocida la doctrina que, como regla general, limita la capacidad empresarial para someter a trato diferente a ciertos grupos de trabajadores. Se admite establecer diferencias sólo cuando concurran elementos objetivos relacionados con la prestación o con el propio régimen jurídico de cada contrato para justificar una diferencia. Por todo ello

no es posible situar sin más a los trabajadores temporales como un colectivo de segundo orden, en relación con los trabajadores que tengan contratos de duración indefinida.

En este litigio se analizaba la procedencia de establecer una diferencia retributiva entre trabajadores temporales e indefinidos fundada en el pago de un determinado plus. Ese complemento venía fijado en convenio y era de tipo personal, retribuía factores relacionados con la actitud y forma de trabajar del empleado y, por tanto, resultaba ajeno a otros factores como la duración más o menos larga del contrato. El pago estaba referido a la experiencia, asistencia, responsabilidad y dedicación del trabajador.

El Tribunal hizo una valoración negativa al considerar poco acorde con el principio de igualdad impedir el acceso a un complemento como ése a los trabajadores temporales. Esta idea se refuerza aun más tras examinar el contexto histórico de la retribución. Entre los antecedentes de este complemento se observa que el mismo parece ser heredero de un complemento anterior llamado “plus de convenio”, que estaba previsto en otro convenio, y sobre el que ya habían recaído varias sentencias calificándolo contrario al principio de igualdad, y rechazando el intento empresarial de limitar su aplicación únicamente al personal fijo de plantilla (SSTS de 28 de mayo de y 27 de septiembre de 2004).

La resoluciones posteriores reafirmaron el inequívoco mandato constitucional de igualdad de trato para trabajadores temporales proclamado expresamente por el artículo 15.6 del Estatuto desde la Ley 12/2001, de 9 de julio, y se pueden citar entre otras las siguientes: las SSTS de 13 de marzo de 2007, I.L. J 275; 14 de marzo de 2007, I.L. J 354; 21 de marzo de 2007, I.L. J 450; 22 de marzo de 2007, I.L. J 416; 26 de marzo de 2007, I.L. J 321; 28 de marzo de 2007, I.L. J 347; 29 de marzo de 2007, I.L. J 366; 3 de abril de 2007, I.L. J 507; 4 de abril de 2007, I.L. J 453; 17 de abril de 2007, I.L. J 472, que rechazan una y otra vez posteriores intentos de la empresa de identificar un estatuto del trabajador pleno, frente al estatuto limitado o incompleto que se trataba de aplicar al personal temporal.

La STS de 1 de febrero de 2007, I.L. J 305, entiende que no se produce violación del derecho a la igualdad salarial por establecer diferencias salariales cuando éstas se fundan en elementos razonables objetivamente diferentes.

En tal sentido cabe mencionar un complemento retributivo establecido para los vigilantes por el convenio estatal de empresas de seguridad. El llamado “plus de radioscopia” viene reconocido expresamente a los vigilantes que presten su labor en las instalaciones aeroportuarias y dispongan de una formación específica que haya sido impartida por técnicos especializados.

Este complemento aparece como una remuneración específica, vinculada a circunstancias concretas e individualizadas de algunos vigilantes y no constituye por tanto una parte más de la retribución salarial ordinaria prevista en el convenio.

I. Fuentes del Derecho

Se reconoce el derecho al pago tan sólo a aquellos trabajadores que reúnan todos los requisitos previstos en el convenio. Es decir, se atribuye a cierto personal de vigilancia, que desarrolla su actividad laboral en el aeropuerto, utiliza el equipo de radioscopia y acredita haber recibido el curso de formación específico sobre la radioscopia aeroportuaria.

La resolución judicial, en este caso, asume que resulta fundado no reconocer acceso a este complemento a quienes realicen labores de vigilancia bajo otras circunstancias, sin que esta actuación vulnere el principio de igualdad. Las claves de la argumentación están en entender que la diferencia de trato deriva de lo pactado en el propio convenio y, sobre todo, que tiene una justificación objetiva, valorada como razonable por el Tribunal.

D) No discriminación por razón de raza o etnia

La STC 69/2007, de 16 de abril, I.L. J 325, retoma el análisis del principio de igualdad y, en especial, analiza un supuesto de trato discriminatorio por motivos raciales o étnicos. Resuelve un recurso de amparo, referido a la reclamación de una prestación de viudedad, tras haber celebrado un matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanas. Y se mantiene la posición doctrinal fijada hace años sobre este tema.

El Tribunal reafirma que la prestación de viudedad está limitada a supuestos de matrimonio legalmente reconocido, excluyendo supuestos de otras uniones o formas de convivencia y recuerda que tal limitación no se ha considerado en la jurisprudencia discriminatoria. En el ordenamiento se establece una forma civil de acceso al vínculo matrimonial considerada neutral de cualquier connotación de tipo étnico, y se otorga efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejadas de cualquier aspecto étnico.

En aplicación de tales premisas, el Constitucional afirma que no cabe apreciar discriminación por negarle efectos legales a esta unión matrimonial realizada conforme al rito gitano.

El Constitucional realiza una consideración final hablando sobre el posible desarrollo de una nueva legislación que establezca condiciones materiales para que las uniones celebradas conforme a los usos y los ritos gitanos pudieran contar con efectos civiles matrimoniales.

Incluye también un voto particular que, además de discrepar de esta posición mayoritaria del Tribunal, llega mucho más allá en sus argumentaciones. Considera vulnerado el derecho de igualdad de la viuda al negársele la pensión aportando varios e interesantes elementos reclamando un reconocimiento legal de efectos civiles para el matrimonio gitano.

Trae a colación la STC 129/2004 donde este Tribunal entendió vulnerado el derecho a la igualdad de un viudo privado de pensión, una vez que éste acredita la existencia de su relación conyugal aunque el matrimonio no figuraba inscrito en el Registro. Menciona

también como base de su posición otros elementos presentes en este caso que permiten avalar la existencia de vínculo entre el fallecido y la demandante. Se mencionan elementos como que la viuda disponga de su libro de familia o de la consideración legal ante la Administración a todos los efectos legales de familia numerosa o que figurara durante años en la cartilla de la Seguridad Social de su marido como beneficiaria. A todo lo anterior se suma una reflexión adicional sobre la necesidad de reconocimiento de los derechos de las minorías étnicas y sobre las normas internacionales como el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales, hecho en Estrasburgo, o la Directiva 2000/43 del Consejo de Europa, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico.

E) Libertad de expresión

La **STC 125/2007, de 21 de mayo**, I.L. J 586, concede el amparo a un trabajador al entender que la empresa ha vulnerado su libertad de expresión. La doctrina constitucional mantiene su posición sobre el tema y señala que la celebración de un contrato de trabajo no puede suponer para el trabajador la privación de los derechos que en nuestro sistema jurídico ser reconocen a todos los ciudadanos. Aunque el vínculo laboral conlleva sometimiento a las facultades organizativas de la empresa, éstas sólo pueden ser utilizadas del modo adecuado, sin que sea admisible aplicar decisiones empresariales que puedan comportar alguna lesión para los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a toda la plantilla.

La resolución considera que la actuación seguida por un periódico superó los límites en el ejercicio de los poderes empresariales, al impedir el ejercicio de su libertad de expresión a uno de los trabajadores.

La empresa no autorizó a uno de sus periodistas para seguir colaborando en una tertulia televisiva, en la que había participado desde hacía varios años. Esta medida se le aplica a raíz de unas declaraciones políticas que pronuncia este periodista en el programa televisivo y que podrían no haber gustado en su empresa.

Con esa decisión se modificaba una práctica empresarial que había sido mantenida durante un largo período de tiempo, intentando limitarle la participación televisiva referida tan sólo a uno de los periodistas de su plantilla, permitiendo en cambio al resto de su plantilla continuar colaborando en el citado medio audiovisual.

El Tribunal rechazó esta actuación empresarial al no poder acreditar la empresa ninguna cobertura legal objetiva que permitiera avalar la adopción de esa medida sobre el trabajador, quedando probado que a los restantes empleados del periódico se les permitía continuar participando en la misma tertulia.

3. LEY

A) Ley y Principio de Jerarquía Normativa. Derecho de huelga

La STC 36/2007, de 12 de febrero, I.L. J 108, concede el amparo por vulneración del derecho fundamental de huelga al haberse aplicado un precepto legal que no respeta el derecho constitucional.

El Tribunal aplica el principio de jerarquía normativa y considera contraria a la Constitución lo previsto en la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Principado de Asturias, al menos en la parte que atribuye al Director Gerente del Servicio de Salud del Principado (SESPA) la función de fijar los servicios mínimos.

El problema se plantea ante la fijación por el Director General del SESPA de estos servicios mínimos en una de huelga del sector. Al entender que las garantías de neutralidad e independencia, propias de la autoridad gubernativa, a las que se refiere el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, reguladora del derecho de huelga, no concurren en ese cargo.

El Constitucional entiende que el Director Gerente es un órgano administrativo más que político, un órgano de gestión, y por ello carente de capacidad o competencia para poder fijar servicios mínimos en caso de huelga, siguiendo el artículo 28.2 de la Constitución.

La sentencia entronca con la resolución STC 296/2006, de 11 de octubre, que ya declaró inconstitucional y nulo el apartado I del artículo 15.2 de la Ley Asturiana 1/1992, dado que la capacidad para la fijación de servicios mínimos en caso de huelga corresponde a la autoridad gubernativa, que es quien por su imparcialidad y responsabilidad política se encuentra realmente en posición de definir de modo idóneo cuáles son esos servicios en caso de huelga.

B) Legislación Estatal y Comunidades Autónomas. Responsabilidad del pago de cuotas colegiales

La determinación de la responsabilidad por las cuotas profesionales que el personal estatutario del INSALUD abona a su respectivo Colegio Profesional, cuando se trata de personal que presta servicios en exclusiva para la Administración sanitaria, continúa siendo objeto de buen número de sentencias durante los últimos meses.

Siguiendo doctrina ya consolidada la Sala de lo Social del Tribunal Supremo atribuye tal responsabilidad tomando en cuenta el momento en que la deuda ha sido contraída. Por ello al tratarse de personal sanitario inicialmente al servicio del INSALUD y posteriormente transferido a las Comunidades Autónomas se analiza en cada caso si la deuda corresponde a cuotas pagadas en un período anterior o posterior al traspaso de competencias, en materia de asistencia sanitaria, a las distintas Comunidades Autónomas.

El Tribunal condena a pagar al INSALUD (actualmente INGESA) respecto a las deudas correspondientes a períodos anteriores a la realización de los procesos de traspaso de com-

petencias a las distintas autonomías (Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1983, de 14 de octubre) y le exime de la obligación de pago por deudas generadas con posterioridad.

Las transferencias imponen responsabilidades sobre las obligaciones de índole retributiva (RDL 3/1987) debiendo asumirse todas aquellas contraídas por el propio INSALUD. Pero no cabe imponer a esas nuevas administraciones pagos de otros conceptos, de tipo indemnizatorios, nacidos de Acuerdos adoptados por el propio INSALUD y generalizados por resolución judicial a todo el personal estatutario sujeto a colegiación en aras del principio de no discriminación.

Siguiendo esta doctrina se pueden mencionar algunas de las numerosas sentencias que sigue dictando el TS. La **STS de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 202, declara que el SESPA no tiene obligación del pago de cuotas de 2002 por no tener naturaleza retributiva sino indemnizatoria, la **STS de 5 de abril de 2007**, I.L. J 541, al reclamar cuotas desde 1987 a 2003 estima parcialmente la demanda, condena al INSALUD, por la deuda anterior a 2002 y absuelve al Servicio de Salud Asturiano (SESPA) respecto a deudas posteriores, o las **SSTS de 9 de marzo de 2007**, I.L. J 350; **13 de marzo de 2007**, I.L. J 376; **30 de marzo de 2007**, I.L. J 346; **10 de abril de 2007**, I.L. J 455; **17 de abril de 2007**, I.L. J 555; **19 de abril de 2007**, I.L. J 463; **18 de abril de 2007**, I.L. J 546; **26 de abril de 2007**, I.L. J 489, que desestiman reclamaciones por cuotas posteriores a 2002 frente al SESPA.

C) Aplicación de Ley y convenio colectivo

La **STS de 6 de marzo de 2007**, I.L. J 278, analiza las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones establecidas por el convenio colectivo a la hora de aplicar una subrogación empresarial prevista en la ley.

El Tribunal había dictado doctrina reiterada que impedía realizar una subrogación empresarial, cuando la empresa saliente incumpliera las obligaciones pactadas en el convenio. Entendiendo como “no producida” una transferencia de trabajadores, en el caso de haber omitido las esenciales obligaciones de información con la plantilla. De este modo se trata de proteger el empleo, pues los trabajadores, o bien permanecían en la empresa saliente, o bien resultaban cesados, tras percibir la correspondiente indemnización.

En la sentencia se matiza este argumento, revisando todos los efectos del incumplimiento de condiciones pactadas en un convenio, al realizar una transmisión prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Se analiza el artículo 14 del Convenio nacional de vigilancia y seguridad. Este convenio establece algunos supuestos fácticos para aplicar una transmisión y éstos son los siguientes: el cese de la contrata con la entrada de una nueva empresa adjudicataria y afectación al empleo; además, señala también expresamente una obligación de información a los trabajadores afectados.

I. Fuentes del Derecho

El Tribunal considera el deber de informar como una obligación de las partes, sin que tenga carácter de requisito o resulte un elemento imprescindible para poder realizar la subrogación.

Por eso, tras estudiar en profundidad el artículo 14 del convenio, se determinó que en el supuesto en litigio cabría la realización de esta subrogación ya que se respetaron todos los elementos determinantes de la misma. Resultando también acreditado que un eventual incumplimiento del deber de informar no supone un problema que provoque, por sí solo, una anulación de la transmisión de la empresa.

En el convenio de limpieza se menciona ese deber de información a los trabajadores como simple obligación no como requisito.

La actuación seguida por la empresa cumple los elementos esenciales para realizar transmisiones, establecidos tanto en la ley como en el convenio y, por eso, no cabe asumir la pretensión formulada por un trabajador que, ante la extinción de su contrato como consecuencia de la transmisión, buscaba anularla por falta de información a la plantilla.

D) El principio de unidad de regulación. El “espigueo”

La STS de 14 de febrero de 2007, I.L. J 248, trata de la repercusión del principio llamado de “unidad de regulación”, valorando una pretensión que trata de conseguir una aplicación acumulada de varias normas legales.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo analiza el intento de regular un tema combinando dos preceptos legales diferentes fragmentándolos y seleccionando de cada uno aquella parte de su contenido que resulte más favorable para sus intereses.

La demanda es desestimada por el Tribunal al entender que acude al “espigueo” de normas. Es decir, que busca seleccionar entre lo previsto en la ley y en el convenio dejando tan sólo aquella parte que resulta beneficiosa o interesante. Se selecciona en cada articulado los elementos que mejor encajan, renunciando a realizar una valoración global.

La cuestión litigiosa concreta viene referida al derecho a tener delegado sindical en una empresa de seguridad. El problema está en que la sección demandante no reúne los requisitos previstos en la ley de libertad sindical (artículo 10 de la LOLS), ya que la plantilla del centro no alcanza el número mínimo de 250 trabajadores. Ante tal circunstancia se acude al convenio (convenio nacional de empresas de seguridad) que establece una regulación más flexible, al limitar a 150 el número de empleados de la empresa. Pero, según este convenio, debe acreditarse la representatividad en la empresa y no sólo en el centro de trabajo. Al no reunirse esta segunda exigencia, intenta buscarse una fórmula que evite la eficacia de este aspecto.

Se ensaya una nueva fórmula de aplicación combinada de ambas normas, tomando del convenio lo relativo al número de trabajadores y, de la LOLS el grado de representatividad, es decir, se intenta el “espigueo”.

La resolución judicial recuerda que no cabe realizar una aplicación acumulada de dos normas escogiendo lo que más favorece. Si se acude a la regulación prevista en convenio, por ser más favorable respecto al cómputo de trabajadores, no podemos requerir a la vez la aplicación de los criterios de la ley para lograr el reconocimiento de los delegados.

La aplicación de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de esa materia. Cuando se quiera mantener la regulación más favorable del convenio, deben respetarse también todos los criterios que el propio convenio establece.

3. CONVENIO COLECTIVO

A) Aplicación de convenio y derechos fundamentales. Derecho a la intimidad

Sobre el sometimiento del convenio a la ley y, más en concreto, sobre el necesario respeto a los derechos fundamentales del trabajador cabe mencionar la **STS de 13 de marzo de 2007**, I.L. J 355.

Los derechos fundamentales del ciudadano se mantienen dentro de una relación laboral pero se pueden establecer límites para el ejercicio de un derecho constitucional por parte del trabajador en el seno de la empresa. Se admiten limitaciones o sacrificios para el ejercicio de esos derechos del trabajador, pero únicamente si otros derechos fundamentales adaptados para permitir su disfrute tienen reflejo en el seno de una relación laboral.

La resolución reitera la doctrina sobre la limitación de un derecho fundamental en el ámbito laboral. Se analiza que el llamado derecho constitucional a la intimidad no es un derecho absoluto y puede ceder ante otros intereses constitucionales relevantes, siempre que el recorte del llamado contenido esencial sea necesario y proporcionado.

Tras analizarlo, considera que no resulta contrario a la Constitución, ni al derecho fundamental a la intimidad del trabajador establecer en el convenio una cláusula que imponga la obligación de presentar ante la empresa una justificación y/o comunicación de haber ejercido el derecho del voto, en el caso de solicitar un día adicional de descanso tras cada día de elecciones políticas.

El convenio establece un derecho adicional de descanso y fija condiciones especiales para acceder al mismo; condiciones especiales para acceder a un beneficio adicional. La empresa sólo reclama la presentación de una justificación de haber emitido realmente el voto cuando el trabajador quiere acceder al descanso adicional. Y requiere acreditación de participación en la votación sin plantear pregunta alguna sobre su sentido.

I. Fuentes del Derecho

En tales circunstancias el Tribunal concluye que no se produce ninguna violación de derecho fundamental y que esta exigencia empresarial pactada en convenio no presenta ningún carácter atentatorio contra el derecho a la intimidad de los trabajadores. Se respeta el derecho y se deja en manos de cada empleado la decisión de comunicar o no a su compañía el ejercicio del derecho de sufragio y con ello el disponer del descanso complementario correspondiente, pactado en el convenio.

B) Determinación de convenio aplicable. Sucesión de convenio colectivo

La STS de 18 de enero de 2007, I.L. J 131, resuelve una reclamación sindical frente al cambio del sistema de encuadramiento profesional de empleados de la Administración Pública.

Tras la aprobación de un Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, comienza la aplicación a todo el sector de empleados públicos de unos criterios de clasificación profesional uniformes. Este nuevo convenio busca la reunificación de los diversos sistemas de clasificación que hasta esa fecha eran aplicados entre lo empleados públicos sometidos a los convenios propios de cada Ministerio.

El convenio general introduce otros criterios de encuadramiento e intenta situar en sus grupos profesionales a las más de 50 categorías presentes en los antiguos convenios. La norma diseña mecanismos complementarios especiales. Trata de dar una salida a los eventuales problemas de reclasificación e intenta el traslado de categorías situadas en distintos planos en los grupos articulados por el nuevo convenio. Se incluye un Anexo para detallar su aplicación y se establece también un sistema excepcional para la eventual modificación de ese encuadramiento. Dada la detallada previsión convencional, cualquier modificación debe efectuarse mediante la negociación de un nuevo convenio o siguiendo el cauce señalado en los artículo 19 y 20 del propio convenio.

La impugnación del encuadramiento de las limpiadoras y costureras procedentes del Ministerio de Defensa dentro del grupo siete, y no el ocho, resulta desestimada por el Tribunal por la poca consistencia de los argumentos presentados.

La sentencia recuerda al recurrente que no cabe utilizar preceptos o definiciones de grupo incluidas en un convenio como el de Defensa ya derogado. Sin apreciar vulneración alguna del principio de igualdad, al entender que las diferencias observadas derivan de las enormes disparidades que existían antes de fundir tantas situaciones en un único sistema de clasificación. Se hace muy difícil hablar de igualdad al comparar datos y categorías profesionales de los más de cincuenta convenios ya derogados. Y, en definitiva, no cabe acreditar ninguna infracción basada en que situaciones iguales hubieran podido tener un trato desigual.

C) Eficacia del convenio estatutario

Sobre la limitación del ámbito de aplicación de un convenio estatutario se pronuncia la STS de 14 de marzo de 2007, I.L. J 384. La cuestión litigiosa revisa la libertad de las

partes para acordar la exclusión del convenio de un grupo de trabajadores al encontrarse éstos adheridos a un convenio extraestatutario anterior.

El Estatuto de los Trabajadores señala que las partes tienen la capacidad legal para determinar el ámbito aplicación de un convenio (artículo 83.1 del ET) si bien su libertad de actuación no es nunca absoluta.

La propia doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Cuarta del Supremo puntualiza que los criterios a seguir deben ser objetivos, tomando en cuenta a la vez aspectos como la legitimación que ostentan los propios negociadores.

La sentencia consideró nula una previsión, incluida en la Disposición Adicional de un convenio, que intentaba dejar fuera del ámbito personal de éste a un grupo de trabajadores por hallarse adheridos a un acuerdo extraestatutario anterior. Estableciendo además la competencia de la Comisión Paritaria para resolver cualquier solicitud de inclusión en su ámbito que sea presentada por estos trabajadores.

En el litigio aparentemente se producía un conflicto, entre normas pactadas, que puede resolverse siguiendo el artículo 3 del Estatuto. Aunque el Tribunal recuerda que no resulta posible excluir a un sector de trabajadores del ámbito personal de un convenio de eficacia normativa, dado que su fuerza vinculante deriva de la ley y no puede quedar sometida a eventuales aceptaciones individuales de los trabajadores.

5. AUTONOMÍA INDIVIDUAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Entre las fuentes reguladoras de una relación laboral se reconoce el contrato de trabajo junto a las disposiciones legales y convencionales. Dada esta pluralidad de fuentes deben señalarse ciertas reglas legales para lograr conjugar en cada caso, del modo adecuado, su aplicación. Pero, pese a la existencia de tales pautas, muy frecuentemente llegan a los tribunales cuestiones referidas a los límites de esa autonomía a la hora de pactar las condiciones laborales. En general, para resolver tales problemas, la doctrina entiende que lo pactado en el contrato sólo opera cuando las condiciones establecidas de éste modo no resulten inferiores a las previstas en el convenio y siempre que se respeten las normas de derecho necesario absoluto. El derecho admite celebrar pactos siempre que éstos no sean contrarios a la ley o a los Reglamentos o no resulten menos favorables para el trabajador, en función de lo dispuesto en las disposiciones legales y en los convenios colectivos (artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores).

En la STS de 16 de enero de 2007, I.L. J 41, se analizan pactos establecidos por el personal laboral temporal del Instituto madrileño de Salud, sobre el derecho de trienios. Un supuesto concreto estudiando cómo se conjuga la autonomía individual y cómo se aplica el principio legal de jerarquía normativa, revisando los límites para pactar este tipo de condiciones en el contrato.

I. Fuentes del Derecho

En este caso el Tribunal, después de revisar el acuerdo referido al cobro de trienios por el personal laboral temporal del Instituto Madrileño de Salud, señala que no resulta posible establecer tales pactos porque limitan el percibo de trienios. El texto explica que no resulta posible realizar con el personal laboral temporal acuerdos que intentan forzar la aplicación del régimen retributivo establecido para personal estatutario y que les priva del cobro de los trienios. Lo que remite al régimen estatutario es la voluntad de las partes manifestado en el contrato y tiene un valor contractual y no legal. Y siguiendo lo previsto en el artículo 3.1.c) del ET, sólo será aplicable en la medida que no establezca condiciones salariales menos favorables o contrarias a disposiciones legales y convenios colectivos.

Por todo ello la remisión del contrato al régimen estatutario sólo puede operar válidamente si cumple dos condiciones. De un lado, que las condiciones retributivas no pueden ser inferiores a las que resultarían del convenio colectivo. Y de otro, que se respeten las normas laborales de derecho necesario absoluto, entre ellas el artículo 15.6 del ET que incluye la garantía de igualdad de trato entre trabajadores con contratos de duración temporal y los trabajadores con contratos de duración indefinida.

6. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA NORMA. NORMA MÁS FAVORABLE

Según el principio de norma más favorable, es posible seleccionar, bajo determinadas premisas, entre dos regulaciones aplicando aquella que resulte más favorable para el trabajador (artículo 3.3 del Estatuto); siguiendo este principio, se plantea al Tribunal Supremo un problema relacionado con la validez de un acuerdo para aplicar el principio de norma más favorable a ciertos trabajadores y en relación a materias concretas establecido en convenio.

En tal sentido la **STS de 23 de abril de 2007**, I.L. J 712 y la **STS de 30 de abril de 2007**, I.L. J 624, reconocieron la plena eficacia de lo pactado en un convenio para mantener vigentes situaciones anteriores más beneficiosas, según estaban previstas en un convenio anterior. Aplicando este acuerdo sobre aquellas condiciones de trabajo que expresamente resultaban enumeradas en el texto (jornada, guarderías, ayudas, vacaciones, permisos, licencias y excedencias, etc.)

El Tribunal admite la eficacia legal de ese acuerdo que se había incluido en la Disposición Adicional del nuevo convenio. Se estima plenamente vigente ese mandato convencional y concede validez del pacto que permite mantener una situación tras la entrada en vigor del nuevo convenio. Respeta la vigencia de esas soluciones especiales aplicadas a situaciones anteriores porque resultan más ventajosas.

No se aprecia un conflicto entre dos convenios. Tampoco se trata de una manifestación de “derecho de opción” del trabajador entre dos convenios, posibilidad no admitida ni contemplada por nuestra legislación. Ni tampoco se trata de una situación de espiguelo entre la regulación incluida en un convenio anterior ya derogado y otra nueva plenamente vigente.

El Tribunal afirma que se reconoce este derecho de los trabajadores a disfrutar, en concreto, de un régimen de vacaciones, permisos, licencias y excedencia conforme a lo previsto en el convenio anterior, acudiendo a una aplicación matizada del principio de norma más favorable.

7. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

El principio de condición más beneficiosa se aborda de nuevo en la **SAN de 5 de febrero de 2007**, I.L. J 185, con ocasión de un conflicto colectivo donde personal, situado fuera de convenio, reclama su derecho a que se mantenga la garantía de percibir, como mínimo, el incremento retributivo previsto en el convenio.

La Sala de la Audiencia recuerda la doctrina referida al principio de condición más beneficiosa. Ya que para sostener la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que se haya adquirido y disfrutado de un beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja, se haya incorporado al nexo contractual, en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho, y se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación de trabajo.

Partiendo de esto, la sentencia entiende que no es posible mantener para personal fuera de convenio, como condición más beneficiosa, una garantía de recibir incrementos salariales, al menos, como los que se establezcan para el personal de convenio.

Las condiciones salariales aplicadas al personal fuera de convenio han sido fijadas unilateralmente por la empresa y fueron mantenidas por voluntad unilateral del empresario, cesando en el momento en que ha decidido modificarlas ejerciendo el poder de dirección.

La Audiencia no reconoce ese derecho al entender que no concurren los elementos requeridos por la doctrina ni las circunstancias que permiten en su caso probar la existencia de voluntad empresarial para reconocerles ese beneficio.

La falta del elemento intencional es definitiva, al desvirtuar la existencia como condición más beneficiosa de esa garantía de aumento retributivo, que parece nunca le fue reconocida al personal titulado situado fuera de convenio.

8. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN

La compensación y absorción pueden operar cuando la retribución realmente abonada, en su conjunto y cómputo anual, resulta más favorable para los trabajadores que aquella que viene fijada en el orden normativo o convencional de referencia.

I. Fuentes del Derecho

La STS de 6 de marzo de 2006, I.L. J 409, reitera la doctrina clásica del Tribunal Supremo afirmando que para poder ser compensables varios conceptos salariales deben reunir entre ellos cierta homogeneidad.

En el supuesto el problema deriva de aplicar la absorción sobre el pago correspondiente a horas extras y nocturnas por el abono de otra partida retributiva calificada “complemento voluntario”.

La clave reside en determinar la homogeneidad o heterogeneidad de los conceptos retribuidos. Y se afirma que las horas extras, dada su especial naturaleza, como regla general no pueden ser compensables ni absorbibles por otras remuneraciones distintas. Solamente sería posible hacerlo acudiendo a la realización de un pacto legal (artículos 34.2 y 35.1 del ET) que establezca la llamada “retribución global”, incluyendo un importe salarial total, similar al correspondiente al pago de tales horas. Además, debido al carácter excepcional de este procedimiento retributivo, sería preciso para poder aplicarlo acreditar en todo caso y con toda claridad la existencia de tales pactos.

En el asunto en litigio, queda probado que los trabajadores venían percibiendo un determinado complemento, no previsto en su convenio. Pero, como no consta de forma alguna la existencia de pactos legales expresos que permitan retribuir las horas extras y nocturnas de ese modo se resolvió que no resultaba absorbible por el citado “complemento voluntario” la retribución correspondiente a la realización de tales horas.

ANA REGA RODRÍGUEZ

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, benévulos 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 seculares 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, benévulos 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

STS de 6 de febrero de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina, 3596/2005), I.L. J 265

1. Las interesadas fueron contratadas mercantilmente para la promoción de pólizas de seguro, actuando del modo siguiente: se ponían en contacto telefónico con los posibles clientes por el listín telefónico facilitado por la Agencia empleadora y generalmente concretado a la zona geográfica de Vallecas, zona donde se ubica el local. Las interesadas no tenían horario fijado para ir al local, pudiendo hacerlo entre las 10:30 y las 21 horas, que era cuando estaba abierto al público. Para formalizar las pólizas que habían concertado con el cliente se entrevistaban con él, bien en el local de la Agencia o en el domicilio del cliente. No recibían instrucciones de a quién debían llamar ni cuándo, ni de cuándo debían concretar la entrevista. Tenían un Jefe de Equipo al que sólo, en su caso, consultaban dudas sobre el contenido de las coberturas de las pólizas. La retribución que percibían era una comisión en única vez de las pólizas conseguidas. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó actas entendiendo que las relaciones de las interesadas eran laborales y, tramitado el oportuno procedimiento de oficio, el Juzgado de lo Social primero, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia después, confirmaron la naturaleza mercantil de las relaciones contractuales. Planteado recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo lo estima y declara la naturaleza laboral de las relaciones cuestionadas.

2. Dado el carácter de la cuestión controvertida, conviene recordar con la STS de 9 de abril de 2002 (recurso 1381/2001) “que el tema de la naturaleza de la relación de agentes y subagentes de seguros ha sido ampliamente tratado por la Jurisprudencia de esta Sala que, en términos generales, viene afirmando la naturaleza civil y no laboral de la relación jurídica de agencias de seguros. Desde la ya viejas SSTs de 23 de marzo de 1995 y 2 de julio de 1996, hasta la más reciente jurisprudencia de la Sala contenida entre otras muchas en las SSTs de 18 de abril de 2001, 14 de mayo de 2001, 28 de junio de 2001 y 2 de octubre de 2001, se viene manteniendo de modo inequívoco que la relación jurídica de agentes de seguros es mercantil y sustraída, por tanto, al orden jurisdiccional social. Sin embargo, cuando se trata de relaciones jurídicas de subagentes de seguros, la última jurisprudencia citada, aún sin entrar en el fondo del asunto en algunos casos por falta del requisito de la contradicción, se esfuerza en poner de relieve la distinta condición del agente y del subagente de seguros enfatizando en las distintas condiciones en las que puede ser contratado este último frente a la característica autonomía y estabilidad del primero, lo que puede dar lugar, conforme a la STS de 16 de febrero de 1998, a la existencia de una propia relación laboral, cuyo conocimiento ha de recaer en el ámbito del orden jurisdiccional social”.

II. Trabajador

Por otra parte, como ya tuvo ocasión de señalar la ya mencionada sentencia referencial de esta Sala de 15 de octubre de 2001 “en el artículo 7.3 de la Ley 9/1992 se establece la posibilidad de que los agentes de seguros utilicen servicios de subagentes, que colaborarán con ellos en la formación y mediación de seguros en los términos que se acuerde en el contrato. Pero de este precepto no puede deducirse que el Legislador haya atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general. Como puso de relieve la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1998 en estos contratos de los subagentes habrá de estarse a los datos fácticos concurrentes en cada caso para determinar la naturaleza mercantil o laboral de la relación”; o dicho de otra manera, “en cada caso ha de examinarse si concurren o no las notas que configuran la relación jurídico-laboral a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

En el caso que nos ocupa, igual que en los repetidos precedentes, los trabajadores contratados como subagentes por la empresa demandada, que actúa como agente, pese a que carecen de horario fijo, aunque sí habitual, acuden diariamente al local de la demandada en cuya fachada figura el rótulo y logotipo publicitario de Seguros XXX en donde realizan su labor consistente en vender por teléfono diversas modalidades de seguros, operando de la siguiente forma: los trabajadores se ponían en contacto telefónico con los posibles clientes por el listín telefónico facilitado por la Agencia y generalmente concretado a la zona geográfica donde se encontraba ubicado el local; para formalizar las pólizas que habían concertado se entrevistaban con el cliente, bien en el local de la Agencia o en el domicilio del cliente; no recibían instrucciones de a quién debían llamar ni cuándo, ni de cuándo debían concretar la entrevista; tenían un Jefe de Equipo al que sólo, en su caso, consultaban dudas sobre el contenido de las coberturas de las pólizas. La empresa les facilita los medios materiales necesarios para realizar la tarea de producción de seguros. Perciben de la demandada por la prestación de servicios una retribución bajo la denominación de “comisiones” en única vez de las pólizas conseguidas. Al igual que en el caso resuelto por la sentencia de contraste, en los contratos suscritos por los trabajadores codemandados, existe una cláusula de “extorno”, de “supuesta” responsabilidad del buen fin de las operaciones. Y decimos “supuesta” porque al igual que en aquélla, lo que se establece no es una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tiene éxito, no estando acreditado la existencia real de responsabilidad de los riesgos o gastos efectivamente ocasionados por la operación fallida.

De lo expuesto se deduce que no puede calificarse de mercantil esta relación, ya que de los presupuestos fácticos descritos se desprenden sin duda las notas de ajenidad, dependencia y subordinación que configuran la relación jurídico-laboral del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. No es posible sostener el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, se limitan a vender seguros telefónicamente siguiendo las instrucciones de la agencia de seguros, se hallan controlados por una Monitora-Jefe, y no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la expresada agencia, no siendo obstáculo suficiente para considerar laboral la relación el haber suscrito formalmente un contrato de subagencia, ya que, como dice la mencionada jurisprudencia, hay que examinar en cada caso las condiciones contractuales para evaluar si la relación es laboral o mercantil; y en el presente caso, idéntico al de los mencionados precedentes, la existencia de una prestación voluntaria

de servicios, sometida al control y dirección de la empresa, y dentro de su ámbito de organización, con percibo de una retribución, es palmaria, y por ende, incuestionable la aplicación del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

3. La sentencia que se comenta tiene el interés de distinguir las figuras de los agentes y de los subagentes de seguros, para incluir a los primeros en el ámbito mercantil y a los segundos en el ámbito laboral, cuando cumplen los presupuestos configuradores establecidos en el Estatuto de los Trabajadores. En realidad, de lo que se trata es de relativizar el valor de los conceptos o denominaciones que las partes contratantes atribuyan al contrato celebrado entre ellas, de modo que la utilización del nombre de “subagente de seguros” no implica la exclusión automática del ámbito laboral, al amparo de la legislación mercantil, sino la necesidad de comprobar, vez por vez y caso a caso, si en el supuesto de hecho contemplado concurren los presupuestos sustantivos de voluntariedad, retribución, dependencia y amenidad, lo que realizado en el caso de autos arroja el resultado positivo que recoge el fallo de la sentencia unificadora.

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de enero (recurso de suplicación 2284/2007), I.L.J 633

1. El demandante, que se encuentra afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como Comisionista, había concertado con la empresa un contrato de agencia y anualmente venía firmando con la misma un anexo de condiciones económicas consistentes en la percepción de un tanto por ciento sobre las ventas. Las comisiones se devengaban en función del cumplimiento de sus obligaciones por el cliente, entendiéndose como percibidas a cuenta las comisiones abonadas anualmente, respondiendo el demandante del buen fin de las operaciones. El demandante periódicamente recibía de la empresa las fichas de clientes a visitar. Las visitas se realizaban cuando el actor lo tenía por conveniente, organizando éste su actividad profesional de mediación y promoción con absoluta libertad, sin sujeción a horario e instrucciones concretas, aunque periódicamente tenía reuniones con los directivos para la buena marcha de las ventas. Por sentencia del Juzgado de lo Social se estimó la incompetencia material del orden social para conocer de la demanda del actor frente a la empresa reclamando el reconocimiento de la existencia de una relación laboral. Contra dicha sentencia se recurre en suplicación dictando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León la sentencia que ahora se comenta.

2. La Sala que conoce del presente recurso se detiene a examinar si en la relación existente entre las partes concurre como característica fundamental la dependencia pues éste es el aspecto esencial sobre el que debe girar la existencia de una relación laboral. En esta línea, el Tribunal analiza detenidamente cada una de las alegaciones del recurrente. En primer lugar, estima que el hecho de que el actor realizara otra actividad formativa para la empresa, aparte de la principal de venta de libros, no presupone la existencia de una relación laboral común, sobre todo porque no recibía instrucciones sobre cómo llevar a efecto la actividad formativa. En segundo lugar, se alegaba que el actor no respondía del buen fin de las operaciones, sino que simplemente se le descontaba el importe de su

propia comisión respecto de los fallidos, pero precisamente, la pérdida del derecho a la comisión pactada en caso de fallido tiene amparo en la ley 12/1992 del contrato de agencia. En tercer lugar, la Sala entiende que la remisión por la empresa de las fichas de los clientes constituye una obligación del empresario que tiene un interés legítimo en mantener la clientela y en facilitar el trabajo a los agentes que actúan por su cuenta en la venta de los libros incluidos en su catálogo, pero ello no transforma el contrato de agencia en una relación laboral común. Para terminar, la Sala centrándose en el concepto de dependencia por completo, diferencia entre instrucciones sobre el desarrollo de la actividad de intermediario y las instrucciones sobre las condiciones de realización del encargo recibido, siendo las primeras y no las segundas, las relevantes para la determinación de si existe una relación laboral o mercantil. A este respecto, el Tribunal considera probado que el actor realizaba las visitas con absoluta libertad y cuando tenía por conveniente sin estar sujeto a horario, ni a instrucciones. Por todo ello, la Sala considera que la relación entre el recurrente y la empresa recurrida entra dentro de las propias del contrato de agencia.

3. Según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley reguladora del Contrato de Agencia, Ley 12/1992, en virtud de dicho contrato, una persona natural o jurídica denominada agente se obliga frente a otra de manera continuada a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto, el riesgo y ventura de tales operaciones. Así pues, la nota más definitoria del contrato de agencia frente a la relación laboral es la dependencia. Lo que diferencia al representante de comercio sometido a la relación laboral especial del agente es esencialmente la dependencia. Esta nota debe entenderse excluida y, por lo tanto, sin que permita hablar de laboralidad, cuando el que por cuenta de una o varias empresas promueve y concluye operaciones en términos de independencia, organizando su actividad profesional según sus propios criterios y no a los de la empresa por cuenta de quien actúa.

d) Actividad por cuenta ajena

STS de 29 de marzo de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5517/2005), I.L. J 383

1. El demandante, estudiante de la Escuela de Ingenieros Industriales y Telecomunicaciones, entre el 1 de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2003 tuvo la condición de becario de colaboración en los tres campos, de apoyo al Servicio de Orientación Universitaria 2002 de la Universidad del País Vasco, conforme a la convocatoria de octubre de 2002. Según la convocatoria de la beca, las funciones a desarrollar consisten en: ser miembro del Equipo Orientador de Centro; participar en la planificación, desarrollo y evaluación de los programas de Matriculación, Acogida y Jornadas de Puertas Abiertas en su Centro; participar en la Automatricula de la UPV/EHU; detectar necesidades de orientación académica del alumnado de su Centro y canalizarlas a través del EOC y el SOU; asumir tareas específicas que el Centro o el SOU puedan encomendarle; estar en coordinación con el SOU y el EOC; participar en los procesos de formación que el SOU organice. En su condición de becario, con un horario flexible de cuatro horas diarias y el abono de la cantidad de 360 euros mensuales para el año 2003, el demandante vino desempeñando sus funciones en

la Escuela de Ingenieros y Telecomunicaciones, al frente del Servicio de Orientación Universitaria, enmarcado dentro de la Secretaría, y asimismo como el resto de Becarios del SOU, participando en la Matriculación y Programa de Automatriculación de los nuevos alumnos de la Universidad. Las becas han sido objeto de convocatoria pública mediante el correspondiente acto administrativo, se ha prestado un trabajo para la entidad convocante bajo su dirección y percibiendo determinadas cantidades sin que la actividad desarrollada tenga una especial finalidad formativa, ni de investigación.

2. Afirma la sentencia que tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones. Las becas son en general asignaciones dinerarias o en especie “orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario” y si bien “es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra”, por lo que “no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica”, hay que tener en cuenta que “estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca”. La clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo es que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. Las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral.

El problema reside en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad que concede la beca, porque si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 ET. Las labores encomendadas al demandante tienen una escasa proyección formativa más allá de la que puede dar la experiencia en un puesto de trabajo de cierta cualificación, y nada de labor investigadora. Por el contrario, se trata de funciones de apoyo al Servicio de Orientación Universitaria, que se concretaban en las correspondientes a la matriculación y automatriculación de los nuevos alumnos de la Universidad. Se trata de una actividad normal y propia de una Secretaría de un Centro docente, que, de no desarrollarse por el becario, tendría que realizarse por personal laboral propio o ajeno. En esa actividad se aprecian las notas típicas de la laboralidad, pues hay ajenidad, dependencia y una onerosidad, que se manifiesta a través de la retribución.

El dato de que se hayan prestado los servicios previa convocatoria administrativa de beca, mediante un acto administrativo, no permite hablar de relación administrativa, porque, a efectos de determinar la naturaleza de la relación existente entre las partes, lo decisivo no es la calificación que haya podido realizar la Administración en la convocatoria de la beca, sino la realidad de la prestación de servicios que ha tenido lugar amparada en esa convocatoria.

II. Trabajador

3. Es reiteración de la clara doctrina jurisprudencial que distingue entre beca real y beca-fraude. Así, se dice en la STS de 22 de noviembre de 2005, que la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudios ajeno al concedente. El importe de la beca no constituye una retribución de servicios. Por el contrario, la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye, en los términos fijados en convenios colectivos o contratos individuales, los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia. Las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral. Ciertamente que el hecho de que en ambos casos se realice un trabajo y se perciba una retribución puede hacer difícil la distinción en su puesto límite. Disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de Ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto constitutivo del fraude y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir. El artículo 6.4 del Código Civil impide este efecto, que se produce tanto si el beneficiario de la actuación fraudulenta es persona privada como si es la Administración, sujeta al ordenamiento jurídico por mandato constitucional.

En palabras muy acertadas de la STS de 4 de abril de 2006, si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 ET.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

STS de 28 de febrero de 2007 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 3755/2005), I.L. J 255

1. La demandante ha venido desarrollando su actividad para el Servicio Andaluz de la Salud en el hospital de la Seguridad Social de Jerez desde el año 2001. En 2003 formuló demanda ante la jurisdicción laboral para que se le reconocieran como días de trabajo efectivo los seis días de permiso por asuntos particulares no disfrutados por la actora durante la vigencia de su contrato, y se le compensara económicamente, como exceso de jornada laboral, por dicho período trabajado en exceso, según disponía la Resolución 53/1988, de 16 de diciembre, de la dirección del Servicio Andaluz de la Salud.

Mientras que la sentencia de instancia confirmó completamente las pretensiones de la trabajadora, la sentencia que terminó con el recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía aceptó en parte los motivos alegados en el recurso de suplicación

por la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud. Dicha sentencia se recurrió mediante el procedimiento extraordinario para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo.

2. El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que el Estatuto Marco del Personal estatutario, articulado mediante la Ley 55/2003, entró en vigor el mismo día en el que se presentó la demanda por parte de la actora, decidió escuchar a las partes para analizar de oficio si el Orden Social era el competente para conocer del caso que nos ocupa, o si por el contrario el encargado de conocer del litigio era el Orden Contencioso-Administrativo.

Vistas las alegaciones realizadas por las partes y por el Ministerio Fiscal, el Alto Tribunal decidió que la Disposición Derogatoria general de la Ley 55/2003 derogaba tácitamente el artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, que había mantenido en vigor la Ley de 1994. Este artículo distribuía entre el Orden Social y el Orden Contencioso-Administrativo el conocimiento de los litigios que surgieran en torno al personal contratado estatutariamente.

Con esta conclusión el Tribunal Supremo dictamina de oficio la incompetencia del Orden Social para conocer de las disputas que afecten al personal contratado estatutariamente, casando y anulando la sentencia recurrida y las actuaciones desde la presentación de la demanda. Abriendo a las partes la posibilidad de plantear ante el Orden Contencioso-Administrativo la resolución de la disputa que les enfrenta.

3. La presente sentencia forma parte de la nutrida jurisprudencia de nuestros tribunales que han interpretado que la Ley 55/2003 sustrae del Orden Social los litigios que afecten al personal estatutario, en este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2005, de 28 de febrero de 2007, I.L. J 195, de 7 de marzo de 2007, I.L. J 283, de 1 de marzo de 2007, I.L. J 284 y de 28 de marzo de 2007, I.L. J 315.

Esta interpretación de las disposiciones contenidas en la Ley 55/2003, elaborada por la jurisprudencia, es para parte de la doctrina demasiado atrevida. La crítica que cabe hacerle a la interpretación mantenida por el Supremo parte de estimar que los tribunales han presupuesto con demasiada rapidez que el legislador ha querido modificar las competencias de los órdenes jurisdiccionales vigentes, cuando en realidad el legislador no ha expresado nada al respecto. En la Ley 55/2003 sólo hay una omisión del legislador sobre a qué orden jurisdiccional asignar el conocimiento de los litigios que surjan en torno a la relación del personal estatutario con la administración. Omisión que no debe equivaler a un deseo de terminar con la legislación anterior, de hecho si recurrimos a los debates parlamentarios podremos ver que el legislador eliminó, durante el trámite legislativo de la Ley, un precepto que derogaba expresamente el discutido artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

Conjuntamente debemos tener en cuenta que las disposiciones derogatorias generales sólo deben ser aplicables cuando la contradicción con la nueva norma es evidente, y

II. Trabajador

cuando sólo tenemos la posibilidad de dar coherencia al sistema normativo a través de la eliminación de la norma anterior que entra en conflicto con la posterior. Supuesto que parece no se da claramente en casos como el que nos ocupa.

Por ello, en mi opinión, la decisión del Tribunal Supremo de no conocer en el Orden Social de litigios que enfrenten al personal estatutario con la administración es errónea. Máxime si tenemos en cuenta que con dicha solución desamparamos al personal estatutario de la protección de un orden jurisdiccional más garantista de los derechos de la parte más débil de la relación laboral, que en estos casos en principio estaría constituido por el personal estatutario.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

STS de 6 de febrero de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3596/2005), I.L. J 265

1. Los trabajadores contratados como subagentes por la empresa demandada, que actúa como agente, pese a que carecen de horario fijo, aunque sí habitual, acuden diariamente al local de la demandada en cuya fachada figura el rótulo y logotipo publicitario de Seguros Santa Lucía, en donde realizan su labor consistente en vender por teléfono diversas modalidades de seguros, operando de la siguiente forma: los trabajadores se ponían en contacto telefónico con los posibles clientes por el listín telefónico facilitado por la Agencia y generalmente concretado a la zona geográfica donde se encontraba ubicado el local; para formalizar las pólizas que habían concertado se entrevistaban con el cliente, bien en el local de la Agencia o en el domicilio del cliente; no recibían instrucciones de a quién debían llamar ni cuándo, ni de cuándo debían concretar la entrevista; tenían un Jefe de Equipo al que sólo, en su caso, consultaban dudas sobre el contenido de las coberturas de las pólizas. La empresa les facilita los medios materiales necesarios para realizar la tarea de producción de seguros. Perciben de la demandada por la prestación de servicios una retribución bajo la denominación de “comisiones” en única vez de las pólizas conseguidas. Existe una cláusula de “extorno”, de “supuesta” responsabilidad del buen fin de las operaciones.

2. Se trata de subagentes de seguros con contrato denominado como mercantil, que prestaban sus servicios en el local de la demandada, utilizando medios materiales facilitados por la empresa, percibiendo una retribución en forma de comisiones, y con similar cláusula contractual de supuesta responsabilidad del buen fin de las operaciones.

No puede calificarse de mercantil esta relación, ya que de los presupuestos fácticos descritos se desprenden sin duda las notas de ajenidad, dependencia y subordinación que configuran la relación jurídico-laboral del artículo 1.1 ET. No es posible sostener (STS de 9 de abril de 2002) el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, se limitan a vender seguros telefónicamente siguiendo las instrucciones de la agencia de seguros, se hallan controlados por una monitora-jefe y no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la expresada agencia, no siendo obstáculo suficiente para considerar laboral la relación el haber suscrito formalmente un contrato de subagencia, ya que hay que

examinar en cada caso las condiciones contractuales para evaluar si la relación es laboral o mercantil; y en el presente caso, la existencia de una prestación voluntaria de servicios, sometida al control y dirección de la empresa, y dentro de su ámbito de organización, con percibo de una retribución, es palmaria y, por ende, incuestionable la aplicación del artículo 1.1 ET.

3. Es doctrina jurisprudencial reiteradísima que en el artículo 7.3 de la Ley 9/1992 se establece la posibilidad de que los agentes de seguros utilicen servicios de subagentes, que colaborarán con ellos en la formación y mediación de seguros en los términos que se acuerde en el contrato. Pero de este precepto no puede deducirse que el Legislador haya atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general. En estos contratos de los subagentes, habrá de estarse a los datos fácticos concurrentes en cada caso para determinar la naturaleza mercantil o laboral de la relación; o dicho de otra manera, en cada caso ha de examinarse si concurren o no las notas que configuran la relación jurídico-laboral a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 ET (STS de 4 de julio de 2006). O como dice la STS de 14 de julio de 2006, no puede calificarse la relación del subagente como mercantil sino laboral, pues los subagentes realizaban una prestación voluntaria y retribuida de servicios por cuenta y bajo la dependencia de un agente, que dirigía y controlaba a través de una monitora, incluso el volumen de producción de seguros, captando clientes y suscribiendo pólizas a través de llamadas telefónicas, siendo evidente la laboralidad de la relación.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STS de 29 de marzo de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5517/2005), I.L. J 383

1. La Universidad del País Vasco convocó en octubre de 2002 unas Becas de Colaboración en los Tres Campus, de Apoyo al Servicio de Orientación Universitaria 2002, cuyo objeto es fomentar y desarrollar las actividades de formación del alumnado de primer y segundo ciclo mediante la realización de labores de apoyo al SOU en los distintos centros que se enumeran en la convocatoria a las que pueden acceder los alumnos de la UPV que reúnan los requisitos establecidos en la base de la convocatoria. El actor, estudiante de la Escuela de Ingenieros Industriales y Telecomunicaciones, se presentó a la convocatoria de la Beca de Colaboración y fue seleccionado desde 1 de noviembre de 2002 al 31 de octubre de 2003. El actor ha venido desarrollando sus funciones en la Escuela de Ingenieros y Telecomunicaciones, al frente del Servicio de Orientación Universitaria, enmarcado dentro de la Secretaría, y asimismo, como el resto de Becarios del SOU, participando en la Matriculación y Programa de Automatriculación de los nuevos alumnos de la Universidad, en un horario flexible de cuatro horas diarias, a cambio de la cantidad de 360 euros mensuales para el año 2003. En su demanda, el actor reclama el nivel retributivo 16,

II. Trabajador

atribuido al personal de la UPV que realiza tareas de Auxiliar Administrativo, que asciende en el año 2003 a 22.277,85 euros anuales, concretamente las diferencias devengadas en el período julio a octubre de 2003 que ascienden a 2.993, 2 euros. El Juzgado de lo Social que conoció de la demanda la estimó íntegramente la demanda y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que resolvió el recurso de suplicación la confirmó en todos sus términos. Admitido a trámite el recurso extraordinario para la unificación de doctrina, la Sala casacional lo desestima igualmente.

2. Razona la Sala que el recurso ha de desestimarse, al ser correcta la sentencia recurrida, en la que por cierto la Sala del TSJ recuerda precedentes de supuestos referidos a la misma Universidad demandada, razonando el porqué se aparta del criterio de incompetencia seguido en la sentencia de contraste. Al respecto, la doctrina de la Sala ha sido ya unificada por las SSTs de 22 de noviembre de 20005 (recurso 4752/2004) y de 4 de abril de 2006 (recurso 856/2005), que resuelven asuntos muy similares al presente. En el fundamento jurídico de esta última sentencia, la Sala recordaba que ya había precisado con anterioridad en la importante STS de 13 de junio de 1988 que “tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones”. Las becas son en general asignaciones dinerarias o en especie “orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario y si bien es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra, por lo que no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica, hay que tener en cuenta que estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca”. De ahí que si bien el perceptor de una beca realiza una actividad que puede ser entendida como trabajo y percibe una asignación económica en atención a la misma, por el contrario, aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce. Por su parte, la STS de 7 de julio de 1998 precisa que el becario, que ha de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con ésta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente.

De ahí que la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio. La Sentencia de 22 de noviembre de 2005 insiste en que la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudios ajeno al concedente, mientras que la relación laboral común no contempla ese

aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia, que es inherente a cualquier actividad profesional. De ahí que las “labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral”. En esta misma sentencia la Sala precisaba que “el problema reside en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad que concede la beca, porque si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 ET.Y, como dice la Sentencia de 22 de noviembre de 2005, en el supuesto decidido concurren datos esenciales para la calificación como laboral de la relación entre las partes”.

Con referencia particular al supuesto de hecho, añade la fundamentación de la sentencia que “al igual que acontecía en los supuestos examinados en las sentencias referenciadas, las labores encomendadas al demandante tienen una escasa proyección formativa más allá de la que puede dar la experiencia en un puesto de trabajo de cierta cualificación, y nada de labor investigadora. Por el contrario, se trata de funciones de apoyo al Servicio de Orientación Universitaria, que se concretaban en las correspondientes a la matriculación y automatriculación de los nuevos alumnos de la Universidad. Es más que evidente que se trata de una actividad normal y propia de una Secretaría de un Centro docente que, de no desarrollarse por el becario, tendría que realizarse por personal laboral propio o ajeno. En esa actividad se aprecian las notas típicas de la laboralidad, pues hay ajenidad, dependencia y una onerosidad, que se manifiesta a través de la retribución.

También, como en el caso resuelto por la señalada STS de 4 de marzo de 2006, frente a ello no cabe oponer que se trata de una beca que ha sido objeto de una convocatoria mediante un acto administrativo, lo que llevaría a apreciar la existencia de una relación de este carácter sobre la que correspondería conocer al orden Contencioso-Administrativo. Esta tesis es rechazada por dicha sentencia en base a lo siguiente: “En primer lugar, porque, a efectos de determinar la naturaleza de la relación existente entre las partes, lo decisivo no es la calificación que haya podido realizar la Administración en la convocatoria de la beca, sino la realidad de la prestación de servicios que ha tenido lugar amparada en esa convocatoria, y esa prestación presenta, como se ha visto, los caracteres propios de la relación laboral. En segundo lugar, porque lo que se ha deducido en estas actuaciones es una pretensión claramente laboral de diferencias salariales y para decidir sobre la misma los órganos judiciales del orden social han de pronunciarse previamente sobre el carácter de la relación existente entre las partes. En esa calificación de la relación estos órganos están facultados, conforme al artículo 4 de la LPL, para examinar prejudicialmente la conformidad de la convocatoria de las becas al ordenamiento, pues en ningún caso cabría conceder valor a una actuación administrativa que intentara ocultar un contrato de trabajo bajo la apariencia de una beca. Si los órganos judiciales no están vinculados por los

II. Trabajador

reglamentos ilegales (artículo 6 de la LOPJ), con más razón tampoco lo estarán por actos administrativos del mismo carácter”.

3. La importancia de la sentencia consiste en reiterar la jurisprudencia ya consolidada que diferencia relaciones extralaborales y laborales en la prestación de quienes actúan como becarios y que, como en otros muchos casos, depende de una frontera sumamente flexible y cambiante. Para la Sala el matiz verdaderamente diferenciador está en la función de la beca, que en ocasiones favorece el interés de quien concede la beca (y se convierte entonces en empleador) y en ocasiones favorece la formación personal del becario (que no se convierte entonces en trabajador). A título complementario la sentencia tiene el interés de considerar irrelevante el hecho de que la beca pueda reconocerse a través de un acto administrativo, cuando es convocada y concedida por una Administración Pública, pues tal dato externo no transforma en relación administrativa la relación laboral que concurre cuando se cumplen los presupuestos de laboralidad del artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

C) Autónomos

STS de 19 de marzo de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 315/2006), I.L. J 448

1. Los demandantes han venido prestando servicios en la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León, con la categoría profesional de Técnico Veterinario, en virtud de contrato como profesional veterinario para llevar a cabo las Campañas de Saneamiento Ganadero programadas anualmente por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, durante determinados períodos. La Inspección Provincial de Trabajo inició actuaciones en orden a determinar la naturaleza de la relación jurídica concertada entre la Junta de Castilla y León, Consejería de Agricultura y Ganadería y los demandantes, dando lugar a las actas de liquidación de cuotas por estimar que se estaba en presencia de una relación laboral, al mismo tiempo que cursó las altas y bajas en el Régimen General de la Seguridad Social. La contraprestación por los servicios prestados se realizaba aplicando precios unitarios por acto clínico con fijación de unos topes, liquidándose mensualmente, previa presentación de facturas, exigiéndose en el contrato que el veterinario debería disponer de una organización con elementos materiales y personales suficientes para el cumplimiento del contrato, debiendo permanecer en alta en el RETA y en el IAE, prestándose el servicio en el régimen de exclusividad. Los productos de diagnóstico, instrumental, vestuario, equipos informáticos de campo y equipos específicos para las tareas encomendadas fueron proporcionados por la Junta de Castilla y León, siendo devueltos a ésta los no empleados, una vez finalizada la prestación de servicios. Igualmente, la Junta de Castilla y León impartía y organizaba el trabajo de visita a las distintas explotaciones. Para el ejercicio de su función, la Junta de Castilla y León facilitaba una credencial a los veterinarios, careciendo éstos de organización y medios propios para realizar el cometido contratado. La relación entre las partes terminó el 31 de octubre de 1995.

2. Desde el momento que la eventual relación laboral entre las partes quedó extinguida hace varios años, el conflicto actual ya no se produce entre un empresario y un trabajador,

salvo que ese conflicto tuviese por objeto el cumplimiento de alguna obligación derivada del vínculo que existió entre las partes y que pudiese ahora ser justiciable. No es éste el caso, pues lo que se pretende en la demanda no es una declaración que proyecte sus efectos sobre el desarrollo de aquella relación ya hace tiempo terminada, sino que lo que se pide es que se realice una calificación de la misma en orden a acreditar determinada puntuación en un concurso para el acceso a determinados puestos de trabajo de la Administración autonómica; cuestión que no correspondería al ámbito propio de la jurisdicción social, aunque se tratara de concursos para acceder a puestos de carácter laboral. En definitiva, lo que la parte demandada pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal y esto no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción. Se trata de un dato que tendrá que alegarse y acreditarse en el correspondiente procedimiento administrativo de selección y que, en su caso, dará origen a una controversia sobre la puntuación en un concurso para cuyo conocimiento será competente el orden contencioso-administrativo, en virtud de los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ciertamente, en esa controversia podría resultar necesario decidir si la relación que el actor mantuvo con la Administración demandada entre 1992 y 1995 fue administrativa o laboral, pero es ésta una cuestión laboral que el orden contencioso-administrativo tendrá que resolver con carácter prejudicial conforme al artículo 4 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al pronunciarse sobre una pretensión administrativa principal relativa al resultado del concurso. Lo que no cabe es que esa cuestión prejudicial laboral en el proceso administrativo se transforme en un pleito laboral que resulta completamente artificial, porque ni existe ya relación laboral entre las partes, ni se ventila ninguna controversia de este carácter entre ellas.

Se añade en la sentencia que si se estima que los demandantes solicitan también en el suplico de la demanda la declaración con un carácter general “a los efectos que procedan”, se estaría ante una acción declarativa desprovista de cualquier utilidad práctica y que no responde a un conflicto real y actual entre las partes. No es acudir a acciones meramente declarativas para plantear cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, pues la actividad jurisdiccional se ordena a la satisfacción de pretensiones fundadas en Derecho, por lo que requiere siempre que exista un caso o controversia, una verdadera litis, sin que sea admisible “solicitar del juez una mera opinión o un consejo”. Los demandantes carecen de acción para deducir una mera pretensión declarativa sobre un reconocimiento general del carácter laboral de una relación extinguida hace años, y esta falta de acción se traduce también en una falta de jurisdicción.

3. A la vista de los antecedentes fácticos, resulta que el veterinario tenía una organización propia con elementos personales y materiales suficientes, no tenía garantizado el salario

II. Trabajador

el demandante, que cobraba por cada acto, en función de unos topes, por lo que, aunque la Junta organizaba el trabajo de visitas y proporcionó el material, parece suficiente para decir que el demandante no trabajaba en condiciones de prestación personal de actividad ni de remuneración, necesarias para hablar de contrato de trabajo.

Ahora bien, lo relativo a que no se pueda interesar una decisión judicial sobre la naturaleza de ese vínculo, para efectos futuros, los que sean, evidencia una disputa real, existente, entre las partes, sin que tengan que prescribir más que los efectos derivados de la declaración, pero no el derecho a ésta. No se pide una opinión, ni un dictamen, ni menos un consejo, sino una calificación jurídica relevante. El demandante no tiene que declarar todos los efectos del ejercicio de una pretensión. Tiene interés en que se declare y no ha de esperarse a que surja un posterior conflicto. El derecho de acción del artículo 4.2.g) del ET y del 24.1 de la CE no reclama como condición que se exprese la utilidad total y definitiva de la declaración sobre la que se discrepa entre las partes. No es necesario al derecho de acción que se acredite su pragmatismo. Así ocurre si se pretende que se declare que se está en alta en la Seguridad Social, o se debe estar, o que se tiene derecho al alta en el RETA o en el RGSS.

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 la extensión de la condena por levantamiento del velo en la fase de ejecución por actos anteriores al juicio.

3. Grupo de empresas. A) Responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo. B) Necesidad de acreditar la situación económica negativa respecto de todas las empresas en las que el trabajador despedido económicamente ha prestado servicios.

4. Contratas. A) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata administrativa. B) La fijación de condiciones económicas en pliego de condiciones no vulnera el derecho de igualdad retributiva.

5. Empresas de Trabajo Temporal. A) Alcance objetivo del principio de igualdad retributiva.

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.

7. Sucesión de empresas. A) Sucesión de empresa por cambio de titularidad del negocio. B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo. C) No procede responsabilidad empresarial por el pago de prestaciones causadas con posterioridad a la subrogación.

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 1 a 4 de 2007 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 733) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala

Cuarta del mismo, 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 condena por levantamiento del velo en la fase de ejecución por actos anteriores al juicio

La legislación laboral española atribuye la condición de empresario a los receptores de la prestación de servicios realizada por los trabajadores por cuenta ajena, circunstancia que permite, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, extender la responsabilidad a quienes sin detentar la condición de empresarios desde la perspectiva formal, disfrutaban materialmente de dicha posición en la relación laboral. Aunque resulta jurisprudencialmente pacífica la posibilidad de hacer uso de dicha técnica para extender la responsabilidad a los sujetos que forman parte de los diversos órganos de administración integrantes de la estructura societaria frente a las reclamaciones por despido improcedente de que es objeto la sociedad administrada, siempre que quede suficientemente acreditada la motivación o finalidad fraudulenta, la discusión sobre el momento procesal en que dicha extensión de la responsabilidad ha de instarse no desemboca en conclusiones unánimes. En concreto, el TS ha debido pronunciarse sobre la posibilidad de dirigir la acción ejecutoria de una sentencia por despido contra la persona del administrador de la sociedad condenada, a pesar de que éste no había sido demandado inicialmente y, por tanto, excluido de la sentencia condenatoria cuya ejecución se pretende. De un lado, la parte recurrente sostiene la imposibilidad de ejecutar en la persona de quien no fue condenado por la sentencia en la fase declarativa, consecuencia que deriva directamente de un principio de defensa procesal básico rector del proceso judicial, que impide efectuar pronunciamientos de condena a quien no ha tenido la posibilidad de ser oído en la fase de condena. De otro lado, debe traerse a colación la doctrina jurisprudencial (STS de 24 de febrero de 1997) que, con el objetivo de asegurar la ejecución en los supuestos en que hechos posteriores a la celebración del juicio hacen imposible la finalización adecuada del procedimiento, permite la sucesión en la posición de sujeto ejecutado, posibilidad que encuentra apoyo legal en el artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La STS de 25 de enero de 2007, u.d., I.L. J 80, vuelve sobre la cuestión debatida para negar la posibilidad de aplicar dicha doctrina cuando los hechos que determinan la extensión de la responsabilidad empresarial se derivan de conductas anteriores a la fecha de celebración del acto del juicio. El fallo reitera la vigencia de la doctrina jurisprudencial que inspirada en el principio *pro actione*, contenido en el artículo 24 CE, permite reaccionar a los órganos judiciales en el procedimiento incidental de ejecución frente a actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, sin que para ello sea preciso iniciar un nuevo proceso. De este modo, aunque el TS mantiene la idoneidad del trámite incidental previsto en el artículo 236 LPL para declarar la existencia y el

III. Empresario

alcance de la subrogación de un tercero en el lugar del condenado en la sentencia, dicha posibilidad queda limitada únicamente a los supuestos en que los hechos constitutivos de la sucesión empresarial tienen lugar con posterioridad a la fase de alegaciones del juicio.

“Pero no puede llegarse a la misma solución cuando la extensión de la condena pretenda llevarse, por la vía de la denominada teoría del levantamiento del velo, en supuestos en los que los hechos determinantes de la pretendida responsabilidad, de tercero no incluido en la ejecutoria, deba derivarse de actos y conductas anteriores al juicio y que en él debieron ventilarse. La admisión de esa tesis equivaldría a la posibilidad de una cadena indefinida de intentos de ejecución, cuando el condenado en la sentencia deviene incapaz de hacer frente a las obligaciones que le fueron impuestas. No puede estimarse, por otra parte, que un hecho es nuevo por la mera afirmación del ejecutante de no haberlo conocido antes del juicio. En resumen, como norma general, una sentencia únicamente puede ejecutar-se frente a la persona o personas que figuran condenados en ella. Excepcionalmente, se admite la posibilidad de ejecutar frente a terceros, en determinados supuestos de sucesión empresarial no discutida, posterior a la sentencia que se ejecuta. Mas, cuando se trata de hechos anteriores a la demanda, debieron hacerse constar en ella, según lo dispuesto en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria” (STS de 25 de enero de 2007, u.d., I.L. J 80).

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 extensión de responsabilidades laborales al conjunto de las empresas que componen el grupo exige la paralela concurrencia de adicionales circunstancias. Ello permite desestimar dicha posibilidad cuando no queda suficientemente acreditado un elemento intencional, esto es, que la creación del grupo ha sido “predeterminado a perjudicar a los trabajadores (...), pues conforme a la doctrina de aquél no es posible dar un tratamiento único a los diferentes casos de agrupación o vinculación de las empresas que existen en la vida económica actual, y el que diversas empresas realicen una, llamémosla así, política económica de colaboración no supone de manera inexorable la pérdida de su independencia; concluyendo, sólo puede declararse la existencia de tales unidades de empresa cuando aparece una configuración meramente artificiosa de empresas aparentes, sin sustrato real, para eludir responsabilidades con sus trabajadores” (STSJ de Valencia de 16 de enero de 2007, I.L. J 570).

La decisión del Tribunal no se comparte en todos sus términos de manera absoluta, pues en nuestra opinión, el TS no exige la existencia de empresas aparentes, pudiéndose declarar la responsabilidad solidaria de empresas reales, siempre que entre ellas se produzca unidad de dirección, unidad patrimonial o circulación de plantillas. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007, I.L. J 630, condena solidariamente a las empresas que forman parte del grupo de empresas, en un supuesto en el que el trabajador

suscribió sucesivos contratos por obra o servicio determinado con dos empresas que comparten domicilio social, actividad productiva, administrador solidario, vehículos, plantilla y cartera de clientes. En opinión del Tribunal,

“y concretando como elementos esenciales de la existencia de un grupo ilegítimo de empresas, determinante de la procedencia del levantamiento del velo, a fin de destruir la mera apariencia de diferenciación jurídica empresarial, dejando ver la realidad ilegítima que se esconde en el substrato de las mismas, las consistentes en: a) Prestaciones laborales indiferenciadas y simultáneas a las sociedades del grupo, b) Confusión patrimonial entre las diversas entidades, c) Apariencia exterior de una sola empresa, d) Dirección única y e) Abuso ilegítimo de las diversas personalidades jurídicas ofrecidas por cada empresa; deberá concluirse ratificando el pronunciamiento de instancia, ya que, en atención a los datos que resultan probados, anteriormente especificados, concurren todos y cada uno de los indicados presupuestos evidenciadores de la existencia de un grupo o unidad empresarial indiferenciada, pese al aspecto exterior dado al mismo, que legitima la responsabilidad solidaria de sus componentes en la forma decidida en la instancia” (STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007, I.L. J 630).

B) Necesidad de acreditar la situación económica negativa respecto de todas las empresas en las que el trabajador despedido objetivamente ha prestado servicios

La STS de 31 de enero de 2007, u.d., I.L. J 90, aborda la resolución de un recurso de casación para la unificación de la doctrina sobre la calificación de dos despidos por causas económicas. En concreto, el TS debe pronunciarse sobre si la acreditación de la situación económica negativa de la empresa debe extenderse al conjunto de las empresas en las que los trabajadores prestaron servicio indiferenciadamente y que conforman un grupo laboral de empresas según ha declarado la sentencia de instancia; o, si por el contrario, la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo por la vía del artículo 52.c) ET queda suficientemente justificada por la acreditación de las dificultades económicas de la sociedad que acuerda dicho despido.

Como en anteriores pronunciamientos, el TS entiende que las causas empresariales aducidas por la empresa “probablemente serían suficientes para justificar los despidos de las demandantes, si hubiera sido la única entidad empleadora de la misma. Están acreditadas pérdidas cuantiosas en ejercicios sucesivos en su cuenta de pérdidas y ganancias, y, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, tales números rojos constituyen el supuesto más típico de ‘situaciones económicas negativas’ que enuncia el artículo 52.c) ET al referirse a las causas económicas (en sentido estricto) de los despidos objetivos por necesidades de la empresa. La incidencia desfavorable de esta causa económica se ve agravada en el caso por la concurrencia simultánea de una causa productiva, que es la terminación de un contrato de concesión (...).

Pero en el supuesto concreto examinado, la acreditación de los hechos anteriores no basta, teniendo en cuenta no ya sólo las relaciones de grupo existentes (...) plenamente

demostradas en la narración fáctica que figura en la sentencia recurrida, sino también, y sobre todo, el hecho de que las actoras prestaron servicios indistintamente para una y otra sociedad. En estos supuestos de prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos, como ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo (STS de 31 de diciembre de 1991, recurso 688/1990), ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad. A estas situaciones apunta lo dispuesto en el artículo 1.2 ET, que califica como empresarios a las personas físicas y jurídicas y también a las comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios de los trabajadores asalariados. La responsabilidad solidaria a efectos laborales, característica no de todos pero sí de determinados grupos de empresas, deriva en estos supuestos particulares de prestaciones de trabajo indistintas e indiferenciadas del hecho de que las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador” (STS de 23 de enero de 2007, u.d., I.L. J 90).

4. CONTRATAS

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

El TS, en SSTS de 5 y 6 de marzo y 2 y 3 de abril de 2007, u.d., I.L. J 361, 396, 499, 458 y 516, se ha visto obligado a solventar en unificación de doctrina una serie de recursos relativos a la validez de una pluralidad de contratos de obra o servicio determinado realizado por la empresa TRAGSA, a la sazón adjudicataria del servicio de prevención y extinción de incendios de la Generalidad Valenciana, con diversos trabajadores cuyo objeto era la prevención y extinción de incendios forestales. Los contratos de trabajo, concertados por períodos sucesivos de un año de duración, se suscribían el 1 de enero y terminaban el 31 de diciembre de cada año con la firma del correspondiente finiquito y la percepción de las pertinentes indemnizaciones por terminación del contrato. Los trabajadores demandantes, quienes sostienen la naturaleza habitual y permanente de la actividad de prevención de incendios forestales, solicitan que el Tribunal declare fraudulentos los contratos realizados por aplicación indebida del artículo 15.1.a) ET. La pluralidad y extensión de los pronunciamientos permite fijar con claridad la línea jurisprudencial adoptada en la materia, expresada en torno a los siguientes argumentos:

“1) el contrato para obra o servicio determinado tiene por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta (STS de 22 de octubre de 2003, recurso 107/2003); 2) esta modalidad contractual puede ser utilizada tanto en el supuesto de una obra “entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin o de un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización como en el supuesto de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, como es el caso de una actividad que se presta por encargo de

un tercero y mientras se mantenga dicho encargo (STS de 22 de octubre de 2003, recurso 107/2003); 3) a lo anterior no cabe objetar el que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa o que dicha actividad constituya una exigencia permanente de la entidad comitente, ya que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en el contrato de trabajo cuya calificación se discute (SSTS de 18 de diciembre de 1998, recurso 1767/1998; 28 de diciembre de 1998, recurso 1766/1998; 8 de junio de 1999, recurso 3009/1998), y 4) en el presente caso, al igual que en el de la Sentencia de 6 de octubre de 2006 (citada) existe para TRAGSA una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Generalidad mantenga el encargo de la actividad de prevención y extinción de incendios que ha venido desarrollando (STS de 6 de octubre de 2006, citada)” (STS de 6 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 396).

La validez de los contratos temporales 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 por obra o servicio determinado en dicha letra normado 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. 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 por obra o servicio determinado celebrado entre trabajador y empresario permanecerá vigente mientras se mantenga la vigencia del encargo realizado por un tercero. A tales efectos, resulta indiferente que los trabajos en cuestión constituyan o no la actividad normal de la empresa principal o tengan carácter permanente, porque ni la naturaleza normal ni su cualidad de permanente inciden en el carácter temporal de la necesidad de trabajo para el empresario contratista, “pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato” (STS de 3 de abril de 2007, u.d., I.L. J 516).

“Pero la cuestión que se suscita en el presente recurso ha sido ya resuelta por la Sentencia de 6 de octubre de 2006, que se pronuncia sobre un recurso, en el que con cita de la misma sentencia de contraste se plantea un supuesto muy similar en relación con una pretensión de fijeza de otro trabajador de la misma empresa. El recurso del demandante se desestima, porque, aunque efectivamente la actividad de prevención y extinción de

III. Empresario

incendios se configure como una actividad normal y permanente de la Administración, no sucede lo mismo desde la perspectiva de la empresa TRAGSA, pues para ella la prestación del servicio viene determinada por la vigencia de la concesión o la contrata con la Administración competente, lo que crea para la empresa concesionaria o contratista una necesidad de trabajo temporalmente limitada y es ésta además una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible, en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste. En este sentido se destaca también que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato” (STS de 5 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 361).

B) La fijación de condiciones económicas en pliego de condiciones no vulnera el derecho de igualdad retributiva

La STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548, no observa vulneración de los derechos de igualdad retributiva de los trabajadores en la aceptación por la empresa contratista de las condiciones de trabajo establecidas en un pliego de condiciones, aunque tal circunstancia suponga la aplicación de condiciones de trabajo diferentes en la empresa contratista: superiores para los trabajadores afectados por la contratación vinculada al pliego de condiciones de referencia e inferiores para el resto de los trabajadores de la empresa contratista cuyas relaciones de trabajo se seguirán rigiendo por lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable. Como es conocido, la determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por supuestos de transmisión de empresa es regulada por el artículo 44.4 ET, que determina la continuidad del convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión a los trabajadores afectados por ésta, situación que deberá mantenerse hasta la expiración de dicho convenio o, en su caso, la entrada en vigor de otro convenio aplicable a la entidad económica transmitida. La aplicación del artículo 44 ET a supuestos de sucesión de contratas es generalmente admitida, siempre que la transmisión, efectivamente, afecte a “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” (artículo 44.2 ET). En el supuesto analizado, la sentencia de instancia negaba la posibilidad de aplicar dicho precepto a un supuesto de contrata administrativa. El TSJ de Andalucía, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia del TS (STS de 27 de octubre de 2004) y del TJCE (Sentencia Hernández Vidal y otros), recuerda, no sin mostrar sus dudas, la obligación de aplicar el artículo 44 ET a supuestos de sucesión de contratas en actividades intensivas en mano de obra, siempre y cuando “la empresa cesionaria aportaba iguales elementos que la precedente, dirección del servicio y trabajadores, produciéndose por la vía de sucesión de contratos un cambio de titularidad de la organización” (STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548). Pero la aplicabilidad del artículo 44 ET al supuesto no resuelve la controversia principal en este caso, cual es la posibilidad de aplicar las condiciones de trabajo previstas en el pliego de condiciones. Para ello el Tribunal se ve obligado a comparar estas condiciones con las establecidas en el convenio colectivo aplicable, pues la aplicación de las primeras no puede ir en detrimento de los derechos de los trabajadores. Conviene no pasar por

alto el hecho de que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por la transmisión es el objetivo principal de la intervención legislativa comunitaria en la materia. Así parece desprenderse de los razonamientos realizados en los párrafos que siguen, aunque en ellos primen los aspectos civiles sobre los laborales:

“En este caso contemplado, si en el pliego de condiciones se hace referencia a la aplicación de un convenio colectivo distinto y su retribución y así se acepta y se estipula en el contrato que se firma, tal estipulación no deviene contraria a la ley, ni con relación al convenio aplicable, ni con relación a la retribución, pues en los pactos y condiciones contractuales suscritos entre el Excmo. Ayuntamiento y la recurrente, nada obsta a que se establezca como condición, en este caso por razones históricas de procedencia de las trabajadoras, la aplicación de un convenio determinado y su retribución, cuando como es el caso se establecen distintos cánones económicos para retribuir a estas trabajadoras fundado en condiciones especiales ya que, aceptadas tales condiciones por la recurrente, hacen que el cumplimiento devenga obligatorio para la empresa que expresamente las acepta, al adjudicarse el contrato de prestación de ayuda a domicilio que suscribió con el Excmo. Ayuntamiento del Puerto de Santa María, siempre que mejore las condiciones de trabajo y retribución respecto a las normas legales o convencionales de aplicación, pero no por la vía del artículo 44 ET, sino conforme establece el artículo 3 del ET en relación con el artículo 1257.2 del CC, resolver de otra manera implicaría un enriquecimiento injusto para la empresa que licitando sobre unas condiciones y retribuciones pactadas superiores, satisface cantidades inferiores” (STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548).

Si, como puede deducirse de los hechos probados, las condiciones de trabajo mejoran las que derivan de la aplicación del convenio colectivo, la norma laboral no debe impedir al empresario el estricto cumplimiento de sus compromisos contractuales; tampoco, en este supuesto, cabe la invocación de un supuesto derecho a la igualdad retributiva con respecto al resto de los trabajadores de la empresa adjudicataria del servicio:

“Una última precisión, aunque no discutida que aparece en el tema debatido, como es respecto de la igualdad en la retribución de los trabajadores en general de la contrata, declarando la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 34/2004 (Sala Primera), de 8 de marzo, recurso de amparo núm. 813/2001 y las que en ella se citan, que “el artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad aunque esta autonomía venga mediatizada por el cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato” (STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Alcance objetivo del principio de igualdad retributiva

El TS se pronuncia sobre el ámbito objetivo de la obligación de las ETT de igualar las retribuciones de los trabajadores puestos a disposición a las percibidas por los trabajadores de la empresa usuaria. En concreto, se trata de determinar si los trabajadores de la empresa de trabajo temporal que han prestado servicio en una entidad bancaria tienen derecho a percibir la compensación por ayuda alimentaria en la cuantía que dicha empresa, por decisión colectiva, aceptó abonar a sus trabajadores. Conviene recordar, como con acierto hace el fallo comentado, que la letra del artículo 11.1 LETT hace referencia “a la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable”. Nuestra jurisprudencia (STS de 25 de septiembre), siguiendo un criterio finalista, extiende la garantía prevista en dicho precepto a las cantidades acordadas en convenios colectivos extraestatutarios, cuando sean de aplicación generalizada en la empresa usuaria. A pesar de lo dicho, si, como no ha sido discutido en la instancia, el complemento en cuestión tiene origen en una decisión unilateral del empresario de carácter colectivo, parece preciso analizar también lo, a estos efectos, previsto en el convenio colectivo aplicable, en concreto, el contenido del artículo 32 del Convenio:

“En cuanto a la alegación del artículo 32 del Convenio, hay que tener en cuenta que éste establece que, a efectos de la equiparación de retribuciones con la empresa usuaria y con el fin de clarificar el concepto legal de Convenio Colectivo aplicable, serán de aplicación las retribuciones establecidas en los Convenios Colectivos de carácter estatutario o extraestatutario, así como pactos o acuerdos colectivos de aplicación general en la empresa usuaria. Es cierto que la garantía queda referida a los convenios colectivos en sentido amplio, sin comprender las decisiones unilaterales del empresario, que como condiciones más beneficiosas, pueden determinar el contenido de la relación de trabajo, pero si la función del precepto es garantizar la igualdad de retribuciones entre el personal de la empresa usuaria y el de la empresa de trabajo temporal que presta servicios en aquélla, la asimilación debe comprender también las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas de carácter colectivo. Así se desprende claramente del párrafo tercero del propio artículo 32.1 del Convenio, que sólo excluye de la asimilación retributiva los pactos individuales y los complementos *ad personam*, no vinculados al puesto de trabajo, con lo que la condición más beneficiosa de carácter colectivo o mejora voluntaria colectiva queda incluida en la garantía, aunque no derive de acuerdo, sino de decisión unilateral del empresario” (STS de 7 de febrero de 2007, I.L. J 193).

Por otra parte, el recurso alude a un nuevo motivo, cual es la naturaleza extrasalarial del complemento litigioso, destinado únicamente a quienes realizan una jornada partida, y, por este motivo, en opinión del recurrente, al margen del ámbito de protección del artículo 11 LETT. Se da la circunstancia de que el criterio jurisprudencial, STS de 18 de marzo de 2004, en relación con un complemento de incapacidad temporal, no aceptó la equiparación de aquél por tratarse de una percepción que se produce cuando el contrato

de trabajo está suspendido, entendiendo que el artículo 11 de la LETT no se aplica a un complemento no salarial no vinculado al puesto de trabajo.

En esta ocasión, el TS se ve obligado a matizar tan amplia exclusión, que pudiera conducir a resultados indeseados que limitaran el impacto material de las garantías establecidas en la norma legal o en los convenios colectivos, dejando al margen del paraguas protector ofrecido por aquéllas un buen número de conceptos económicos. Para el órgano juzgador, insistiendo en el criterio finalista, lo importante no es la discusión sobre la naturaleza, salarial o extrasalarial del concepto, sino la relación existente entre dicho complemento y la realización de trabajo, al objeto de satisfacer el cumplimiento del objetivo, a su juicio, perseguido por el legislador: “que el resultado económico obtenido por el trabajador de la empresa de trabajo temporal mientras presta servicios en la empresa usuaria no sea inferior al que obtiene el de la empresa usuaria por el mismo trabajo”. Dicha interpretación obliga a considerar incluidos en el ámbito de aplicación de la garantía retributiva objeto de litigio, los gastos realizados por el trabajador con motivo de la ejecución de la prestación laboral, es decir, las indemnizaciones y suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral. En palabras del Tribunal Supremo:

“En cualquier caso, aunque, por hipótesis, se aceptara su carácter no salarial, lo cierto es que la percepción que aquí se analiza presenta características distintas de las propias de un complemento de incapacidad temporal, pues se abona en función de la realización efectiva del trabajo y está vinculada a un puesto de trabajo que ha de desempeñarse en jornada partida. Pero, por una parte, hay que observar que tanto el artículo 11 LETT como el Convenio Colectivo de empresas de trabajo temporal se refieren a las retribuciones y no al salario, y la noción de retribución –recompensa o pago de una cosa, según el Diccionario de la Lengua– es más amplia que la noción salario –remuneración de la prestación de trabajo–. Es necesario tener además en cuenta que dentro de la noción genérica de los conceptos no salariales hay una amplia gama de percepciones cuya función es distinta. Así, en una enumeración no exhaustiva habría que distinguir 1º) las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, 2º) las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial y 3º) las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Pues bien, lo que se ha querido lograr mediante la reforma realizada por la Ley 29/1999 en el artículo 11 de la LETT es que el resultado económico obtenido por el trabajador de la empresa de trabajo temporal mientras presta servicios en la empresa usuaria no sea inferior al que obtiene el de la empresa usuaria por el mismo trabajo. Ello determina que la equiparación no puede detenerse en el salario, sino que tenga que comprender, para ser efectiva, la compensación de los gastos realizados precisamente en función de la prestación de trabajo, es decir, los comprendidos en el grupo 1º de la anterior enumeración, aunque no se extienda a los otros dos grupos, en la medida en que ya no se trata de percepciones vinculadas directamente con el trabajo. Por todo ello, hay que concluir que la ayuda alimentaria está comprendida en la garantía de la equiparación” (STS de 7 de febrero de 2007, I.L. J 193).

Por el contrario, y a pesar de conocer la doctrina sobre la materia mantenida por el TS (STS de 18 de marzo de 2004), la STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 645, parece alejarse de la línea marcada por ésta, reconociendo el derecho de un trabajador en misión a percibir el complemento correspondiente al subsidio por incapacidad temporal previsto en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria. En nuestra opinión, el argumento de mayor peso, únicamente aplicable al caso resuelto, es el que sostiene que “el propio convenio colectivo para las empresas de trabajo temporal establezca un complemento por incapacidad temporal que únicamente alcanza al personal de estructura de esas empresas (...), y no a los contratados para ser cedidos a empresas usuarias, puesto que esa diferencia de trato sólo se justifica adecuadamente si tenemos en cuenta que estos últimos disponían ya de ese complemento, en términos incluso más beneficiosos para ellos, como fruto de la garantía legal que examinamos” (STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 645).

5. 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. La complejidad se incrementa si se trata de comparar la doctrina de los órganos jurisdiccionales, a los efectos de viabilidad de un recurso de casación para la unificación de la doctrina, como se ve obligado a señalar expresamente el Tribunal Supremo, circunstancia que impulsa al Tribunal a analizar el fondo de la discusión, más allá de lo que es habitual en estos supuestos, para dilucidar si con los hechos probados puede afirmarse o no que entre las empresas afectadas por el litigio existe independencia funcional, organizativa y material, para finalizar rechazando la existencia de contradicción entre la sentencia aportada y la recurrida:

“La comparación de supuestos de las sentencias cuando se trata de resolver sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores, para establecer el presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, suele presentar la dificultad de que se produzcan situaciones substancialmente iguales, ya que la calificación de cesión ilegal se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico y, ello ocurre en el caso de autos. Sin embargo, en el presente recurso mientras la sentencia combatida parte de que la empresa que aparece como arrendataria de servicios no es titular ni propietaria de ningún bien o instrumento productivo relativo a la prestación de tales servicios por los actores, perteneciendo aquéllos a la empresa arrendadora, en cambio la sentencia de constaste afirma y, ello es trascendental, que la empresa arrendataria, es una organización independiente

de cualquiera otra empresa externa y que tiene un amplio objetivo estatutario como el de (...) montaje, instalación, mantenimiento, explotación y reparación de (...) telecomunicación, megafonía, telefonía, sistemas dirigidos por ordenador, *software* y programas o bases de datos para la gestión empresarial e industrial así como sus piezas, elementos o accesorios y cuya actividad no coincide en su totalidad con la de la empresa arrendadora sino sólo en una parte, que es precisamente la que utilizó esta última como apoyo al contratar una parcela de su actividad. Además también destaca esta sentencia, la independencia funcional, organizativa y material que presenta también en el aspecto humano.

Todas estas circunstancias de independencia funcional, organizativa y material que presenta también en el aspecto humano, que recoge la sentencia de contraste y, que fueron determinantes para rechazar la existencia de cesión ilegal, son ajenas a la sentencia combatida, que llega a la conclusión de que la empresa que aparece como adjudicataria de los servicios de la contrata se limitaba a una simple aportación de mano de obra” (STS de 17 enero de 2007, u.d., I.L. J 18).

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 18 y 24 de abril de 2007, u.d., I.L. J 454 y 611:

“De las anteriores particularidades de la prestación de servicios por parte de los trabajadores en el caso de la sentencia de contraste y las relaciones existentes entre las empresas principal y contratista se desprende que la intensidad o la implicación directa en la gestión, o el control empresarial por parte de la contratista era significativa en la sentencia recurrida y en absoluto en la de contraste, lo que llevó a las resoluciones comparadas a decisiones distintas, pero en absoluto contradictorias, puesto que analizaron y valoraron jurídicamente hechos totalmente diferentes, que condujeron en el caso de la primera a entender que no se había producido la cesión ilícita de mano de obra a que se refiere el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y a lo contrario en la segunda” (STS de 18 de abril de 2007, u.d., I.L. J 454).

Por el contrario, 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, sin que la aportación de los elementos materiales para la realización del trabajo por la empresa auxiliar impida por sí solo la aplicación de dicho precepto. En este sentido, se pronuncia la STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007, I.L. J 579, en un supuesto en que queda probado que “la empresa que formalmente contrató al trabajador demandante, Desmontes, Infraestructuras y Transportes, SL, cuenta con una actividad empresarial propia, que es titular de un patrimonio y de una organización estables y que puso a disposición de Cemex España, SA una pala y un camión, pero ello, como ha quedado dicho, no excluye por sí solo la posibilidad de que se produzca el supuesto de hecho contemplado en el artículo 43 ET. En efecto, el resto de los hechos declarados probados en la sentencia nos

III. Empresario

conducen a entender que se ha producido el fenómeno interpositorio prohibido por el citado precepto y además con una finalidad claramente defraudatoria de los derechos del trabajador. En efecto, se cuenta en ella que el actor desde el mismo momento en que fue contratado por Desmontes, Infraestructuras y Transportes, SL se insertó en la organización empresarial de Cemex España, SA, de tal manera que se le encomendó una tarea que poco tiene que ver con el objeto social de aquélla —que se centra, fundamentalmente, en la excavación y movimientos de tierras y en la ejecución de obras de urbanización—, y que, sin embargo, es una parte integrante del proceso productivo de Cemex España, SA, como es la de cargar materiales desde el vertedero y transportarlos a la tolva donde son descargados. También se relata algo que es de suma importancia, y es que el demandante en la ejecución de la referida tarea participaba como un trabajador más de Cemex España, SA, en el sistema de turnos rotatorios que esta empresa tenía establecido, pues se trata de una actividad que se desarrolla durante las veinticuatro horas del día (hecho probado 9º) y que las órdenes que recibía eran las emanadas del jefe de turno de Cemex España, SA (hecho probado 6º) hasta el punto de que no había ningún responsable ni encargado de Desmontes, Infraestructuras y Transportes, SL (hecho probado 7º) pues sólo de vez en cuando acudía alguien de esta última empresa a recoger los partes de trabajo del actor. Por último debemos hacer hincapié en el hecho de que en el presente caso aparece una clara finalidad defraudatoria en la actuación de ambas empresas, pues es evidente que el salario que percibía el actor por su trabajo de 1.312,60 euros, era muy inferior al establecido en el convenio colectivo de Cemex España, SA para un trabajador de su misma categoría profesional de palista de 1ª que ascendía a 2.298,23 euros, en definitiva pues y como ya se adelantó, la sentencia de instancia lejos de infringir los preceptos citados por las empresas recurrentes, realizó una correcta aplicación de ellos al supuesto controvertido, por lo que debe ser confirmada con la lógica desestimación de aquellos recursos” (STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007, I.L. J 578).

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, el TS debe pronunciarse sobre el alcance temporal de los efectos económicos derivados de dicha declaración y, en concreto, sobre si el derecho a los salarios establecidos en la cesionaria 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. La sentencia se inclina por esta última posibilidad, si bien se reconoce que a dicho resultado se llega tras un proceso de evolución de la doctrina jurisprudencial española. En un primer momento, el TS distinguía entre empresario real y ficticio, señalando que el derecho de opción del trabajador únicamente era previsto 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); posteriormente, la más reciente jurisprudencia viene a sentar el criterio de 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 o no reales (SSTS de 14 de septiembre de 2001 y 17 de enero de 2002).

En el caso que nos ocupa, esta línea jurisprudencial se refuerza con el siguiente argumento:

“habida cuenta de que durante la cesión ilegal la vinculación laboral de las hoy trabajadoras demandantes recurrentes se produjo con la empresa cesionaria es lógico que la retribución de salarios a percibir por aquéllas se ajuste a la propia del Convenio Colectivo que rige en dicha empresa cesionaria, dado que el texto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, por más que pueda guardar silencio sobre este concreto extremo, no se opone a ello” (STS de 17 de abril de 2007, u.d., I.L. J 543).

Similar controversia puede observarse en otro supuesto, sólo que en esta ocasión el Tribunal Supremo se abstiene de entrar en el fondo del asunto, no apreciando la contradicción planteada en el recurso:

“La contradicción es inexistente porque la sentencia recurrida toma en consideración la Sentencia firme de 30 de enero de 2004 que declaró la existencia de cesión ilegal y determinó que los efectos de tal declaración se retrotrajeran al 30 de octubre de 2003 desplegando dicho pronunciamiento los efectos propios de la cosa juzgada y sin que la sentencia de contraste contemple un precedente igual” (STS de 22 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 401).

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Sucesión empresarial por cambio de titularidad del negocio

La regulación jurídico-laboral que ordena la transmisión de empresa fundamentalmente persigue garantizar el mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores afectados, no en vano ésa es precisamente la denominación que recibe la normativa comunitaria en la materia, 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 accesoria”. La posibilidad de aplicar dicho precepto en un supuesto de cambio de arrendatario de un local de negocio es analizada por la STSJ de Valencia de 9 de enero de 2006, I.L. J 580. El supuesto enjuiciado analiza el caso de una trabajadora que durante varios años prestó servicios como cocinera en un negocio de restauración, dándose el caso que el local en el que se ejercía dicha actividad había sido arrendado como local de negocio por el empresario. Posteriormente, el empresario decide finalizar la actividad correspondiente, mientras que otra persona suscribe con los propietarios del local un nuevo contrato de arrendamiento, que incluye el mobiliario necesario para realizar la actividad empresarial de restauración. Además de lo dicho, conviene tener

III. Empresario

presente que entre la finalización de la actividad del primer empresario y la apertura del nuevo negocio, dedicado a la misma actividad, transcurrió únicamente el plazo de una semana. Los anteriores datos resultan suficientes para afirmar que la extinción del contrato de arrendamiento no debió producir la extinción del contrato de trabajo, pues si el nuevo inquilino, tras recibir los elementos materiales precisos, ha continuado la actividad empresarial, debió también mantener la relación laboral hasta entonces vigente, sin que la suspensión de la actividad empresarial durante un escaso período de tiempo permita alegar la inexistencia de relaciones laborales vivas. En palabras de la sentencia:

“En definitiva que en el supuesto que nos ocupa sí existió una clara sucesión empresarial pese a la extinción de un contrato de arrendamiento mantenido con un anterior arrendatario y la entrada de otro arrendatario nuevo y diferente al anterior, pues, junto al local, donde se desarrollaba la actividad de bar-cervecería, se han cedido también todas las instalaciones y elementos, tal y como se desprende del Anexo 1 al contrato suscrito y en el que se detallan todos los objetos traspasados para el funcionamiento inmediato del negocio, de ahí que se da la coincidencia en el desarrollo de la misma actividad negocial o industrial que se llevaba a cabo, antes y después de la cesión o traspaso del negocio, al proseguir, el nuevo empresario la misma actividad que se venía desarrollando en el bar, implicando ello la concurrencia de los dos elementos que para la transmisión o sucesión empresarial viene exigiendo la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, uno subjetivo, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo y, otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, que permite la continuidad de la actividad empresarial” (STSJ de Valencia de 9 de enero de 2006, I.L. J 580).

Por el contrario, cuando no se produce transmisión de elementos patrimoniales, entre los que, en contra de nuestra opinión, parece no incluirse la cesión de activos, o las relaciones de trabajo han sido extinguidas con anterioridad, no resulta aplicable el artículo 44 ET.

“La indicada cesión de activos por parte de INTEC, SL a ISI, SA que se acaba de exponer no basta para apreciar la existencia de sucesión empresarial entre ambas empresas por cuanto que aun admitiendo que ISI, SA asumió parte de la actividad desarrollada por INTEC, SL como lo evidencia que en el primer mes de actividad de ISI, SA el 96% de las ventas fueron efectuadas a clientes que con anterioridad lo fueron de INTEC, y que desde enero a mayo de 2001 el 97%, no se ha acreditado que la indicada cesión de activos implique la transmisión de una unidad productiva autónoma que es uno de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de sucesión empresarial (artículo 44 Estatuto de los Trabajadores). Por otra parte para que se produzca la sucesión empresarial entre ambas empresas es necesario que estén vigentes los contratos de trabajo de los trabajadores de INTEC, SL cuando los mismos pasan a prestar servicio para ISI, SA y en el presente caso dichos contratos de trabajo ya se habían extinguido mediante expediente de regulación de empleo, por lo que tampoco se da el segundo de los requisitos necesarios para apreciar la sucesión empresarial entre ambas mercantiles” (STS de Valencia de 16 de enero de 2007, I.L. J 570).

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

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 vía pliego de condiciones del concurso o adjudicación del servicio, o bien por disposición del convenio colectivo aplicable. Ahora bien, cuando la subrogación 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 aplicable, salvo expresa remisión, lo previsto en la norma legal. Los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento de la empresa entrante 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 entrante, perdiendo la empresa saliente incumplidora la facultad de imponer en tal supuesto la subrogación. Por otra parte, el incumplimiento de la empresa saliente no debe perjudicar los intereses de los trabajadores afectados, cuyas relaciones laborales no han de quedar automáticamente extinguidas por causa de 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 estudio:

“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) del artículo 14, que son los que definen el supuesto de hecho de la norma. 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

III. Empresario

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.

Si se aplican estas consideraciones al presente caso, se llega a la conclusión de que el trabajador no ha optado claramente por la subrogación desde el momento en que la demanda por despido se dirige contra las dos empresas –adjudicataria saliente y nueva adjudicataria–, sin establecer ninguna prioridad sobre con cuál de ellas se quiere restablecer la relación laboral. Por otra parte, es decisivo que el demandante se haya conformado con la condena de Prosegur, consintiendo plenamente la absolución de Seguridad Integral Canaria. En esta circunstancias Prosegur, que ha incumplido su obligación de información, no puede imponer la subrogación y, en consecuencia, el recurso debe ser desestimado” (STS de 6 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 278).

C) No procede responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones causadas con posterioridad al momento de la transmisión

La responsabilidad, en los supuestos de sucesión de empresa, aparece en el artículo 44, del Estatuto de los Trabajadores, que en la redacción anterior a la introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, establecía que “el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos ínter vivos, el cedente y, en su defecto, el cesionario, está obligado (...) respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión, y que no hubieran sido satisfechas”. En la modificación introducida por la citada Ley 12/2001 se mantiene la redacción originaria del precepto, si bien se añade, a continuación de “obligaciones laborales” lo siguiente: “(...) y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones en los términos previstos en la normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”, añadiendo el nuevo apartado 3 que “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos ínter vivos responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”.

Tanto en la regulación actual como en la anterior a la introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, el límite de tres años en la responsabilidad solidaria se refiere exclusivamente a las obligaciones laborales. En efecto, en la primitiva redacción el precepto expresamente aludía a obligaciones laborales, sin contener referencia alguna a obligaciones de Seguridad Social y, en la redacción actual, si bien se refiere a obligaciones de Seguridad Social, en el apartado 1, en el nuevo apartado 3 aclara dicho extremo, al disponer expresamente “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario (...) responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales (...)”.

Se hace pues necesario acudir a la regulación contenida en la legislación de Seguridad Social para fijar el alcance de la responsabilidad del cesionario en esta materia. El artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que es el aplicable atendiendo a que el período de falta de cotización es anterior a 1994, de contenido idéntico al artículo 127.2 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que “en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”.

“Es cierto que el incumplimiento de la obligación de cotización por parte de la Ikastola Izarraizpe Iraskaskntza Cooperativa se produjo en un período anterior a que la misma se integrara en la red de Centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, lo que ocurrió por Decreto 54/1994, pero no es menos cierto que la pensión se causó con posterioridad a que se produjera dicha integración, pues su fecha de efectos es de 7 de noviembre de 2003, por lo que siguiendo la doctrina unificada contenida en la Sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2004, recurso núm. 58/2003, el Gobierno Vasco no debe responder del pago de ese mayor porcentaje de la pensión de jubilación que corresponde a la actora, por la falta de cotización durante un determinado período en el que prestó servicios a la precitada Ikastola” (STS de 23 de enero de 2007, u.d., I.L. J 69).

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Período de prueba. B) Nulidad del pacto 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. b) Conversión en contratos indefinidos. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **5. Contratos formativos. 6. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En relación con este bloque temporal cabría destacar las siguientes sentencias: la **STS de 25 de enero de 2007**, u.d., I.L. J 21, que establece la licitud del cese del interino por cobertura de la vacante, aunque no se llegue a ocupar efectivamente el puesto por quien obtuvo la plaza en propiedad, y la **STS de 31 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 663, sobre el fraude de ley en el contrato para la formación.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

La **STS de 2 de abril de 2007**, I.L. LN-8, viene a delimitar el objeto del período de prueba reiterando que éste permite a cualquiera de las partes rescindir unilateralmente el contrato por su sola y exclusiva voluntad sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, con el único límite de que la decisión no esté causada por motivo discriminatorio alguno de acuerdo con el artículo 14 CE.

B) Nulidad del pacto contractual

Destaca en esta materia la **STSJ de Valencia de 3 de abril de 2007**, I.L. J 650, que viene a resolver un supuesto en el que el contrato de trabajo contraviene la disposición convencional prevista en relación con los cambios de lugar de prestación de servicios en la empresa. Concretamente, el convenio aplicable especifica en su artículo 9 que éstos deberán cumplir una serie de requisitos: “a) expresa alegación de razones suficientemente explícitas y fundamentadas en motivos organizativos, técnicos o productivos; b) que el cambio se produzca dentro de la localidad o en municipios limítrofes; c) que se ofrezca la posibilidad en primer lugar la plaza mediante traslado voluntario (...)”. El contrato de la trabajadora en cuestión incluye una cláusula en la que se reseñaba que la misma prestaría sus servicios “en el centro de trabajo de Picaña y en cualquier centro de trabajo de la empresa existente en la provincia siempre que se lo notificara a la empleada con antelación”. De acuerdo con esta previsión la empresa ordena a la trabajadora un cambio de lugar de trabajo a una localidad situada a 12 Km. El TSJ se pronuncia en el sentido de entender que:

“(…) aunque el cambio de lugar de trabajo no implique un cambio de residencia para el operario pero que aparezca adoptado sin ajustarse a los requisitos convencionalmente dispuestos a estos fines. También conviene precisar que si bien las partes gozan en principio de autonomía de la voluntad de la posibilidad de establecer cuantos pactos y condiciones estimen por conveniente para regular el desempeño del contenido laboral, los mismos no pueden entrar en colisión con los derechos que se tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo, pretendiéndose de esta forma salvaguardar al trabajador e impedir que el mismo suscriba o pacte con la empresa condiciones de trabajo inferiores a las reconocidas en normas laborales (...)”.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Respecto de esta modalidad de contratación, debe destacarse, por un lado, la **STS de 22 de febrero de 2007**, I.L. J 254, que en un caso especialmente significativo, como es el de la utilización de este contrato respecto de los profesores de música vinculados a un Conservatorio Profesional de Música, viene a reseñar que los contratos deben entenderse realizados en fraude de ley porque:

“Las tareas que realiza un profesor en un Centro Musical en que se imparten enseñanzas musicales constituyen la actividad natural y ordinaria en el mismo y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes del centro (...). La división de la docencia en cursos escolares afecta a los alumnos y a su relación

IV. Modalidades de Contratación

académica con el centro, pero no al vínculo laboral de los profesores que año tras año tendrán similares contenidos que realizar como tales (...).

Por otra parte, reitera de nuevo el TS en diversas resoluciones (**SSTS de 3 de abril de 2007**, u.d., I.L. J 458 y 516; **5 de marzo de 2007**, I.L. J 361; **6 de marzo de 2007**, I.L. J 396, y **2 de abril de 2007**, I.L. J 499) su conocida doctrina respecto de la utilización ajustada a derecho de esta modalidad contractual en supuestos en que sucesivamente ésta se vincula a diversas contrataciones administrativas entre la Administración y la empresa contratista, recordando que en estos supuestos el único elemento determinante a tener en cuenta, al margen claro está del carácter permanente de la actividad tanto para aquélla como para ésta, no es sino “la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”.

Finalmente, la **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007**, I.L. J 582, viene a resolver también un conocido supuesto como es el de la utilización no ajustada a derecho de esta modalidad contractual por parte de la Administración cuando la misma se sujeta a la existencia de subvención.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Poco hay que decir respecto al contrato eventual. Tan sólo reseñar que al mismo se refieren, en primer lugar, las **SSTS de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 164, y **de 17 de abril de 2007**, I.L. J 545, de alcance procesal. Y, en segundo lugar, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de febrero de 2007**, I.L. J 637, en la que resuelve un supuesto de fraude de ley en la contratación ya que “la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna (dado que se trata de tareas propias de un puesto designado numéricamente y en espera de su cobertura formal), sino que es una clara manifestación de la actividad desarrollada de modo habitual y normal de la propia Administración”.

c) Interinidad

En punto a la interinidad por vacante, cabe destacar la **STS de 25 de enero de 2007**, I.L. J 21, que se ocupa de unificar doctrina en supuestos de ceses de interinos por cobertura de la plaza en propiedad por otra persona, que ello no obstante, no llega a ocupar el puesto, dejándolo nuevamente vacante y siendo ocupado por un nuevo interino. El Tribunal entiende que el cese del interino es lícito por cuanto una de las causas de extinción del contrato es la cobertura en propiedad de la plaza. En concreto, sobre la base de doctrina establecida en un pronunciamiento anterior se establece:

“La circunstancia, ciertamente singular, concurrente en las situaciones enjuiciadas en las dos sentencias comparadas dentro del presente recurso, de que la persona que adquiere en propiedad la plaza, ocupada interinamente, y se posesiona de ella, con simultaneidad, pida una excedencia u ocupe otro puesto distinto que deje nuevamente en situación de vacante

dicha plaza que, luego, es ocupada por personal interino que ostenta un mejor puesto en la bolsa de trabajadores existente en la empresa para cubrir estas situaciones de emergencia laboral, en modo alguno permite entender que se ha violado derecho alguno consolidado de la persona que inicialmente ocupó esa plaza como trabajador interino, por cuanto, ese derecho se consumó con el nombramiento y la toma de posesión en propiedad llevados a cabo por la empresa, a través del proceso selectivo reglamentario correspondiente.”

Por otra parte, la **STS de 28 de marzo de 2007**, I.L. J 421, abunda en la doctrina jurisprudencial de que la contratación para sustituir al jubilado anticipadamente a los 64 años se puede producir por un contrato de interinidad por vacante o por sustitución.

En fin, en línea con lo ocurrido en los últimos meses existen numerosas sentencias que confirman la interpretación en punto a la terminación de contratos de interinidad por vacante en Correos y Telégrafos y su conversión de entidad de derecho público en empresa sujeta al privado, cuestión esta que no ha supuesto la aplicación del plazo máximo de tres meses para estos contratos en entidades privadas, dada la aplicación de reglas de contratación de las Administraciones públicas a esta entidad (**SSTS de 15 de enero de 2007**, I.L. J 92; de 17 de enero de 2007, I.L. J 25 y 68; de 22 de enero de 2007, I.L. J 40; de 29 de enero de 2007, I.L. J 144; de 31 de enero de 2007, I.L. J 95; de 6 de febrero de 2007, I.L. J 289; de 7 de febrero de 2007, I.L. J 158; de 13 de febrero de 2007, I.L. J 132; de 13 de febrero de 2007, I.L. J 178; de 14 de febrero de 2007, I.L. J 114 y 182; de 22 de febrero de 2007, I.L. J 179 y 229; de 27 de febrero de 2007, I.L. J 295; de 2 de marzo de 2007, I.L. J 682; de 7 de marzo de 2007, I.L. J 271; de 8 de marzo de 2007, I.L. J 397; de 13 de marzo de 2007, I.L. J 334 y 444; de 14 de marzo de 2007, I.L. J 349 y 382; de 16 de marzo de 2007, I.L. J 304; de 26 de marzo de 2007, I.L. J 374; de 28 de marzo de 2007, I.L. J 344; de 17 de abril de 2007, I.L. J 470, 544, 556 y 710; de 19 de abril de 2007, I.L. J 724; de 23 de abril de 2007, I.L. J 725; de 24 de abril de 2007, I.L. J 467 y 562; de 26 de abril de 2007, I.L. J 490 y 698; de 30 de abril de 2007, I.L. J 468, 495 y 607; de 16 de mayo de 2007, I.L. J 683; de 17 de mayo de 2007, I.L. J 589; de 29 de mayo de 2007, I.L. J 659).

Por último, reseñar algunas sentencias que no aprecian la contradicción para entrar en el fondo del recurso de unificación de doctrina en supuestos de extinción de contratos de interinidad por vacante, en uno de los cuales se produce la extinción por amortización de la plaza y en otro por cobertura de la misma (**STS de 16 de enero de 2007**, I.L. J 78). Sin embargo, pese a que tampoco se entra en el fondo del recurso por no apreciar contradicción, lo cierto es que tiene cierto interés la **STS de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 172, donde se rechaza que pueda procederse al cese de un interino por sustitución por la adscripción provisional de trabajadores fijos cuyo puesto de trabajo haya sido amortizado, ya que si bien ello puede ser admisible en una interinidad por vacante, no lo es “respecto de una trabajadora interina por sustitución, supuesto de interinidad en el que la extinción del contrato de trabajo del interino está vinculada en principio a la reincorporación del trabajador sustituido o a las vicisitudes del derecho a reserva del puesto de trabajo que dicho trabajador sustituido ostenta”.

IV. Modalidades de Contratación

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

De especial interés resultan las sentencias en esta materia que se centran en la aplicación del artículo 15.6 ET, esto es, del principio de igualdad de trato a los trabajadores temporales respecto de los trabajadores fijos en relación con las condiciones de trabajo, siempre y cuando no quepa asumir la existencia de diferencias que traiga su causa precisamente en la duración del contrato.

Concretamente, en primer lugar, deben destacarse varias resoluciones del TS (SSTS de 15 de enero de 2007, u.d., I.L. J 13; de 27 de marzo de 2007, I.L. J 390; de 3 de abril de 2007, I.L. J LN-9; de 4 de abril de 2007, I.L. J 453; de 24 de abril de 2007, I.L. J 599; de 4 de abril de 2007, I.L. J 623) sobre el derecho de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos a percibir el plus de permanencia y desempeño pactado en el convenio y que depende de factores de “experiencia, asistencia, responsabilidad y dedicación respecto de los cuales no consta que concurran de manera diferenciada entre los trabajadores fijos y temporales”.

En segundo lugar, la SAN de 5 de febrero de 2007, I.L. J 184, resuelve el conflicto colectivo planteado respecto de la interpretación de la cláusula negocial que establece el plus de “promoción por experiencia” en el sentido de entender que para el cálculo de la misma se han de computar todos los períodos en los que han estado contratados mediante contrato de trabajo temporal, con independencia del lapso de tiempo que haya existido entre contrato y contrato:

“No puede admitirse la interpretación y consecuente práctica empresarial que veda la promoción de nivel de quienes a pesar de haber desempeñado su trabajo en el nivel exigible durante el tiempo fijado por la norma convencional, alcanzando así la experiencia necesaria, han visto interrumpido su contrato por más de 20 días, pues se está imponiendo por la empresa un requisito no fijado por la norma y que en la práctica implica o conlleva un tratamiento diferente para quienes están vinculados por un contrato de naturaleza fija (...)”.

Finalmente, centrándose en el cómputo de la antigüedad de los trabajadores temporales para percibir el complemento en supuestos en que se han producido contrataciones sucesivas, tres resoluciones del TS en unificación de doctrina (SSTS de 1 de marzo de 2007, I.L. J 343; de 15 de marzo de 2007, I.L. J 551; de 3 de abril de 2007, I.L. J 505; de 14 de marzo de 2007, I.L. J 681) reiteran la jurisprudencia conocida sobre que:

“(...) la discontinuidad o interrupción superior a veinte días entre contratos sucesivos no debe afectar al cómputo del complemento de antigüedad (...), pues tal doctrina, cuya virtualidad se mantiene expresamente, es de aplicación no en materia de condiciones salariales sino en materia de condiciones de empleo, y en particular en el examen de cada uno de los contratos integrantes de una cadena a fin de declarar cuáles de ellos pueden calificarse de fraudulentos, determinando que, salvo supuestos excepcionales, no pueden

examinarse contratos anteriores a una interrupción superior al plazo de caducidad de la acción de despido”.

b) Conversión en contratos indefinidos

Además de las SSTS de 27 de febrero de 2007, I.L. J 253 y de 14 de febrero de 2007, I.L. J 222, de alcance procesal, y de la STS de 17 de enero de 2007, I.L. J 25, que reitera la doctrina ya referida en números anteriores exhaustivamente sobre la inaplicación a los trabajadores interinos de Correos y Telégrafos de la limitación temporal de tres meses, destaca en este período la STS de 8 de marzo de 2007, I.L. LN-21, en la que se considera como indefinida la relación laboral de trabajadores vinculados con la empresa a través de diversos contratos temporales celebrados directamente con la empresa y ficticios contratos de puesta a disposición celebrados con diversas ETT, asumiéndose que:

“(…) las interrupciones existentes entre contratos, en algunos casos superiores a veinte días, no son suficientemente significativas: un mes, por lo general, con duraciones mayores —dos meses— pero en la época estival coincidentes con las vacaciones con independencia de la posible irregularidad de dicha contratación, lo que es palmario, es la unidad esencial del vínculo laboral”.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con la contratación a tiempo parcial cabe destacar las SSTS de 13 de febrero de 2007, I.L. J 205; de 6 de marzo de 2007, I.L. J 403, y de 17 de abril de 2007, I.L. J 727, que fijan la duración de la prestación por desempleo en el caso de trabajadores que sustituyan a jubilados parcialmente y con contratos a tiempo parcial en los que la actividad laboral se concentra durante algunos meses del año, durante los cuales se viene a realizar una jornada ordinaria de trabajo. El Alto Tribunal establece que la duración de la prestación está en función de los períodos de ocupación cotizada, esto es, teniendo en cuenta el trabajo efectivo realizado.

En este sentido se señala,

“la razón que legitima la percepción de la prestación de desempleo, que no es otra que la pérdida del trabajo u ocupación laboral, obviamente sólo ha de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año y que, también, se considere como día cotizado entero aquel en el que sólo parcialmente se desarrolló la actividad laboral”.

IV. Modalidades de Contratación

También en punto a cuestiones de Seguridad Social de estos trabajadores, la **STS de 29 de enero de 2007**, I.L. J 88, unifica doctrina sobre la forma en que debe computarse la carencia específica de la prestación por maternidad (180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, se establece que el lapso inmediatamente anterior al hecho causante se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la que resulta habitual en la correspondiente actividad, sin que dicho incremento deba estar en función del número de días trabajados en el período.

Sobre la aplicación del derecho a la igualdad de los trabajadores a tiempo parcial, la **STS de 24 de abril de 2007**, I.L. J 721, interpreta los términos del convenio en el sentido de que estos trabajadores, inclusive los contratados para prestar servicios los sábados, domingos y festivos, también tienen derecho a un plus por realización del trabajo en días festivos, ya que el convenio no los excluye.

B) Contrato fijo discontinuo

Respecto de los trabajadores fijos discontinuos alguna sentencia incide de nuevo en la reclamación de transformación en fijos a tiempo completo en jornada irregular de los trabajadores de Iberia que, tras la subrogación declarada nula de la misma en Ineuropa Handling, se han mantenido como tales, sin haber podido ser transformados en fijos a tiempo completo con jornada irregular, habiéndolo sido en cambio otros trabajadores de peor condición en el escalafón no afectados por la subrogación. La **STS de 24 de enero de 2007**, I.L. J 93, concluye en todo caso que dado el carácter incierto de las posibilidades de aquéllos por lo que hace a su transformación la exigencia no ha lugar, ya que:

“estimar la pretensión de los trabajadores supondría ir en contra de una política de organización acordada por la Dirección de la empresa y representantes de los trabajadores, cuya finalidad es conseguir mediante acuerdos periódicos, la transformación de los contratos fijos discontinuos en trabajadores fijos”.

La **STS de 5 de febrero de 2007**, I.L. J 126, si bien no admite la contradicción necesaria para abordar el recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con una pretensión de que declaren fijos discontinuos los contratos para la campaña anual de prevención de incendios forestales en la Comunidad de Madrid lo hace incidiendo en los puntos de diferenciación entre una contratación eventual y una fija discontinua. El Tribunal no admite el recurso sobre la base de que en la sentencia aportada de contraste la actividad contratada era la habitual y ordinaria de la Administración y de duración concreta y cierta en el tiempo (lo que duraba la campaña de renta), tratándose de una actividad permanente aunque sea intermitente o cíclica, mientras que en el caso de actividad de vigilancia y control de incendios forestales, si bien podía ser anual y cíclica, la contratación no tenía que ser permanente pudiendo variar cada año su planificación, con sus concretos y específicos objetivos en atención a las características de cada temporada, que pueden

ser distintas, lo que hace que deba entenderse que la contratación debe configurarse para cada período en concreto y no permanente.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

La STS de 31 de mayo de 2007, I.L. J 663, establece las consecuencias en supuestos de utilización de un contrato de formación en fraude de ley, en el que se realizaba la jornada ordinaria y la finalidad real de la utilización de esta modalidad contractual era obtener mano de obra a bajo coste y con una limitación temporal en el contrato de trabajo. El Tribunal unifica doctrina en el sentido de que esta desvirtuación del objeto del contrato ha de tener como consecuencia la de considerarlo indefinido, aunque este efecto no se previera en la redacción aplicable al caso del artículo 11.2 ET, y no únicamente el derecho a las diferencias de remuneración (consecuencia sí prevista en la anterior redacción del artículo 11.2 ET). El Alto Tribunal repasa la finalidad de este contrato:

“1) la *ratio legis* del precepto es la formación y enseñanzas que ha de recibir el trabajador; 2) tal formación no puede quedar reducida a la adquisición de conocimientos prácticos conseguida mediante la mera realización efectiva del trabajo (como en la LCT), sino que es necesario que el empleado reciba enseñanzas de carácter teórico; 3) esta obligación formativa está a cargo del empresario y se integra en el área esencial de la naturaleza de este contrato, de forma que si el empresario no cumple tal exigencia, el nexo contractual se desnaturaliza y pierde su condición de contrato para la formación, y 4) en tal caso, tal contrato no puede considerarse temporal y ha de ser calificado como concertado por tiempo indefinido.”

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En este período, la STS de 7 de febrero de 2007, I.L. J 123, determina la competencia del orden social para resolver la impugnación de un concurso de acceso en la Televisión Autonómica Valenciana, SA. Atendiendo a la naturaleza jurídica de la entidad “sometida al derecho privado, aun cuando en los sistemas de selección de personal haya de ajustarse a los principios de mérito y capacidad por su función híbrida de ente público y sociedad privada, en relación con la competencia judicial para conocer de las cuestiones laborales que puedan surgir en la misma, se ha entendido que están sujetas al régimen laboral común y por ello a la competencia del orden jurisdiccional social”.

También en relación con los concursos de acceso, la STS de 19 de marzo de 2007, I.L. J 448, declara la incompetencia del orden social para conocer de una cuestión sobre un

IV. Modalidades de Contratación

mérito relativo a una contratación laboral extinguida años antes para un concurso administrativo.

B) Irregularidades en la contratación

En este terreno, cabe reseñar algunas sentencias donde el Tribunal Supremo mantiene en coherencia con la aplicación de los principios de contratación del sector público, pese a la transformación de la naturaleza de la entidad Correos y Telégrafos, que no es posible declarar la fijeza de la relación si el trabajador no ha participado con éxito en el concurso de méritos correspondiente (SSTS de 27 de febrero de 2007, I.L. J 173 y de 26 de abril de 2007, I.L. J 564). Y, por ello, cabe la extinción de su contrato por nombramiento del titular (STS de 28 de marzo de 2007, I.L. J 373).

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial. a) Devengo de las pagas extraordinarias. Salvo pacto en contrario, el devengo de las pagas extraordinarias es anual y se computa de fecha a fecha. b) Plus domingos. Salvo pacto en contrario, todos los trabajadores que trabajen en tal fecha tienen derecho a percibirlo, incluso aquellos que hayan sido contratados específicamente para trabajar los sábados, domingos y festivos. c) Remuneración de las vacaciones. Cabe que por convenio colectivo se excluyan determinados conceptos salariales. d) Absorción y compensación de salarios. Una mejora voluntaria –cuyo origen se desconoce– no absorbe la retribución correspondiente al exceso de jornada y a la penosidad que supone trabajar de noche.

B) Principio de igualdad y prohibición de discriminación. a) Discriminación por razón de la nacionalidad. Falta de identificación y de justificación de la sujeción a normas salariales diferente. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra la empresa por presentación de papeleta de conciliación: efectos frente al FOGASA en su condición de posible responsable subsidiario. b) Interrupción del plazo de prescripción por reclamación extrajudicial contra el deudor: no perjudica al FOGASA. Responsabilidad subsidiaria. c) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. La fecha de la declaración de insolvencia determina la norma que rige la prestación.

2. Jornada de trabajo. A) Reducción por razón de guarda legal. Denegación. Discriminación indirecta. B) Reducción por razón de guarda legal. Forma de retribución. Retribución proporcional. Desestimación.

3. Clasificación profesional. A) Proceso de clasificación profesional: objeto.

4. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A) Las modificaciones del sistema retributivo tienen carácter sustancial. Carga de la prueba. B) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación del sistema retributivo. Libertad del trabajador para aceptar la oferta. C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Desestimación. Necesidad de cumplir los trámites del artículo 41 ET. Condición más beneficiosa nacida de pactos plurales. Absor-

ción. **5. Excedencia.** A). Excedencia: extinción del contrato en expediente de regulación de empleo. Indemnización. B) Suspensión del contrato de trabajo: prejubilación. Prestaciones económicas. Prescripción.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2007 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a 733).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Devengo de las pagas extraordinarias. Salvo pacto en contrario, el devengo de las pagas extraordinarias es anual y se computa de fecha a fecha

La STS de 15 de febrero de 2007, I.L. J 162, aborda el problema de determinar el inicio del devengo de las pagas extraordinarias. En el caso enjuiciado, el trabajador reclamaba, con motivo de su despido en noviembre del año 2000, la liquidación de determinadas partidas salariales; una de ellas —que es la que nos interesa a estos efectos— era la liquidación de la paga extraordinaria del mes de julio de 2001.

El Juzgado de lo Social había denegado al trabajador el derecho a su percibo, al no haber prestado servicios en la empresa a lo largo del año 2001. El asunto se lleva hasta el Supremo en casación para unificación de doctrina y el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la empresa y reconoce —en la misma línea que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña— el derecho del trabajador a percibir el importe devengado desde el 1 de agosto de 2000 hasta la fecha de despido en noviembre de ese mismo año.

Con respecto a las gratificaciones extraordinarias, el artículo 31 ET se limita a establecer el número mínimo de pagas (dos al año) y la fecha en la que se ha de abonar una de ellas (en Navidad). No se pronuncia sobre su cuantía, remitiéndose en su determinación a la regulación convencional. En consecuencia, es el convenio colectivo el que ha de concretar los siguientes extremos: a) el importe de las pagas extraordinarias; b) el período durante el cual se devengan las mismas; c) la fecha de abono de la segunda gratificación, y d) la posibilidad de percibir el importe de las pagas prorrateado a lo largo de los doce meses del año.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el convenio colectivo no fija cuál es el período de devengo de las gratificaciones extraordinarias? En tal caso, se entiende que el devengo de las pagas

extraordinarias tiene carácter anual y su cómputo se inicia a partir de la fecha del abono de la gratificación correspondiente a la anualidad anterior. En palabras del propio Tribunal: “el cálculo del importe de cada una de las gratificaciones extraordinarias debe hacerse desde la fecha respectiva de la percepción de la correspondiente al año anterior y ello por su naturaleza de salarios diferidos devengados día a día, cuyo vencimiento tiene lugar, salvo pacto en contrario, en festividades o épocas señaladas, lo que hace que puedan ser prorrateados en doce mensualidades”.

En consecuencia, el devengo de la paga de julio de un determinado año no se iniciaría el día 1 de enero de ese mismo año, sino el día 1 de agosto del año anterior. Por lo expuesto, aun cuando el trabajador causó baja en la empresa en noviembre de 2000 y no había prestado servicios durante el año 2001, sí tendría derecho a la gratificación de julio de ese año, en proporción al tiempo trabajado durante su período de devengo.

b) Plus domingos. Salvo pacto en contrario, todos los trabajadores que trabajen en tal fecha tienen derecho a percibirlo, incluso aquellos que hayan sido contratados específicamente para trabajar los sábados, domingos y festivos

La Federación de servicios financieros y administrativos de Comisiones Obreras había presentado un conflicto colectivo contra una empresa del sector del telemarketing, con el objeto de que se declarase el derecho de los trabajadores a tiempo parcial, contratados para prestar servicios específicamente en sábados, domingos y festivos, a percibir el plus domingos previsto en el convenio colectivo de aplicación. El asunto llega hasta el Tribunal Supremo, quien —en la **STS de 24 de abril de 2007**, I.L. J 721— reconoce el derecho de los trabajadores a este concreto complemento salarial en base a las siguientes consideraciones:

La primera: que el convenio colectivo no excluye de forma expresa a los trabajadores que prestan servicios en sábados, domingos y festivos del derecho a percibir este complemento.

La segunda: que el propio convenio, cuando reconoce a los trabajadores el derecho a este recargo, prevé que el importe fijado en las tablas salariales se percibirá en proporción a la jornada trabajada. Es obvio entonces que el convenio colectivo incluye en el plus litigioso tanto a los trabajadores con jornada completa como a los que prestan servicios a tiempo parcial. En definitiva, la regulación convencional no supone sino una concreción del artículo 12.4.d) ET, conforme al cual los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo; si bien, cuando corresponda a su propia naturaleza, tales derechos pueden ser reconocidos de manera proporcional al tiempo efectivamente trabajado.

La tercera: que el plus domingos compensa la penosidad que supone trabajar en días destinados al esparcimiento junto a familiares y compañeros que, en su mayoría, no trabajan en días feriados y “esa penosidad se produce en la misma forma y manera cualquiera que sea la duración de la jornada de trabajo y su distribución”.

c) Remuneración de las vacaciones. Cabe que por convenio colectivo se excluyan determinados conceptos salariales

Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo (**STS 30 de abril de 2007**, I.L. J 494 y **STS 19 de abril de 2007**, I.L. J 559) resuelven sendos conflictos colectivos planteados por Comisiones Obreras con el objeto de que se reconozca el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Región de Murcia, a que se incluyan determinados pluses en el cálculo de la retribución de las vacaciones, concretamente: los pluses de toxicidad, penosidad y peligrosidad.

Durante los años 2002, 2003 y 2004, la empresa había incluido este plus en la retribución de las vacaciones. Sin embargo, dejó de hacerlo en la retribución correspondiente a las vacaciones del año 2005. El sindicato mencionado reclamó su abono, sin embargo la sentencia de instancia desestimó la demanda, lo que fue confirmado en suplicación por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, lo desestima. De acuerdo a una constante y pacífica doctrina jurisprudencial, la norma general es que la retribución que el trabajador tiene derecho a percibir durante sus vacaciones incluye todas las partidas salariales que percibe en jornada ordinaria, quedando fuera únicamente aquellos conceptos que se correspondan con las tareas realizadas fuera de la misma. No obstante lo anterior, el convenio colectivo puede establecer cuál es la remuneración correspondiente a las vacaciones y, en consecuencia, puede dejar fuera de su cálculo determinados conceptos salariales, sin que ello resulte contrario al artículo 38 ET (que remite al convenio colectivo la regulación de las vacaciones), ni al Convenio 132 OIT (que se remite al derecho interno para determinar los conceptos retributivos que deben pagarse en tales fechas).

Pues bien, en el caso analizado en tales sentencias, el convenio colectivo de aplicación reconocía a los trabajadores el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas con salario base, antigüedad, plus de transporte y plus de asistencia. Es decir, el propio convenio relacionaba qué conceptos debían ser tenidos en cuenta en el cálculo de la remuneración de las vacaciones, sin mencionar entre ellos los pluses de toxicidad, penosidad y peligrosidad. Si los negociadores hubieran querido incluir los pluses litigiosos en el cálculo de la retribución de las vacaciones lo hubieran hecho de forma expresa. Su ausencia, no es sino manifestación de la voluntad de los negociadores de no incluir estos conceptos, por lo que no cabe a los trabajadores el derecho a su percibo.

d) Absorción y compensación de salarios. Una mejora voluntaria –cuyo origen se desconoce– no absorbe la retribución correspondiente al exceso de jornada y a la penosidad que supone trabajar de noche

El problema a resolver por el Tribunal en la **STS de 6 de marzo de 2007**, I.L. J 409, se centra en esclarecer si la retribución específica de las horas extraordinarias y de las horas nocturnas realizadas debe o no quedar absorbida por el complemento voluntario que

percibe la trabajadora en la nómina (aun cuando en el contrato se pactó una retribución “según convenio”).

De acuerdo a lo previsto en el artículo 26.5 ET, operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia. En consecuencia, para que opere la absorción y compensación de salarios es necesaria la existencia de dos situaciones que permitan la comparación. Supone así un mecanismo que “ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta; así, el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario”.

En segundo lugar, es necesario que los conceptos absorbente y absorbido tengan naturaleza homogénea; requisito que no se da, en opinión del Tribunal Supremo, en el presente caso. La retribución de las horas extraordinarias no es compensable ni absorbible con otras remuneraciones distintas del trabajador. La retribución de las horas extraordinarias constituye un concepto salarial independiente y autónomo que responde a la finalidad específica de remunerar el tiempo de trabajo que excede del que es propio de la jornada ordinaria y no guarda homogeneidad alguna con las restantes percepciones de los trabajadores. “Antes al contrario, estos conceptos salariales, no sólo no compensan ni absorben aquella remuneración, sino que su importe tiene que ser tenido en cuenta al objeto de determinar la cuantía a que ha de ascender el precio de cada hora extraordinaria.” Es cierto que nada impide que las partes acuerden el pago de una cantidad fija, en compensación del exceso de jornada que el trabajador se compromete a realizar, pero no consta que el complemento voluntario obedeciera a tal motivo.

En opinión del Tribunal, este complemento voluntario no tiene un origen conocido y se entiende que es la empresa quien tiene que acreditar cuál es el motivo de su abono. Al no quedar probado que el pago de este complemento estaba precisamente pactado para retribuir las horas extraordinarias y las horas nocturnas realizadas por la trabajadora, el Tribunal Supremo considera que el importe de éstas no resulta absorbible por aquél y que, en consecuencia, la empresa ha de proceder a su abono.

B) Principio de igualdad y prohibición de discriminación

a) Discriminación por razón de la nacionalidad. Falta de identificación y de justificación de la sujeción a normas salariales diferente

La STC 5/2007, de 15 de enero, I.L. J 9, resuelve si concurre una justificación adecuada en la diferencia salarial que afecta a los profesores (de nacionalidad española) de la Es-

cuela Italiana de Madrid en relación con los profesores italianos que al tiempo de la contratación de aquéllos tenían residencia en España. Mientras los trabajadores recurrentes entienden que, debido a la realización del mismo trabajo, el trato es discriminatorio por razón de la nacionalidad, la empresa justifica el trato retributivo desigual en el carácter temporal de los contratos de trabajo de los profesores italianos. Añade la empleadora que, con independencia de tal circunstancia, la actuación cuestionada resultaría en todo caso irreprochable desde el punto de vista legal y constitucional, desde el momento en el que las recurrentes están percibiendo una remuneración superior a lo que a ellas les corresponde legal y convencionalmente.

El Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que ninguna de las razones ofrecidas por la empleadora para fundamentar la diferencia de trato salarial es relevante para justificarla: a) No lo es, desde luego, la condición de fijo o temporal o, al menos, debería haberse analizado y justificado en qué medida la diferencia de trato tenía su causa en el carácter temporal del contrato y si carecía o no del carácter discriminatorio que las actoras alegaban. Carece, pues, de consistencia el argumento de que la no fijeza en la contratación suponga un plus retributivo, máxime cuando tal circunstancia de la temporalidad no ha generado en el resto de los casos una mayor retribución (a saber, ni para los trabajadores suplentes españoles ni para los italianos con relación a los profesores que sustituyen). b) Tampoco puede admitirse como motivo de justificación el que se trate de trabajadores que sustituyen a otros ya que el hecho de que los trabajadores sustituidos, por razón de su vínculo funcional se rijan por normas diferentes a los contratados españoles, no significa que los profesores de nacionalidad italiana con residencia en España, no funcionarios, contratados laboralmente para sustituirlos, deban regirse por las mismas normas de la función pública. Y si lo significara, ese mismo criterio debería aplicarse a los trabajadores españoles. c) Finalmente, resulta inadmisibles que la diferencia retributiva cuestionada pueda ampararse en las facultades directivas de la empleadora sobre la base de que el principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones laborales le ofrece un margen para el establecimiento de las retribuciones de sus trabajadores siempre que respete los mínimos impuestos legal y convencionalmente. Conforme con reiterada doctrina constitucional, aunque en el ámbito laboral el principio de igualdad de trato puede quedar matizado como consecuencia de la vigencia del mencionado principio, resulta preciso que la diferencia de trato no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores. Y, en este caso, no ha quedado justificado con la motivación adecuada que el trato retributivo distinto deparado a las recurrentes tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española o, lo que lo es lo mismo, no coincidente con la de la empleadora.

En definitiva, por lo anteriormente dicho, la diferencia retributiva alegada por los trabajadores resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración, por tanto, del artículo 14 de la CE.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra la empresa por presentación de papeleta de conciliación: efectos frente al FOGASA en su condición de posible responsable subsidiario

En la STS de 21 de marzo de 2007, I.L. J 377, se cuestiona el efecto interruptor de la prescripción frente al FOGASA, como responsable subsidiario, por la presentación de la papeleta de conciliación frente al empresario y se reitera la doctrina unificada de la Sala —entre otras, STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 570— que afirma dicho efecto interruptor.

El TS señala que la interrupción de la prescripción frente al empresario, contra quien se dirige la acción como obligado principal, efectivamente se produjo por la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC, y que esto resulta del artículo 65 LPL que expresamente lo dice, por constituir la misma una exigencia preprocesal impuesta por el artículo 63 LPL previa a la presentación de la demanda, constituyendo una aplicación especial de lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil como reclamación extrajudicial del acreedor que interrumpe la prescripción, lo que surte efecto frente al FOGASA, en su condición de posible responsable subsidiario, del mismo modo que también al mismo le beneficia, en su caso, la prescripción de la acción de los trabajadores frente al empresario.

b) Interrupción del plazo de prescripción por reclamación extrajudicial contra el deudor: no perjudica al FOGASA. Responsabilidad subsidiaria

En la STS de 19 de febrero de 2007, I.L. J 298, se cuestiona si se interrumpe o no la prescripción para reclamar contra el FOGASA por la reclamación extrajudicial contra el deudor, y se reitera la doctrina de la Sala —STS de 24 de abril de 2001, I.L. J 790— en donde se señala que el acuerdo privado, eficaz para interrumpir la prescripción frente al empresario, no perjudica al FOGASA cuando su responsabilidad es la subsidiaria de los artículos 33.1 y 33.2 ET, porque en estos casos, en tanto que su situación es parecida a la de un fiador, habrá de aplicarse la regla que establece el artículo 1975 del Código Civil.

La aplicación del mencionado artículo 1975 del Código Civil, en los casos en que el FOGASA es responsable subsidiario, implica que “la interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda surte efecto también contra su fiador”, pero que “no perjudicará a éste la que se produzca por reclamación extrajudicial del acreedor o reconocimientos privados del deudor”.

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

En la STS de 31 de enero de 2007, I.L. J 147, se cuestiona la responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación devengados como consecuencia de un despido producido durante el período de tiempo en que estuvo en vigor el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, teniendo en cuenta que en el caso la sentencia declaró el despido improcedente,

la empresa no ejercitó su derecho de opción, y se procedió a la tramitación del incidente de no readmisión, que se resuelve por auto que declara extinguida la relación laboral. Posteriormente se declaró la insolvencia provisional de la empresa condenada.

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 aquella en que se dictó el auto de insolvencia —ya bajo la vigencia de la Ley 45/2002—.

Concreta el TS que esta sentencia modifica la doctrina sentada por la Sala en Sentencias de 23 de marzo, 5 de mayo y 26 de julio de 2006, que en casos semejantes señalaron como fecha específica para determinar el régimen jurídico aplicable aquella en que se dictó el auto que, en incidente de no readmisión, declaró extinguida la relación laboral.

La **STS de 12 de febrero de 2007**, I.L. J 111, se pronuncia en idéntico sentido, al resolver un supuesto en que la sentencia declaró el despido improcedente y la extinción de la relación laboral por imposibilidad de readmisión. En este caso, tanto la sentencia como la posterior declaración de insolvencia tienen lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

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.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Reducción por razón de guarda legal. Denegación. Discriminación indirecta

Son numerosos, y en ocasiones contradictorios, los pronunciamientos jurisdiccionales que han venido provocando las desavenencias entre trabajadores y empleadores acerca del modo de concreción de la reducción de jornada por razón de guarda legal recogida en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

Se podían identificar dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia: la primera, la que entendía que la reducción de la jornada sólo podía concretarse en los mismos términos y distribución que se venía desarrollando antes de la guarda legal. En este sentido, la reducción de la jornada por razón de guarda legal no era sino una disminución diaria de las horas trabajadas dentro de cada turno existente previo a la solicitud de reducción.

Para la segunda corriente, el artículo 37.6 del ET, en la medida que persigue la conciliación de vida profesional y laboral de la trabajadora, debe ser interpretada en atención a

V. Dinámica de la Relación Laboral

ese fin, lo que permitiría concretar la reducción de jornada, acumulándola en días enteros de trabajo, exonerando otros, o incluso, eliminando los turnos de trabajo.

Disparidad de criterios, alimentada, sin duda, por la ausencia de recurribilidad de los pronunciamientos recaídos en este tipo de procesos tramitados por el procedimiento previsto en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral (artículo 189.1 del RDLeg 2/1995 por el que se aprueba el Texto Refundido de la LPL).

En general, así con todo, puede hablarse de una corriente intermedia y mayoritariamente seguida, conforme la cual, cuando la empresa no evidencia razones suficientemente justificadas para no acceder a la elección de la específica jornada solicitada por el trabajador, será ésta la que prospere; contrariamente, cuando esas razones queden demostradas y frente a ello el trabajador no aduzca otras motivaciones de mayor significado o relevancia, deberá prosperar el horario propuesto por la empresa. SSTSJ de Málaga (Andalucía) de 22 de marzo de 2002, AS 2002/2064. También SSTSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2003, AS 2003/1777 o remisión a SSTS de 20 de julio de 2000, STSJ de Cantabria de 31 de diciembre de 1999 y STS de 16 de junio de 1995.

La **STC 3/2007, de 15 de enero**, I.L. J 8, viene a dar refrendo constitucional a esta última doctrina. Estima esta Sentencia el recurso de amparo de una trabajadora que vio desestimada su pretensión de concretar la reducción de jornada por razón de guarda legal en horario de lunes a miércoles en horario de tarde, frente al horario que desarrollaba antes de la reducción de jornada (de lunes a sábados en turnos rotativos de mañana y tarde).

El Tribunal Constitucional entiende que la negativa del Magistrado de Instancia a conceder este horario, implica una discriminación indirecta por razón de sexo al no realizar ninguna valoración sobre cómo afecta a la compatibilidad de la vida familiar y profesional de la trabajadora la negativa a la concreción horaria solicitada, ni recoger tampoco siquiera indiciariamente el perjuicio organizativo que a la empresa produciría la concesión de este derecho, como justificante de la negativa a la concreción.

Así, señala la Sentencia que comentamos:

“(…) Esta fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio al derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada, y en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex artículo 14 de la CE (...)”.

El reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo, no es tanto ni tan sólo que haya renunciado a interpretar la normati-

va aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5º, y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5º).

Además de la doctrina extractada, contiene esta Sentencia Constitucional un pormenorizado y completo estudio normativo y jurisprudencial, a fin de situar el origen normativo y jurisprudencial del concepto de discriminación indirecta en el ámbito comunitario.

Obligado resulta decir, que al momento de redacción de la presente crónica, este principio se encuentra ya recogido en nuestro ordenamiento a través del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (BOE del 23), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Esta norma que por evidentes razones cronológicas no pudo citar la STC de 15 de enero de 2007, define la discriminación indirecta por razón de sexo como “la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

B) Reducción por razón de guarda legal. Forma de retribución. Retribución proporcional. Desestimación

Realizada la crónica anterior, no puede sino a continuación comentarse el contenido de la STS de 24 de abril de 2007, I.L. J 462, sobre forma de retribución de la reducción de jornada.

Ello, porque a nuestro juicio, la retribución de la reducción de la jornada una vez reducida la misma por razón de guarda legal, es un aspecto nuclear que posibilita o, por el contrario, convierte en ilusorio el principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, desde la óptica de que esta reducción de jornada por razón de guarda legal la piden mayoritariamente los colectivos de mujeres (Discriminación indirecta).

Analiza esta Sentencia cuál debe ser la forma de retribución de la reducción de jornada. El supuesto parte de la reclamación de un piloto de iberia que solicita la reducción de jornada por razón de guarda legal que es aceptada por la empresa; sin embargo, la retribución de la jornada efectivamente realizada, no se hace de forma proporcional a la retribución de la jornada ordinaria, sino de forma lineal.

Este colectivo cobra las primeras 55 horas trabajadas a un precio; la hora de vuelo 55 a la 75 a otro precio distinto, y la hora 75 en adelante a otro precio.

La petición del trabajador es 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.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Ello porque pidiendo el piloto la reducción de jornada de 1/3 su módulo de retribución se queda dentro de las primeras 55 horas de trabajo, lo que sin duda provoca una disminución retributiva superior a la mera reducción del tiempo de prestación de servicios.

Sin embargo, el TS deniega la retribución proporcional, considerando correcto el criterio de la empresa de abonar la totalidad de la jornada reducida realizada al precio de las 55 primeras horas de trabajo sobre el argumento técnico legal 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”.

Entendemos que la misma doctrina contenida en la STC 3/2007, de 15 de enero, resulta de aplicación al presente supuesto, por las siguientes consideraciones:

- La reducción de 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 proscripción de discriminación indirecta ex artículo 6 de la LO 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.

Sin duda, el tema tiene muchos matices, que en la práctica y en relación a distintos complementos retributivos habrá que ir despejando (piénsese en el complemento de jornada partida, respecto de una trabajadora que por razón de reducción de jornada sólo realiza jornada de mañana o de tarde. ¿Perdería además de la parte del salario base correspondiente a la reducción de jornada, el citado complemento de forma íntegra? Sin duda, un aspecto a analizar y estudiar desde la óptica de ese juicio previo de la posible discriminación que suponga la medida.

Ahora bien, el caso que analiza el Alto Tribunal en la Sentencia que comentamos, se refiere a salario base, no a complementos retributivos vinculados a un efectivo desempeño del trabajo en unas condiciones determinadas. Ello avalaría la tesis de un perjuicio superior a la merma salarial correspondiente a la jornada dejada de realizar, por lo que esta práctica legal incurriría en discriminación indirecta, y hubiera merecido en nuestra opinión la calificación de nula.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Proceso de clasificación profesional: objeto

La jurisprudencia, SSTs de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002), de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1481 (recurso 6/2003) y de 18 de marzo de 2005, I.L. J 424 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2256/2004), entre otras muchas, ha delimitado con claridad el objeto del proceso especial de clasificación profesional, manifestando que tal modalidad procesal de

clasificación profesional “debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes ‘los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado’, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos”, incluidos los del convenio colectivo. Siguiendo la profunda huella marcada por esta consolidada jurisprudencia, la **STS de 18 de enero de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4166/2005), I.L. J 141, afirma que el encuadramiento de un trabajador de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir a petición efectuada “después de la entrada en vigor del Convenio Colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado”, es decir, —lo que es particularmente importante— cuando “la causa de pedir no tiene que ver con la sucesión de convenios colectivos de aplicación a la relación individual de trabajo del actor” (FJ 1º), se resuelve partiendo de los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado, no en base a consideraciones de derecho y, por consiguiente, “es un pleito puro de clasificación profesional” (FJ 2º).

Sentencia que incorpora un razonamiento igualmente reproducido en la **STS de 27 de marzo de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4103/2005), I.L. J 418, cual es que “en los pleitos de encuadramiento profesional, hay que diferenciar dos supuestos distintos a los que corresponden distintas vías procesales. Siguiendo tal diferenciación, la modalidad procesal de clasificación profesional debe utilizarse exclusivamente cuando las reclamaciones de categoría profesional estén fundadas en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado. En cambio, se han de encauzar por la vía del proceso ordinario las reclamaciones en las que la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos, es decir, en consideraciones ‘de derecho’, y no ‘de hecho’, como ha ocurrido en los frecuentes litigios de los últimos años sobre interpretación de la normativa convencional reguladora de la clasificación, a efectos del encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado”. Doctrina también aplicada, si bien sin tan nítida exposición, en la **STS de 30 de abril de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 296/2005), I.L. J 473.

4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Las modificaciones del sistema retributivo tienen carácter sustancial. Carga de la prueba

La STSJ de Extremadura de 5 enero de 2006, I.L. J 163 examina, en primer lugar, las reglas de la prueba aplicadas por el Juzgador de instancia, y señala que el artículo 217.6 LEC prevé que para la aplicación de las reglas de la carga de la prueba “el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada parte”, entendiendo que debe ser la empresa, pues tiene la documentación y los medios opor-

tunos, quien acredite los resultados previstos para los años 2003 y 2004 en función de los cuales se fijaron anticipadamente las cantidades exactas en concepto de retribución variable. En lo respecta al fondo del asunto, la cuestión es el cambio de un sistema de retribución –sistema de objetivos a fin del cálculo de los incentivos– por lo que la empresa entiende que nos encontramos ante un supuesto de *ius variandi* y señala la Sala que no puede prosperar porque, por un lado, el precepto cuya infracción se alega (artículo 41 ET), considera siempre sustancial las modificaciones que afecten al sistema de remuneración y, no habiendo sido aceptada por el trabajador, la empresa no ha acreditado que se den las probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que pueden justificarla, ni que se hayan cumplido los demás requisitos que el mismo precepto establece.

B) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación del sistema retributivo. Libertad del trabajador para aceptar la oferta

La STS de 21 de marzo de 2006, I.L. J 314, examina el supuesto de la modificación del sistema de rendimientos retributivos efectuados unilateralmente por la empresa y señala que “lo modificado por la empresa, sólo introducía sobre el sistema anterior la novedad consistente en vincular la retribución variable, denominada *Performance Bonus* a la evaluación personal de cada empleado, también aquí incardinable en algunos de los tenidos en cuenta en el PSER, como el de cooperación y creatividad, pero es que además, (...) consta en los hechos probados, el trabajador era libre de firmar o no la oferta, continuando en su misma situación retributiva anterior el que no lo hiciera, por tanto no puede existir modificación impuesta unilateralmente por la empresa y no es de aplicar el artículo 41 del ET, que contempla un supuesto distinto”.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Desestimación. Necesidad de cumplir los trámites del artículo 41 ET. Condición más beneficiosa nacida de pactos plurales. Absorción

La STSJ de Castilla y León de 24 de febrero de 2006, I.L. J 544, reitera la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la caducidad en los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (SSTS de 10 de abril de 2000, 18 de septiembre de 2000, 15 de marzo de 2005) en el sentido que:

“a) Al haber desconocido la empresa en la adopción de su decisión modificativa todas las exigencias del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, no cabe hablar, desde un plano formal y a efectos de una posible caducidad de la acción, de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por más que la medida sí pueda implicarla en el fondo.

b) Es doctrina unificada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de julio de 1997, 7 de abril de 1998, 8 de abril de 1998 y 11 de mayo de 1999) que el proceso especial regulado en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto (apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efec-

tividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales), no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, o el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad.

c) En suma, la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce de procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estarán sometidas a plazo de caducidad.

d) Considerar, en un supuesto en que están ausentes todos los requisitos de forma, que la acción ejercitada debe seguir los trámites del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral y está afectada por la caducidad supondría utilizar indebidamente una modalidad procesal a la que sólo cabe acudir, dada su especificidad frente al proceso ordinario, cuando se impugne una auténtica modificación sustancial y, al mismo tiempo, hacer una interpretación extensiva de un instituto tan severo como es el de la caducidad cuando es jurisprudencia, que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sentó ya en sus Sentencias de 27 de septiembre de 1984, 21 de abril de 1986, 22 de enero de 1987, 9 de febrero de 1988 y 24 de mayo de 1988, que la caducidad como medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, impone la decadencia de determinados derechos o facultades por el mero transcurso del tiempo, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que cierren la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo.

Y esta orientación jurisprudencial ha de relacionarse, a su vez, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios de proporcionalidad que, en garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, han de aplicarse para valorar la trascendencia de los defectos procesales (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de diciembre de 1999). En fin, con ello se cercenaría definitivamente el derecho del trabajador no sólo a acceder al proceso, sino posiblemente también, por razón de la perentoriedad del plazo, el de ejercitar la opción que le reconoce el artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores y además se primaría indebidamente una conducta patronal cuando menos irregular, y que podría incluso incurrir en fraude de Ley, si es que la empresa adopta la modificación sin garantía alguna para los trabajadores, con la finalidad de enervar su derecho a reclamar frente a ella, por mor de una supuesta

V. Dinámica de la Relación Laboral

caducidad que sólo cabe esgrimir si previamente se cumple con las exigencias formales que impone el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.”

Por consiguiente no habiendo acudido la empresa conforme la forma expuesta supone que el motivo debe ser rechazado.

Examina la sentencia, asimismo, la existencia de un derecho adquirido o condición más beneficiosa, al venir siendo computadas 8 horas las 7 reales que venían desarrollándose, y reitera la doctrina en el sentido que para que pueda darse “la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (Sentencias de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), 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’ (Sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 julio de 1996) y se pruebe, en fin, ‘la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo’ (Sentencias de 25 de enero de 1995, 31 de mayo y 8 de julio de 1996)”. En el presente supuesto a la luz de los hechos probados estamos ante condiciones más beneficiosas individuales dimanantes de un conjunto plural de acuerdos de naturaleza contractual que vinculan a la empresa y deben ser respetadas.

5. EXCEDENCIA

A) Excedencia: extinción del contrato en expediente de regulación de empleo. Indemnización

La STS de 19 de enero de 2007, I.L. J 70, analiza un supuesto en el que se debía dilucidar si un trabajador tenía derecho al percibo de las indemnizaciones establecidas en un expediente de regulación de empleo, teniendo en cuenta que en el momento de dictarse la resolución administrativa que autorizaba la extinción de los contratos el trabajador se encontraba en situación de excedencia voluntaria.

Según la sentencia “la situación del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa y a quien nuestro derecho, por tal razón, no le reconoce el derecho a reingresar en la empresa cuando transcurra el período de excedencia sino tan sólo la expectativa de poder ser readmitido y sólo en el supuesto de que la empresa en el momento de la solicitud tuviera puestos de igual o similar categoría –artículo 46 ET–. En esta situación se considera que dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue las relaciones laborales con sus trabajadores por cualquiera de las causas que justifican el despido colectivo conforme a lo previsto en el artículo 51 del ET, sino aquella expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo que es lo que el precepto precitado quiere indemnizar”.

Esta doctrina supone una reiteración de la recogida en la Sentencia de 25 de octubre de 2000 y en las más recientes de 26 de octubre de 2006, 13 de noviembre de 2006 y 29 de

noviembre de 2006 en las que se contempló una situación igual a la que aquí se plantea y en la que, después de resaltar la diferencia entre la excedencia voluntaria y la forzosa y la precaria situación en que según nuestro derecho se halla el trabajador en excedencia voluntaria, llegaron a la conclusión de que al trabajador excedente en una empresa que extingue la relación de trabajo con todos sus empleados no le puede ser reconocida aquella indemnización porque la finalidad de la indemnización del despido prevista en el artículo 51.8 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador, circunstancias que no concurren en el trabajador que se encuentra en situación de excedencia voluntaria.

B) Suspensión del contrato de trabajo: prejubilación. Prestaciones económicas. Prescripción

Las SSTs de 9 de febrero y de 30 de abril de 2007, I.L. J 250 y 604, establecen la aplicación del plazo de prescripción de un año, al supuesto de las reclamaciones de compensación económica mensual a percibir por un trabajador en situación de suspensión de su contrato de trabajo, como consecuencia de la prejubilación.

Según dichas sentencias nos encontramos ante una reclamación de cantidades devengadas con motivo de la suspensión del contrato y hasta su extinción por la jubilación del actor. Consecuentemente, como se trata de la reclamación de cantidades derivadas de un pacto contractual, es de aplicar el plazo prescriptivo de un año del artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que debe computarse, conforme al artículo 1969 del Código Civil, a partir del día en el que pudo ejercitarse la reclamación, esto es, desde el día en que venció la obligación de pagar cada mensualidad. Como se trata de una obligación de pago ya reconocida que se instrumenta en pagos sucesivos, no prescribe el derecho a reclamar la correcta cuantificación de la obligación, sino el derecho a reclamar lo abonado de menos por incorrecto incumplimiento de la obligación por la empresa.

En conclusión se declara que el plazo prescriptivo aplicable es el de un año del artículo 59.2 del ET, lo que comporta que no haya prescrito el derecho a las diferencias devengadas en más durante el año anterior a la reclamación efectuada por el trabajador.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN (COORDINADOR)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**Sumario*:**

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual.

3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) del 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. **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.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, números 1 a 4 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 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

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

que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La **STS de 6 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 5479/2005), I.L. J 244, desestima la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** (artículo 50 ET), por falta de contradicción entre la resolución judicial que se impugna y la resolución judicial de contraste; por lo que no entra a analizar el fondo del asunto.

No obstante, la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2007** (recurso 3783/2006), I.L. J 571, sí lo hace al desestimar la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, recepcionando la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos generales que conforman la existencia de dimisión del contrato de trabajo por parte del trabajador:

La Sala señala al respecto:

“Esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador, de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. Así, se ha declarado que la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta con que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su posición por la ruptura o extinción de la relación laboral.”

En sentido análogo, las **SSTSJ de Valencia de 23 de enero de 2007** (recurso 2650/2006), I.L. J 581, y **de Castilla y León de 24 de enero de 2007** (recurso 2286/2006), I.L. J 635, estiman la extinción contractual laboral por voluntad del trabajador ante el incumplimiento empresarial del abono de la prestación de Incapacidad Temporal, y ejercitar una actividad de *moobing* contra el trabajador y causarle una enfermedad.

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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Trabajadores, 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".

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. Así, la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2007** (recurso 3843/2006), I.L. J 574, enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a una trabajadora, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual. En el caso, la actora, en situación de incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, realizó servicios para otra empresa, conducta que quebró el tratamiento médico prescrito, que el actor, en el plano laboral, tenía la obligación de respetar. La **STSJ de Valencia de 23 de enero de 2007** (recurso 3890/2006), I.L. J 573, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, por prender fuego a los bajos del pantalón de una compañera. La Sala argumenta: "La existencia de un desprecio al correcto y adecuado tratamiento que ha de dispensarse a cualquier persona a pesar de que sólo se pretendiera gastar una broma". Finalmente, la **STSJ de Valencia de 23 de enero de 2007** (recurso 3941/2006), I.L. J 575, aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en una embriaguez diaria. Para la Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo "considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario".

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 STS de 28 de marzo de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 5082/2005), I.L. J 373, al enjuiciar un caso de cese de un trabajador indefinido no fijo por “funcionarización” de su plaza con nombramiento como funcionario interino como consecuencia de lo dispuesto en la Ley de la Función Pública de Castilla-La Mancha, analiza si la amortización de un puesto de trabajo laboral para convertirlo en un puesto de trabajo reservado para funcionarios públicos, ofreciendo al trabajador que lo desempeñaba como indefinido no fijo un nombramiento como funcionario interino para que continuase desempeñándolo hasta su provisión reglamentaria puede considerarse una causa legal de extinción del contrato y no como un supuesto de despido improcedente.

La Sala justifica el fallo en su FJ 2º alegando que:

“Estamos, por tanto, ante una reconversión de puestos de trabajo y ante unos ceses en la relación laboral impuestos por una disposición con rango de ley. Esto no sucede en el supuesto decidido por la sentencia de contraste, que se refiere a una resolución de ‘funcionarización’. Por el contrario, las normas que tiene en cuenta la sentencia de contraste son las estatales y, en concreto, la Disposición Transitoria Decimoquinta.¹ que la Ley 23/1988 incorporó a la Ley 30/1984, de medidas de reforma de la función pública, a tenor de la cual ‘la adscripción de un puesto de trabajo en las correspondientes relaciones a personal funcionario no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando, que podrá permanecer en el mismo sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional’.”

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la STS de 23 de enero de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 641/2005), I.L. J 90. En ella se analiza la extinción contractual por causas organizativas, a la par que se desestima el recurso por insuficiencia de la censura legal, u omisión de la fundamentación suficiente de la infracción legal denunciada.

Para ello, la Sala, en su FJ 3º, razona: “Como ya anticipamos más arriba, el Ministerio Fiscal alega la ‘falta de fundamentación adecuada de la infracción legal denunciada’. La doctrina acerca de la necesidad de que el recurso de casación para la unificación de doctrina contenga una adecuada y razonada censura jurídica puede compendiarse en los siguientes términos: este recurso es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo de infracción de ley [artículo 222 de la LPL, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 205 del mismo texto legal]. Por ello, resulta plenamente aplicable el artículo 477 de la LEC, a tenor del cual ha de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y el artículo 481 de la misma Ley que exige que en el escrito de interposición del recurso se exponga, con la necesaria extensión, sus funda-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

mentos. Requisito que impone al recurrente la carga de razonar la infracción que denuncia y, por otra parte, el artículo 483.2.2º de la LEC establece que será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición y así lo ha declarado reiteradamente esta Sala. Pues bien en el caso que hoy resolvemos, el recurrente formula la censura jurídica en los siguientes términos: ‘al amparo del artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, para denunciar la infracción legal cometida en la sentencia impugnada al aplicar el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores’. Tan lacónicos términos, no seguidos de ulterior razonamiento, no cumplen las exigencias más arriba expuestas. Supone lo expuesto que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, hayamos de desestimar el recurso sin expresa condena en costas”.

Finalmente, la **STS de 18 de abril de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4781/2005), I.L. J 726 y la **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007**, (recurso 3706/2006), I.L. J 577, desestiman la nulidad de la extinción contractual por causas objetivas ante la falta de los requisitos formales necesarios que deben ser incluidos en la carta de despido y la falta de comunicación de la misma a los representantes de los trabajadores:

Las Salas señalan que:

“El problema consiste en determinar las consecuencias del incumplimiento de este deber de información. Constituye, desde luego, una infracción administrativa sancionable de conformidad con el artículo 7.7 de la Ley de Infracciones y Sanciones. Pero los efectos sobre la propia decisión extintiva no resultan claros. El despido puede ser procedente, improcedente o nulo. La procedencia existe cuando el acto empresarial se ajusta a las exigencias formales y sustantivas que la ley establece. El incumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores no afecta a la improcedencia, pues ésta sólo se produce si la causa que justifica el cese no ha sido acreditada (artículo 122.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). Por su parte, la nulidad viene dada, en la regulación de los artículos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, por incumplimientos formales, por incumplimientos sustantivos vinculados a la protección de los derechos fundamentales o la conciliación del trabajo con la vida familiar y por la represión del fraude en los límites numéricos del despido objetivo. En la relación de incumplimientos formales del artículo 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral no hay una referencia específica al incumplimiento del preaviso y de la entrega de la copia de éste a los representantes de los trabajadores. Es más, como ya se ha dicho, se establece expresamente que el incumplimiento del preaviso no es determinante de la nulidad (artículo 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores). Pero esto no puede llevar a la conclusión de la sentencia de contraste, para la que, si no hay nulidad por omisión del preaviso, tampoco puede haberla por omisión de la entrega de la una copia de esta decisión a los representantes de los trabajadores. No es así, porque ya se ha razonado que la obligación de entregar esta copia no se refiere a la concesión del preaviso, sino a la comunicación del cese. De esta forma, estamos en el ámbito del apartado a) del número 1 del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores y del apartado a) del número 2 del artículo 122 de la Ley de Procedimiento Laboral. Este último prevé que ‘la decisión extintiva será nula cuando (...) no se hubieren cumplido las

formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa'. El precepto utiliza el plural y en su apartado b) contiene una referencia específica a la puesta a disposición de la indemnización. Por tanto, las formalidades serán, por una parte, la propia comunicación escrita con expresión de la causa, así como la constancia de su recepción. Pero también debe incluirse entre esas formalidades la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, y ello porque la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa. La información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo. Sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo económico y, por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos a efectos de mantener en el proceso la causa de nulidad del apartado d) del número 2 del artículo 122 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores: la utilización indebida del despido objetivo por sobrepasar los límites cuantitativos mencionados en el último precepto citado. Por ello, debe desestimarse el recurso, condenando a la parte recurrente al abono de las costas causadas en este recurso, con pérdida de depósito y quedando la consignación afectada al cumplimiento de la condena.”

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

Numerosas resoluciones judiciales, como la **STS de 25 de enero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 5027/2005), I.L. J 29, la **STS de 28 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1338/2005), I.L. J 234, las **SSTS de 28 de mayo de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1324/2006), I.L. J 665 y 666 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1564/2006) y finalmente la **STS de 17 de abril de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3074/2005), I.L. J 711, rechazan la excepción de caducidad de la acción de despido, al no haberse superado el plazo de 20 días hábiles que, para la caducidad de la acción de despido, señala el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores.

Las Salas argumentan:

“Procede por tanto desestimar el motivo puesto que cumplida la finalidad última de controvertido trámite previo, cual es facilitar a la contraparte el conocimiento de la pretensión, como dice la sentencia, no puede aceptarse en este caso la procedencia de la caducidad de la acción, habida cuenta del silencio y falta de respuesta de la empleadora después de haber acudido el trabajador en repetidas ocasiones a la empresa en demanda de aclarar su situación.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Asimismo, La **STS de 15 de enero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3401/2005), I.L. J 37, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido. En el caso enjuiciado, a pesar de no aportarse certificado de intento de conciliación, se deduce su existencia de las alegaciones de la empresa; por lo que, en virtud del principio de conservación de los actos procesales, no procede la declaración de nulidad de las actuaciones.

La Sala argumenta:

“Es claro, asimismo, que la conciliación extrajudicial se llevó a cabo. La empresa no denuncia su falta y, antes al contrario se desprende de sus alegaciones que el acto se realizó. Así las cosas, sería inútil, puramente formalista y opuesto al principio de conservación de los actos procesales que hoy recoge el artículo 230 de la supletoria LEC sancionar la infracción por el juzgador del artículo 81 de la LPL con la nulidad de lo actuado a partir de la admisión a trámite de la demanda al solo fin de otorgar al actor ocasión de remediar la falta de acreditación de un requisito cuya concurrencia no se debate. La estimación del recurso, por ello, debe limitarse a rechazar la caducidad de la acción que aprecia la sentencia y a devolver las actuaciones al órgano judicial de instancia, para que, sin repetición del juicio, dicte nueva resolución donde califique con plena libertad de criterio el despido litigioso y se pronuncie sobre las consecuencias inherentes.”

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de numerosos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual.

Así, la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2007** (recurso 3843/2006), I.L. J 574, enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a una trabajadora, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual. En el caso, la actora, en situación de incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, realizó servicios para otra empresa, conducta que quebró el tratamiento médico prescrito, que el actor, en el plano laboral, tenía la obligación de respetar.

La **STSJ de Valencia de 23 de enero de 2007** (recurso 3890/2006), I.L. J 573, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, por prender fuego a los bajos del pantalón de una compañera. La Sala argumenta:

“La existencia de un desprecio al correcto y adecuado tratamiento que ha de dispensarse a cualquier persona a pesar de que sólo se pretendiera gastar una broma.”

Finalmente, la **STSJ de Valencia de 23 de enero de 2007** (recurso 3941/2006), I.L. J 575, aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en una embriaguez diaria. Para la Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo “considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido discipli-

nario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Numerosas sentencias judiciales determinan la improcedencia de los despidos efectuados por la empresarial Correos y Telégrafos. En este sentido:

– La STS de 6 de febrero de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3526/2005), I.L.J 289, al analizar la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal, determina su extinción por cobertura de la plaza.

La Sala, trayendo a colación la doctrina que en la materia ya ha sido unificada, fundamenta el fallo en los siguientes términos:

Procede reiterar la doctrina unificada al respecto, de la que existen abundantes resoluciones, pudiendo citar las Sentencia del Tribunal Supremo de Sala General de 11 de abril de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1184/2005, 2050/2005, 1394/2005) y las de 23 de mayo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2553/2005) y de 10 de octubre de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2060/2005). Resumiendo dicha doctrina, cabe establecer los siguientes puntos esenciales: 1 Respecto de los trabajadores de régimen laboral, el apartado 16 del artículo 58 de la Ley 14/2000 (por la que se acordó la conversión de la entidad empleadora en sociedad estatal) dispone, que ‘el personal laboral de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos quedará integrado en la sociedad estatal Correos y Telégrafos sociedad anónima (...) conservando sus contratos con la antigüedad, categoría y retribuciones que tuvieran consolidados en la entidad pública y con pleno respeto de los derechos y situaciones administrativas que tuvieran reconocida (...)’; 2) La misma pauta de regulación se observa incluso respecto de los miembros del personal que tenían la condición de funcionarios públicos, los cuales conservan tal *status* a pesar de la referida conversión de Correos y Telégrafos SA (artículo 58, apartados 7-15, de la propia Ley 14/2000); 3) El propósito que traslucen los preceptos anteriores es que la transformación del Correos en sociedad anónima estatal se lleve a efecto sin alterar la situación jurídica del personal que prestaba servicios antes de tal conversión, posterior, como el demandado en el presente litigio, el convenio colectivo aplicable en Correos y Telégrafos, después del paso a sociedad anónima estatal (artículo 26 del convenio colectivo de 2003); sólo prevé para la extinción de los contratos de interinidad por vacante la ‘cobertura’ o la ‘supresión’ del

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

puesto interinamente ocupado, sin mencionar la causa aquí alegada del agotamiento de un plazo de tres meses de trabajo en esta situación de interinidad, y 5) en cualquier caso, el plazo de tres meses indicado en el artículo 4.2 del RD 2720/98 no es de aplicación a la entidad empleadora, sea cual sea la fecha de contratación, por las razones que se especifican en nuestra Sentencia de 11 de abril de 2006 (recurso 1184/2005), a las que procede remitirse, y que conciernen a las exigencias o condicionamientos técnicos de la selección del personal en la entidad empleadora de acuerdo con los criterios objetivos de mérito y capacidad establecidos en la ley. Tercero.—Atendiendo a lo razonado, no corresponde al cese acordado la calificación de despido improcedente, dada la vigencia en esta entidad de las normas y exigencias sobre contratación de personal en el sector público, y dada la regulación de la Ley 14/2000 y disposiciones concordantes. En consecuencia, el recurso deberá ser estimado y el debate de suplicación resuelto con desestimación del recurso de igual naturaleza, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social que rechazó la pretensión, sin que proceda la condena en costas”.

– La **STS de 20 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2029/2005), I.L. J 370, falla la improcedencia de los despidos de trabajadores eventuales efectuados declarando la firmeza de los mismos:

La Sala, fundamenta el fallo en los siguientes términos:

“Una vez que las contrataciones eventuales de autos atendieron a disfunciones de la plantilla (por vacantes) y que los servicios por tal concepto no superaron el límite legal de seis meses [artículo 15.1.b) ET], estos dos datos llevan a afirmar que la relación laboral de los trabajadores accionantes con la demandada atendieron —conforme al criterio jurisprudencial citado— a causa legítima. Y al margen de la consecuencia que a partir de tal consideración habría de obtenerse en orden a la legalidad de los ceses (para el caso de que se hubiese planteado ortodoxamente el recurso de la demandada) y a la pretendida aplicabilidad del artículo 51 ET (extinciones colectivas eludiendo la autorización administrativa), lo cierto es que tal circunstancia —legalidad de la contratación y su desarrollo— necesariamente lleva a afirmar que a efectos de la exigible contradicción no es sostenible la necesaria identidad sustancial entre las sentencias a comparar, por partirse de una situación legal en la recurrida y de la opuesta situación de contrato suscrito fraudulentamente en la de contraste.”

– La **STS de 26 de abril de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4226/2005), I.L. J 490, determina la extinción del contrato en la Administración por cobertura de la plaza.

La Sala se manifiesta en los siguientes términos:

“En todas ellas se ha mantenido la tesis de que, a pesar de que la especialidad en la contratación bajo la modalidad de interinidad por vacante que se regula en el artículo 4.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, con duración no prefijada en el límite de los tres meses sino por todo el tiempo que dure el proceso de selección, aparece textualmente referida a las Administraciones Públicas dentro de cuyo concepto no cabrían en su literalidad las Sociedades Anónimas Estatales, sin embargo, por encima de la literalidad de

la norma contenida en el artículo 58, número 17, de la Ley 14/2000 que acordó la conversión de lo que era Entidad Pública Empresarial en Sociedad Anónima Estatal, se halla la realidad jurídica de que conforme a lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria [artículo 2.e)] forman también parte del sector público estatal las sociedades mercantiles estatales cuando la participación directa o indirecta en su capital social sea superior al 50% de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166.1.c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; a lo que se añade el hecho de que conforme a la Disposición Adicional Duodécima de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE) en la que exceptúa de la aplicación de la normativa privada a las entidades públicas en general diversas materias entre ellas las de ‘contratación’, cuya referencia apunta, como sucede en otros ámbitos, precisamente a las reglas sobre selección de contratistas, que en el régimen laboral se conectan con los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir la selección de personal de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 23 de la Constitución. Sobre dicha tesis fundamental se ha entendido, en definitiva, que la extinción de los trabajadores contratados por Correos y Telégrafos SA como interinos para plaza vacante fue adecuada a derecho cuando se produjo tras el correspondiente proceso de selección aun cuando éste durara más de los tres meses previstos para las empresas privadas, y por considerar que a aquella entidad le era aplicable la previsión que en el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998 se halla prevista para las administraciones públicas en general.”

– Finalmente, la **STS de 16 de mayo de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 258/2006), I.L. J 683, determina la inexistencia de despido improcedente y falla el cese ajustado a derecho al no haber superado la actora las pruebas selectivas del concurso en que se cubrió la plaza que venía desempeñando.

Falla la Sala:

“Las razones a favor de la decisión adoptada se pueden resumir en los siguientes puntos: 1) el personal laboral de Correos y Telégrafos SA está sujeto a la normativa laboral en lo concerniente a condiciones de trabajo, pero, a pesar de la conversión de aquella en sociedad estatal, sigue estando vinculado a un sistema de empleo y contratación en el que son aplicables los criterios de mérito y capacidad que caracterizan a las entidades pertenecientes al sector público, y en el que, por tanto, para adquirir la cualidad de trabajador fijo se ha de participar con éxito en los concursos de méritos convocados al efecto; 2) en concreto, el plazo de tres meses indicado en el artículo 4.2 del RD 2720/1998 como límite de los procesos de selección para cobertura de vacantes en las empresas privadas no es de aplicación a la entidad empleadora, por las razones que se especifican en nuestra Sentencia de 11 de abril de 2006 (recurso 1184/2005), a las que procede remitirse, y que conciernen a las exigencias o condicionamientos técnicos de la selección del personal en la entidad empleadora de acuerdo con los criterios objetivos de mérito y capacidad establecidos en la ley, y 3) en el presente litigio, al no haber superado la actora las pruebas selectivas del concurso en el que se cubrió la plaza que venía desempeñando, el cese

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

acordado por la empresa se ha de entender ajustado a derecho, de acuerdo con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, por cumplimiento de la *conditio iuris* (adjudicación del puesto de trabajo en concurso de méritos) de la que pendía el mantenimiento de la relación contractual de trabajo. La conclusión del razonamiento es que no corresponde al cese de la actora la calificación de despido improcedente, dada la vigencia en la entidad empleadora de las normas y exigencias sobre contratación de personal en el sector público, y dada la regulación de la Ley 14/2000 y disposiciones concordantes; por lo que procede: a) estimar del recurso interpuesto por Correos y Telégrafos, casando y anulando la sentencia recurrida; y b) resolver en trámite de suplicación conforme dispone el artículo 226 de la LPL, dictando sentencia estimatoria del recurso de tal naturaleza interpuesto en su momento por la citada entidad contra la sentencia de instancia interpuesto por Correos y Telégrafos, que dio origen al presente procedimiento. Sin costas.”

– Por el contrario, la **STS de 20 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2230/2005), I.L. J164 y la **STS de 27 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4625/2005), I.L. J 295, estiman la improcedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, objeto de sucesivos contratos para obra o servicio determinado, suscritos por Correos y Telégrafos. Desestiman el recurso de casación por no identificar el núcleo básico de la contradicción ni la infracción legal con la necesaria precisión.

Para ello, las Salas alegan:

“El escrito de preparación no cumple con las exigencias formales del artículo 219.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Al respecto ha venido declarando esta Sala en el Auto de 13 de noviembre de 1992 y en otros muchos posteriores que, conforme a lo previsto en dicho precepto, el escrito de preparación del recurso ha de exponer el núcleo básico de la contradicción y citar la sentencia o sentencias con las que tal contradicción se produce. En dichas resoluciones se añade que si bien en el escrito de preparación no será necesario efectuar el análisis comparativo de las identidades que constituyen el ámbito propio de la relación precisa y circunstanciada del escrito de interposición, sí que deberá ser suficiente para identificar el ‘núcleo básico de la contradicción’, que la Sala ha definido como ‘la determinación del sentido y objeto de la divergencia entre las resoluciones comparadas’, (Sentencia de 28 de noviembre de 1997, recurso 1178/97) como las sentencias concretas que se tienen por contradictorias; y que el incumplimiento de estos requisitos constituye defecto procesal insubsanable, porque no está prevista su subsanación en el artículo 207.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 193.3 de la misma Ley y se trata, además, ‘de una omisión injustificada imputable a quien prepara el recurso en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad del procedimiento, al retrasar, también de forma injustificada, la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable’. En ese mismo sentido se viene pronunciando, sin fisuras, una copiosa jurisprudencia que recogen, entre las más recientes, las Sentencias de 22 de junio de 2001 (recurso 3006/2000), 26 de marzo de 2002 (recurso 2504/2001), 18 de diciembre de 2002 (recurso 203/2002),

30 de septiembre de 2003 (recurso 3140/2001) y las que en ellas se citan. Cabe significar, finalmente, que sobre tal interpretación se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional, habiendo declarado en Auto 260/1993, de 20 de julio, que este criterio no es contrario al artículo 24 de la Constitución.”

De otro lado, la **STS de 27 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4220/2005), I.L. J 302, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, en un supuesto de contratación discontinua indefinida, ante la inexistencia de vulneración de la indemnidad y falta de contradicción:

La Sala se manifiesta en los siguientes términos:

“En el recurso de los trabajadores se ofrece como Sentencia de contraste la dictada el 6 de mayo de 2002 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso 8547/2001. En la sentencia referencial, trabajadores del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA formularon el 3 de diciembre de 2000 reclamación previa postulando el reconocimiento del carácter indefinido de la relación con la empleadora, que fue desestimada el 28 de diciembre de 2000 y presentada demanda con dicha pretensión, se desestimó el 25 de abril de 2001. Consta asimismo que dos demandantes se encontraban una en situación de licencia por maternidad y otra en estado de gestación. Al analizar la sentencia de contraste la denuncia de vulneración de la garantía de indemnidad razona que ‘nos encontramos con un indicio suficiente de vulneración de la garantía de indemnidad, dada la inusitada proximidad temporal entre la presentación de la primera demanda por los actores, postulando la indefinidad de sus contratos, y la decisión extintiva operada por el INE, sin que por su parte el instituto demandado haya conseguido acreditar que obrara en la decisión extintiva con un móvil excluyente de todo propósito discriminatorio, pues alegada la temporalidad como causa justificadora de la extinción, no acredita que todos los contratados en las mismas condiciones que los actores, para realizar la encuesta de indicadores de costes laborales para el año 2000, hayan visto también extinguidos sus contratos de trabajo al concluir los trabajos de la misma. Por el contrario, alegándose dicha temporalidad, sorprende que, tal y como se desprende del inatacado hecho probado sexto, la decisión extintiva no haya afectado a dos trabajadoras contratadas en las mismas condiciones que los demandantes y que también suscribieron la demanda de indefinidad, con lo que, como bien se señala en el escrito de impugnación del recurso, se constata una ‘decisión extintiva selectiva’ de carácter discriminatorio. A lo que se añade, a la fecha del despido, la situación de licencia por maternidad de una demandante y el estado de gestación de otra, con lo que también es de aplicación en el caso de las mismas la previsión contenida en el último párrafo del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.”

Sin embargo, en la sentencia recurrida lo que es objeto de análisis es una denuncia de vulneración de la indemnidad, en relación al principio de tutela judicial efectiva al haber obtenido el 19 de diciembre de 2003 una sentencia favorable a su pretensión de relación laboral indefinida como trabajadores discontinuos. Cuando los trabajadores presentan la demanda instan la declaración de nulidad de los despidos, basándola en que la vulnera-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ción se produce al devenir ineficaz el reconocimiento obtenido debido al acto extintivo. En consecuencia, no se produce en la sentencia recurrida el debate acerca de una posible actitud punitiva por una actuación de denuncia con o sin éxito, o discriminatoria bien por circunstancias personales o bien en razón a anteriores intervenciones procesales. El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (recursos 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre y 17 de diciembre de 1997 (recursos 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (recurso 4478/1997), 7 de abril de 2005 (recurso 430/2004), 25 de abril de 2005 (recurso 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (recurso 2082/2004)].

A mayor abundamiento, la **STS de 8 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2501/2005), I.L. J 125, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador objeto de sucesivos contratos temporales, celebrados por obra o servicio determinado, por una fundación que recibía subvenciones con cargo a la Administración pública. Los servicios contratados constituían el objeto propio y permanente de la fundación. El cese del trabajador acordado en determinado momento bajo la alegación de “finalización del contrato” constituye despido improcedente.

La Sala justifica el fallo, en su FJ 3º, en los siguientes términos:

“La actividad para la que la fundación demandada contrató al actor es permanente en aquella, por lo que la aludida modalidad de contratación no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 15.1 del ET para posibilitar la temporalidad contractual, dicha contratación ‘no cumple las funciones propias de la interinidad, ni puede considerarse de eventualidad, dado que no responde a una necesidad extraordinaria de trabajo, ni se han respetado los límites temporales del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores’, de tal suerte que el contrato, celebrado en fraude de ley, debe presumirse de duración indefinida a tenor del apartado 3 del tan citado artículo 15 de la norma estatutaria. Dicho lo anterior, el cese del actor únicamente podría haberse acordado, como despido objetivo, por el cauce previsto hoy día en el artículo 52.e) del ET que permite no sólo a las Administraciones públicas, sino también a las ‘entidades sin ánimo de lucro’ (como es la recurrente) llevar a cabo este tipo de despidos, para cuya decisión existe la doble garantía de que ha de acreditarse la concurrencia de los requisitos que legalmente posibilitan la adopción de la medida,

y de la procedencia de la correspondiente indemnización, ninguna de cuyas garantías ha estado presente en la decisión que aquí nos ocupa.”

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la **STS de 26 de abril de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 801/2006), I.L. J 600, al fallar la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, desestima el recurso de casación por falta de fundamentación de infracción legal y falta de contradicción.

Para la Sala:

“Este criterio jurisprudencial –reiterado más recientemente por los Autos de 17 de abril de 2006 (recurso 2742/2005) y 25 de abril de 2006 (recurso 2434/2005) y por la ya señalada Sentencia de 8 de junio de 2006 (recurso 5165/2004)– nos lleva a concluir la inadmisibilidad del recurso en las presentes actuaciones, porque además de las consideraciones acerca de la falta de interés casacional de la materia, no son de apreciar las identidades que impone el repetido artículo 217 de la Ley procesal laboral. En efecto, tal como se evidencia de lo expuesto en el primero de nuestros fundamentos, si bien concurren circunstancias similares entre los supuestos objeto de debate en la sentencia recurrida y la de contraste, por la ausencia al trabajo durante unos días sin comunicar la baja médica, median diferencias notables que obstan el juicio de igualdad, y muy especialmente, que en la decisión recurrida se ha tenido en cuenta la configuración que, de la concreción y graduación de las faltas, establece el Convenio colectivo del sector; aplicación esta de la norma convencional que no lleva a cabo la sentencia referencial, efectuándose por lo demás en cada una de las sentencias un análisis ponderado de la concreta situación que enjuicia, lo que conduce a pronunciamientos distintos, nada extraño, si se tiene en cuenta que constituye doctrina jurisprudencial inveterada –Sentencias de esta Sala de lo Social de 28 de enero de 1984, 18 y 21 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988, 15 de octubre de 1990, y 2 y 23 de enero, 20 de febrero y 3 y 19 de abril de 1991– la de que en las 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 cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas. De ahí, y en virtud de todo ello, que no pueda mantenerse la identidad sustancial de los supuestos comparados.”

Finalmente, la **STS de 31 de mayo de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 640/2006), I.L. J 690, determina la improcedencia del despido efectuado a una trabajadora, afiliada sindical, al incumplir el requisito de audiencia previa del delegado sindical, y falta de contradicción.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Sobre la cuestión planteada en el recurso, la Sala señala:

“En efecto, es cierto que tanto el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical como el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores exigen, como garantía establecida a favor del derecho de libertad sindical del Sindicato —que no en beneficio del trabajador sindicado como estableció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 30/1992, de 18 de marzo— que antes de despedir a cualquier afiliado a un Sindicato si esa afiliación le constare al empresario ‘deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato’; por lo tanto, con independencia de la ‘constancia’ de aquella afiliación que en ambos casos se entendió que existía (en el caso de autos porque lo manifestó así el representante de UGT que acompañó a la trabajadora en el expediente), constituye requisito de eficacia del despido en tales supuestos que se dé audiencia al Delegado Sindical como esta Sala ha entendido, en aplicación de los preceptos antes indicados, en varias sentencias —por todas en SSTs de 16 de octubre de 2001 (recurso 3024/00), de 7 de junio de 2005 (recurso 5200/03) o 12 de julio de 2006 (recurso 2276/05)—. Ahora bien, dicha audiencia requiere que exista en el centro de trabajo ese delegado sindical al que hay que oír y dicho delegado no lo tienen todas las secciones sindicales sino solamente aquellas que reúnan las exigencias del artículo 10.1 de la LOLS, o sea con centro de trabajo superior a 250 trabajadores y tengan presencia en el comité de empresa, a salvo otras previsiones resultantes de mejoras derivadas de convenio colectivo pues son estos ‘delegados sindicales’ y no cualquier otro ‘representante o vocero’ de otras secciones con menor representatividad los que tienen reconocido el derecho a ‘ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a (...) los afiliados a su sindicato (...) y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos’ como específicamente se contempla en el artículo 10.3.3º de la propia LOLS.”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STS de 8 de febrero de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 5365/2005), I.L. J 124, al analizar la nulidad de un despido determina los efectos respecto a un trabajador que no impugnó el expediente regulador de empleo, percibiendo la correspondiente indemnización.

La Sala fundamenta el fallo en los siguientes términos:

“La doctrina ha sido ya unificada por esta Sala ante numerosas reclamaciones idénticas a la presente y de la misma empresa y expediente, en Sentencias de 10 de octubre de 2006 (recurso 5379/2005), 15 y 29 de noviembre de 2006 (recursos 5359/2005 y 117/2006), a cuyo tenor hemos de decidir el presente recurso. Como en esas sentencias se expone, el tema litigioso queda ceñido a decidir si la anulación de la resolución del expediente de regulación de empleo puede afectar a quienes, estando comprendidos en las extinciones contractuales autorizadas, se aquietaron ante la resolución administrativa. Y la respuesta ha de ser afirmativa. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998)

establece en su artículo 72. 2 y 3 que: 2. La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas. 3. La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111. La interpretación de este precepto no arroja dudas: cuando la sentencia anula un acto produce efectos a todos los afectados. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal de 7 junio 2005 (recurso 2492/2003) desarrolla la doctrina a ese respecto en los siguientes términos: La eficacia material de las sentencias alcanza, por principio, únicamente a quienes son parte en el proceso. En lo Contencioso-Administrativo las sentencias anulatorias de disposiciones generales y actos administrativos tienen, no obstante, una fuerza expansiva, que se apoya en la dicción literal del artículo 86.2 de la LJCA cuando dispone que no sólo producirán efectos entre las partes, sino también entre las personas afectadas por los mismos. Esta excepción se justifica porque carece de sentido que, declarada la nulidad de una disposición o un acto administrativo en virtud de sentencia firme, se ejerza una nueva pretensión anulatoria por un tercero cuando el acto que se trata de impugnar ha desaparecido de la realidad jurídica. Sin embargo, atendiendo al expresado tenor literal del artículo 86.2 de la LJCA, es claro que se refiere únicamente a la sentencia que contiene un pronunciamiento de anulación –artículos 41 y 84.a) de la LJCA– y a las consecuencias que indefectiblemente deriven de él para una Administración Pública sometida al principio de legalidad [artículo 103.1 CE (RCL 1978\283)], sin hacer referencia a los pronunciamientos que acogen alguna de las pretensiones de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 42 de la LJCA –supuesto que contempla el artículo 84, apartados b) y c) de la LJCA– reconociéndose en favor del actor o actores una situación jurídica individualizada. Debiendo señalarse que el artículo 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 tenía el mismo contenido que el artículo 72 de la hoy vigente de 1998. Tesis la anterior reiterada en la de la misma Sala de 11 de abril de 2006.”

La **STC de 12 de febrero de 2007**, Sala Cuarta (recurso de amparo 2192/2003), I.L. J 104, determina la nulidad del despido efectuado a una trabajadora embarazada, cuyo estado conocía ya, previamente, la empresa.

La Sala fundamenta el fallo en su FJ 7º:

“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 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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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 despidan 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, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará.”

La STS de 7 de febrero de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4236/2005), I.L.J 159, determina la nulidad del despido disciplinario efectuado a un trabajador, que interviene en el curso de una huelga mediante la formación de piquetes, ante la falta de contradicción.

La Sala fundamenta el fallo, en su FJ 2º, alegando que:

“El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (recursos 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997 (recursos 4035/4996, 94/1997, 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (recurso 4478/1997), 7 de abril de 2005 (recurso 430/2004), 25 de abril de 2005 (recurso 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (recurso 2082/2004)]. Por otra parte, la Sala ha declarado, con reiteración, que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos

de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico [Sentencias de 30 de enero y 18 de mayo de 1992 (recursos 1232/1990 y 2271/1991), 15 y 29 de enero de 1997 (recursos 952/1996 y 3461/1995), 6 de julio de 2004 (recurso 5346/2003), 9 de julio de 2004 (recurso 3496/2002) y de 24 de mayo de 2005 (recurso 1728/04)]. La lectura comparada del acontecer huelguístico que afectó a la empresa demandada muestra una serie de actitudes que fueron compartidas por los trabajadores cuyo despido enjuicia la sentencia de contraste y por los que son parte en la sentencia recurrida, pero a su vez concurren en los primeros otros comportamientos de superior o diferente intensidad que impiden establecer con nitidez en qué punto la sentencia de contraste consideró colmado el capítulo infractor no susceptible de ser amparado por el derecho de huelga y si el nivel era coincidente con el alcanzado por los trabajadores de la sentencia recurrida o bien se ha tenido en cuenta las diferencias apreciadas en sus intervenciones. En consecuencia, no cabe establecer entre los hechos enjuiciados la necesaria identidad que permite sustentar la contradicción en los términos del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, como presupuesto de admisibilidad del recurso.”

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) Régimen jurídico de los sindicatos y asociaciones empresariales y funcionamiento interno. B) Actividad sindical. C) Acción sindical en la empresa. **2. Representación unitaria.** A) Proceso electoral. **3. Conflictos colectivos.** A) Algunas cuestiones relativas al proceso de conflicto colectivo. **4. Derecho de huelga.** A) Servicios mínimos. B) Efectos de la huelga: el descuento salarial. C) Lesión del derecho de huelga e indemnización. D) Huelga y arbitraje obligatorio.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias sobre libertad sindical, representación en la empresa, conflictos colectivos y huelga que aparecen en los números 1 a 4 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia del año 2007.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Régimen jurídico de los sindicatos y asociaciones empresariales y funcionamiento interno

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se pronuncia en su STS de 2 de marzo de 2007, I.L. 439, sobre la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de la demanda contra la resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña que denegó el depósito de los estatutos de la organización denominada “Taula d’Autònoms de Catalunya”. Las organizaciones promotoras o fundadoras de la asociación litigiosa eran seis asociaciones empresariales formalmente constituidas y con personalidad jurídica propia, y un sindicato de trabajadores autónomos dependientes (FS TRADE-CCOO). Para declarar su competencia observa la Sala que este orden jurisdiccional tiene atribuida competencia para resolver las cuestiones sobre constitución y reconocimiento de personalidad jurídica de los sindicatos y de su régimen jurídico, por el juego del artículo 2.g) y h) LPL, y para conocer de las relativas a la constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales

[por la previsión contenida en la letra i) del mismo precepto], por lo que ninguna duda debe plantear su competencia para conocer de la pretendida inscripción una organización mixta. Problema distinto es que deba considerarse esta asociación conforme a derecho, cuestión esta sobre la que no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal con anterioridad. Entiende la Sala que no puede admitirse una organización profesional que aglutine a asociaciones empresariales y sindicales, porque tanto el legislador como la jurisprudencia posconstitucional han venido dando un trato diferente y segregado a las organizaciones de trabajadores y de empresarios, enmarcándose incluso el derecho de asociación de unos y otros en preceptos diversos de la Carta Magna —en el artículo 28 para los sindicatos dentro del derecho específico de libertad sindical, y en el 22 para las asociaciones empresariales, dentro del derecho genérico de asociación—. De ahí que deba entender que nuestro ordenamiento no tolera las asociaciones profesionales mixtas, por lo que atendiendo a la naturaleza jurídica sindical de FS TRADE-CCOO debe denegarse la inscripción de este ente asociativo, que como sus propios estatutos indican tiene entre otros objetivos actuar en ámbitos como el de la concertación colectiva o la promoción de conflictos colectivos, en relación con su composición mixta.

Es criterio conocido que las decisiones de un sindicato en materia de régimen disciplinario e imposición de sanciones a sus afiliados forma parte de sus facultades de organización interna y de su autonomía de funcionamiento, derivadas de lo dispuesto en el artículo 2.2.a) LOLS. Pero también se cuenta con criterios jurisprudenciales suficientemente asentados en cuanto a la posibilidad de control jurisdiccional sobre las decisiones adoptadas en relación con tales decisiones. En virtud de los cuales se viene afirmando que, salvo que se vulneren los principios básicos de funcionamiento del sindicato, no es posible que el órgano jurisdiccional revise la actuación de los órganos internos de la organización, puesto que la misma viene amparada por el principio de autonomía organizativa prevista en el aludido precepto y, en última instancia, en el artículo 28.1 CE.

Pues bien, en la **STJS de Andalucía de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 640, se incide nuevamente en el criterio de que no es posible revisar judicialmente las decisiones internas de un sindicato, en este caso, consistentes en la sanción a un afiliado, si se han respetado las normas constitucionales y estatutarias en materia de libertad y autonomía sindical, contenidas en los artículos 2.2.a) y 4.2.d) LOLS. De forma que si se han seguido los procedimientos y respetado las garantías previstas en los estatutos del sindicato, con el correspondiente engarce constitucional, no será posible para el juez ordinario entrar a conocer de la reclamación suscitada por el afiliado. Sin embargo, en el caso concreto, como se aprecia que se vulneraron las reglas contenidas en las normas estatutarias, la Sala concluye amparando al demandante.

La vertiente colectiva de este aspecto del régimen interno de los sindicatos y el alcance de la función jurisdiccional en relación con el mismo, se advierten de nuevo en la **STS de 15 de febrero de 2007**, I.L. J 170, que declara, en un proceso de impugnación de la expulsión de la Asociación Profesional y Sindical de Profesores de Religión de Secundaria y Primaria de la Comunidad de Madrid de la Federación Estatal de Profesores de Religión

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de Comunidades Autónomas, que los estatutos y normas internas sindicales no constituyen normas del ordenamiento jurídico que puedan fundar el extraordinario recurso de casación [artículo 205.e) de la LPL], “sino meras regulaciones asociativas, cuya integridad corresponde defender directamente a la propia entidad sindical, y sólo de manera indirecta, cuando su infracción comporta vulneración de norma jurídica propiamente dicha, al órgano de la jurisdicción social encargado de la casación”, en el ejercicio de su “función nomofiláctica”.

Mientras que la **STS de 18 de enero de 2007**, I.L. J 50, declara la competencia del orden jurisdiccional social en relación con una demanda de un sindicato de funcionarios por la que se instaba la nulidad de un congreso sindical y de su acta y acuerdos derivados, reconociendo incluso tal competencia aun cuando se alegase la vulneración del derecho de libertad sindical, toda vez que se trata de un conflicto interno del sindicato [artículo 2.h) de la LPL] y no de la tutela de los derechos de libertad sindical de los sindicatos o de los funcionarios frente a la Administración. En este sentido, la Sala acota este tipo de conflictos intrasindicales, competencia de la jurisdicción social, frente a otros conflictos relativos a la libertad sindical de los funcionarios o a la libertad de asociación empresarial, competencia del orden Contencioso-Administrativo. Así, a esta jurisdicción le correspondería el conocimiento de la impugnación de la denegación del depósito de los estatutos de una asociación empresarial cuyo objeto no se proyecta sobre las relaciones laborales (STS de 25 de enero de 1999), o de las pretensiones de sindicatos frente a la Administración con objeto de participar en mesas de negociación o de anular acuerdos negociados con ella [artículos 9.4 de la LOPJ y 3.a) y c) LPL, Ley 9/1987, de 12 de junio, y SSTs de 28 de diciembre de 1999, 28 de enero de 2004 y 16 de julio de 2004].

B) Actividad sindical

El derecho a promover y participar en las elecciones sindicales —a representantes unitarios en la empresa— forma parte, —como reconoce una abundante y reiterada doctrina bien conocida— del derecho a la libertad sindical.

En el supuesto que analiza la **STSJ de Extremadura de 15 de marzo de 2007**, I.L. J 651, se retoma esa doctrina, a propósito de un supuesto un tanto anómalo, cual es el de que el proceso en el que participaba como candidato el actor se paralizara o dejara sin efecto como consecuencia de un acuerdo entre la empleadora y los propios promotores. Y que la Sala considera no lesiona el derecho a la libertad sindical del demandante, con el matiz de que la capacidad de disposición sobre el proceso, en cualquier caso, constituiría una cuestión de legalidad ordinaria, no susceptible de instrumentar por el cauce procesal de la tutela de los derechos fundamentales, que fue el intentado por el actor. Por lo demás, y en cuanto a la carga probatoria, la Sala concluye que no concurren los indicios necesarios para proceder a su modulación, máxime cuando la paralización o conclusión del proceso respondía en ese caso a motivos razonables, como es el cambio de estatuto de parte del personal de la demandada, el Servicio Extremeño de Salud, que pasó de ser personal laboral a estatutario.

Como se recuerda en la **STS de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 437, en principio, las cuestiones de funcionamiento interno del sindicato quedan al margen del derecho de libertad sindical, si bien este derecho puede resultar cercenado como consecuencia de un trato desigual. En este caso el pleito se refería a la anulación de unas elecciones sindicales por el trato diferente que se había proporcionado a los concurrentes a la elección por parte de los rectores del sindicato, al haber facilitado medios a la candidatura que resultó ganadora y que no fueron ofrecidos a la derrotada, habiendo supuesto estos medios una ventaja decisiva en la consecución de la victoria. Entiende la Sala que estos hechos inciden sobre el ejercicio del derecho a la libertad sindical, pues aunque se trata de un proceso electoral intrasindical el trato diferente que han recibido las candidaturas ha incidido negativamente en la libertad sindical, y el Tribunal Constitucional tiene declarado que cuando se aleguen discriminaciones que perturben el ejercicio de la libertad sindical, tales vulneraciones son subsumibles en el artículo 28 de la Constitución (SSTC 308/2000, 44/2001 y 48/2002).

Otro de los aspectos referidos a la capacidad del sindicato es el relativo a su intervención en el proceso. Sobre el particular, la **STS de 31 de enero de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 136, declara la falta de legitimación de un sindicato de trabajadores de enseñanza, para la impugnación ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa de una resolución provisional del Departamento de Enseñanza de Cataluña sobre renovaciones y modificaciones de conciertos educativos con centros privados. A tal efecto, distingue entre la legitimación *ad procesum*, como capacidad abstracta para ser parte en el proceso o capacidad de obrar, de la que son titulares los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores, y la legitimación *ad causam*, que requiere una relación especial con la situación jurídica litigiosa, o un “interés cualificado o específico que se identifica con la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada”. En el caso debatido, la Sala estima que las referencias al interés concreto del sindicato actor “siempre han sido genéricas y difusas y relacionadas con hipotéticos beneficios de mejor planificación y preferible utilización de los recursos públicos sin descender en modo alguno a esos intereses cualificados o específicos que requiere la legitimación *ad causam*”.

C) Acción sindical en la empresa

Los derechos de los representantes sindicales en la empresa siguen suscitando algunas dudas interpretativas. Y así, en la **STS de 14 de febrero de 2007**, I.L. J 248, se aborda un caso en el que se discute acerca de la concesión del crédito horario a un delegado de una sección sindical. En el caso concreto, el trabajador ostenta el cargo de delegado de la sección sindical de CIG en el centro de trabajo que la empresa “Seguritas Seguridad España, SA” posee en Pontevedra. El mismo considera vulnerado su derecho a la libertad sindical al no reconocerle la empresa las atribuciones y garantías que la LOLS establece a favor de los delegados sindicales. La empresa considera que el sindicato al que pertenece dicho trabajador no cumple los requisitos de representatividad que la Ley impone para ello. En realidad, se plantea un problema de interpretación del artículo 10 de la LOLS y

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

del artículo 63 del Convenio colectivo de Seguridad, precepto este último en el que el sindicato demandante ampara su pretensión. Este artículo establece que en las empresas que posean entre 150 y 750 trabajadores el sindicato que obtenga un 10% de los votos en las elecciones al comité de empresa podrá elegir un delegado sindical. El sindicato demandante acredita un 35% de los votos en el centro y la empresa cuenta en la provincia con 170 trabajadores. Aparentemente el sindicato recurrente cumple los requisitos exigidos por la norma, pero ello no es así, pues para cumplirlos sería necesario que además de contar, al menos, con 150 trabajadores en la empresa, lo cual ciertamente sí se cumple, acreditase un 10% de los votos en la elección al comité de empresa, expresión que contiene el artículo 63 y que ha de entenderse referida bien al comité único de la empresa o bien a los comités de centro, y el sindicato CIG sólo acredita que ha alcanzado el 10% de los votos en el centro de trabajo, pero no acredita su representatividad en el conjunto de la empresa. Para el TS lo que pretende el sindicato que reclama es utilizar la técnica del “espiguelo”, esto es, aplicar de forma acumulada dos normas escogiendo de cada una de ellas lo que más favorable le resulta. Sin embargo, esta forma de actuación supone no respetar la unidad de cada regulación, produciéndose una combinación de elementos dispares a través de la superposición de fragmentos de normas y no de normas completas, mecanismo que no se admite en nuestro ordenamiento.

En cuanto al derecho a la negociación colectiva de las representaciones sindicales, la **STS de 5 de marzo de 2007**, I.L. J 314, analiza un supuesto en el que se cuestiona la legalidad de los preceptos del convenio que exigen a las secciones sindicales intercentros una representatividad determinada en los órganos unitarios de la empresa para atribuirles facultad negociadora, criterio que se considera contrario a las reglas que sobre esta materia establece el Estatuto de los Trabajadores. La impugnación por ilegalidad se dirime atendiendo a un criterio general, conforme al cual, la admisión de una representatividad concreta diferente a la prevista por el Estatuto de los Trabajadores constituiría una especie de discriminación favorable que beneficiaría únicamente a las organizaciones más representativas en el ámbito estatal.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Proceso electoral

Se enjuicia en el proceso del que trae causa la **STS de 30 de mayo de 2007**, I.L. J 671, el alcance de un acuerdo de empresa –una entidad financiera– con una serie de organizaciones sindicales, en relación con el proceso electoral, en concreto, con el papel de las “mesas itinerantes” y su cometido en el recuento provisional de los votos. Todo ello en relación con el papel de la mesa electoral y las previsiones contenidas en los artículos 73.1 y 2 ET y 7 RD 1844/1994.

La referida sentencia concluye que las funciones atribuidas a las mesas itinerantes en el acuerdo objeto de impugnación no vulnera las reglas contenidas en los preceptos de referencia, puesto que tienen carácter meramente instrumental y no repercuten en el resultado final de las elecciones, puesto que su cometido se limita al recuento provisio-

nal y parcial de los resultados. Y sin perjuicio de que las decisiones de la mesa itinerante puedan ser revisadas por la mesa electoral central, de conformidad con la regla general de posible impugnación de los acuerdos adoptados por este órgano últimamente citado ante la jurisdicción social.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Algunas cuestiones relativas al proceso de conflicto colectivo

La primera y elemental cuestión que atañe al procedimiento de conflicto colectivo es la delimitación de su ámbito y la consiguiente adecuación de dicha modalidad procesal para conocer de determinadas controversias. En la **STS de 5 de febrero de 2007**, I.L. J 127, aunque *obiter dicta*, se declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo (¿y la incompetencia de la jurisdicción social?) para instar la “nulidad o inaplicabilidad de un contrato mercantil de arrendamiento de aeronave suscrito por la empresa demandada con otra empresa”, tal y como pretendía el sindicato actor, de pilotos de líneas aéreas (SEPLA), a través de una demanda de interpretación de un Acuerdo de empresa sobre productividad.

Por su parte, la **STS de 8 de febrero de 2007**, I.L. J 131, declara la competencia objetiva o territorial de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para el conocimiento de una demanda de conflicto colectivo que afecta a todos los trabajadores de la flota de la Compañía Transmediterránea SA. A este respecto, estima que para delimitar el ámbito de efectos del conflicto y, por ende, el de conocimiento de esta modalidad procesal entre la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y las de los Tribunales Superiores de Justicia [artículos 8 y 7.a) LPL], en el supuesto debatido, debe partirse de la localidad en la que se desarrolla con carácter principal la actividad marítima, entendiéndose por tal la de los puertos de salida y destino de los barcos y no la de su registro, tomándose ésta tan sólo cuando no conste o no se acredite la primera y preferente. A tal efecto y una vez que ninguna de las partes cuestionó la competencia de la Audiencia Nacional, declarándose por ésta su incompetencia objetiva de oficio, por encontrarse todos los buques de la empresa registrados en la Comunidad Autónoma de Canarias, el Tribunal Supremo entiende acreditada la extensión de la actividad de la empresa demandada y del conflicto planteado más allá del ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma, a partir de la notoriedad de los itinerarios de la empresa y de algunas previsiones de su Convenio colectivo que hacen referencia a sus distintas áreas o sectores geográficos de actividad.

Y la **STS de 22 de enero de 2007**, I.L. J 60, declara la incompetencia de la jurisdicción social, a favor de la del orden Contencioso-Administrativo, en relación con una pretensión relativa a la calificación, cómputo y compensación de guardias, excesos de jornada y atención continuada del personal del Servicio Vasco de Salud, instada en proceso de conflicto colectivo. En este sentido, la Sala entiende que se está cuestionando la interpretación y aplicación de un Acuerdo de regulación de condiciones de trabajo de funcionarios, per-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

teneciente al ordenamiento jurídico Administrativo, y no de una norma laboral, debiendo diferenciarse, a este respecto, entre los Convenios colectivos en sentido propio y laboral y los Acuerdos reguladores de condiciones de trabajo de funcionarios, sometidos a distinta regulación (niveles de representatividad, órganos y procedimientos de negociación, vías de impugnación, ...), y de inviable articulación unitaria (SSTS de 20 de octubre de 1993, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

Incluso admitiendo que el discutido Acuerdo pudiera aplicarse al personal laboral de modo indirecto (por remisión), no cabría instar su interpretación y aplicación ante la jurisdicción social y bajo la modalidad de conflicto colectivo, sino, en su caso, a través de demandas individuales o plurales en procedimientos ordinarios.

Por su parte, en la **STS de 14 de febrero de 2007**, I.L. J 264, y al hilo de otras cuestiones, se discute acerca de la adecuada utilización del procedimiento de conflicto colectivo para resolver un asunto en el que los actuantes pretenden que se condene a la Federación Regional de Empresarios del Metal a confeccionar un calendario laboral que contemple la distribución anual de los días laborales y la jornada diaria de trabajo, tal y como establece el artículo 22 del convenio colectivo aplicable. Ante la alegación de inadecuación de procedimiento entiende el TS que, en la medida en que lo que se discute es la interpretación del artículo 22 del convenio, lo cual, sin duda, afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, no cabe duda que en este caso el procedimiento adecuado es el de conflicto colectivo.

En relación con el desarrollo del proceso mismo resulta de interés, aunque también el pronunciamiento a ese respecto se produzca *obiter dicta*, la **STS de 17 de enero de 2007**, I.L. J 150, donde se declara la admisibilidad de la prueba testifical en los procesos de conflicto colectivo aun cuando en ellos se plantee tan sólo una cuestión jurídica de interpretación de un Convenio colectivo, frente al criterio mantenido en la resolución entonces recurrida en casación. No obstante, desestima la pretensión de la parte recurrente relativa a la nulidad de actuaciones por denegación de ese medio de prueba, por entender que no era decisivo para la defensa de sus intereses y, por tanto, su negativa tampoco provocaba indefensión. En cuanto al fondo, se debatía en este caso la interpretación de un Convenio colectivo en relación con la exclusión de los puestos de confianza.

Y respecto de los efectos de las sentencias dictadas en proceso de conflicto colectivo, la **STS de 16 de enero de 2007**, I.L. J 41, declara el efecto de cosa juzgada de su anterior Sentencia de 13 de julio de 2006, dictada en proceso de conflicto colectivo, en relación con un proceso individual instado por una trabajadora temporal del Servicio Madrileño de Salud, en el que se reclamaba una retribución acorde con la del personal estatutario, por estimar que uno y otro proceso tienen idéntico objeto (artículo 158.3 de la LPL), y en ambos se invocan como infringidas las mismas normas.

Mientras que en la **STS de 9 de marzo de 2007**, I.L. J 398, se aprecia el efecto de cosa juzgada de una sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó la demanda de conflicto colectivo planteada por UGT sobre la interpretación del artículo 39 del Convenio Colectivo de Bimbo y, en concreto, sobre la retribución de los trabajadores de la empresa

que ejercen el derecho de sufragio activo en horas coincidentes con las de trabajo en domingos y festivos; respecto de la demanda de conflicto colectivo planteada por CCOO frente a la misma empresa y referida al reconocimiento a los trabajadores que prestaron servicios el día de las elecciones generales de 2004 del derecho a percibir el plus de festivo en su parte proporcional al tiempo empleado en el ejercicio del derecho de voto ese día. Entiende la Sala que concurre la identidad necesaria pues no ha variado el contenido del precepto convencional aplicable, y la Audiencia se pronunció en un proceso colectivo de ámbito nacional (alcanzando por tanto su decisión también a los trabajadores afectados por este otro conflicto), respecto de la misma empresa y sobre el mismo problema, siendo irrelevante que entonces la demanda la hubiese planteado otro sindicato, pues este efecto positivo de cosa juzgada no necesita de una completa identidad, bastando una especial conexión entre los objetos procesales.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Servicios mínimos

La **STC de 12 de febrero de 2007**, I.L. J 108, reitera el criterio mantenido por las anteriores SSTC 296 y 310/2006, de 11 y 23 de octubre, declarando que el Director Gerente del Servicio Asturiano de Salud (SESPA) no es competente para determinar los servicios mínimos en supuestos de huelga en ese ámbito de actividad esencial para la comunidad, por tratarse de un órgano de gestión que no reúne, por ello, las condiciones de neutralidad e independencia necesarias para que la atribución de esa función sea conforme al derecho constitucional de huelga (artículos 10 del RD-L 17/1977, de 4 de marzo y 28.2 CE).

A pesar de que con esta declaración no procede valorar el contenido de la resolución de fijación de servicios mínimos, igualmente cuestionada en amparo, y que afectaban a la totalidad de la plantilla de refuerzos de atención primaria y a todos los integrantes del comité de huelga, el Alto Tribunal anula la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y declara la firmeza de la resolución de instancia, que, por su parte y aun declarando la competencia del Director Gerente del SESPA para la fijación de servicios mínimos, estimaba la nulidad de su decisión.

B) Efectos de la huelga: el descuento salarial

Sobre un supuesto de hecho bastante burdo, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de enero de 2007**, I.L. J 634, confirma el criterio del órgano jurisdiccional de instancia sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva como consecuencia de un descuento salarial por participación en huelga, en contra de la doctrina contenida en la STS de 30 de enero de 1997.

La huelga había tenido lugar en la Universidad de Burgos, y en la misma habían participado trabajadores pertenecientes a dos colectivos diferentes, el del personal docente e

investigador y el personal de administración y servicios. Sin embargo, el referido organismo únicamente adoptó medidas de control –un listado para el control de firmas de los no huelguistas– para el segundo colectivo, por lo que sólo los trabajadores del mismo que participaron en los días de huelga sufrieron el correspondiente descuento en sus salarios. La trabajadora demandante solicita el reintegro de la retribución deducida, petición que fue estimada en la instancia y confirmada por la sentencia objeto de análisis, que entiende que existe una diferencia de trato injustificada, con rechazo de los argumentos aportados por la Universidad demandada como el hecho de que se trate de colectivos con distintos convenios colectivos, órganos de representación separados, e incluso diversos comités de huelga. Por la razón básica de que el conflicto promovido y la medida de huelga adoptada respondía a unas reivindicaciones laborales y salariales homogéneas y porque, en definitiva, la pauta para proceder al descuento de salarios es estrictamente el efecto suspensivo de las recíprocas prestaciones que produce la huelga.

C) Lesión del derecho de huelga e indemnización

En la **STC de 16 de abril de 2007**, I.L. J 326, se enjuicia una posible vulneración del derecho de huelga, que, cabe adelantar, a juicio del TC no se produjo. Los hechos a tener en cuenta fueron los siguientes: en el acto de la vista oral, que tuvo lugar el 28 de enero de 2002, la parte actora desistió de la acción de despido, por lo que tal desistimiento obligaba a los actores a su inmediata reincorporación. Ésta no se produjo y al no existir causa que legitimase jurídicamente la inasistencia a su puesto de trabajo la empresa entendió que los trabajadores causaban baja voluntaria. La baja voluntaria es fijada por la sentencia que se impugna en el 29 de enero de 2002. La conexión con el derecho de huelga existe, a juicio de los recurrentes, al declararse la legalidad de la baja voluntaria el 25 de junio de 2001, fecha en la que permanecían en situación legal de huelga. Sin embargo, el TC pone de manifiesto que el 29 de enero de 2002 es la fecha en la que se fija realmente la baja voluntaria en la sentencia impugnada y en dicha fecha no existía una situación de huelga legal por lo que no se observa por parte del Tribunal incidencia alguna sobre el derecho fundamental mencionado.

Aunque la **STS de 24 de abril de 2007**, I.L. J 616, no llegue a conocer sobre el fondo de la cuestión controvertida, por falta del presupuesto de la contradicción que el artículo 217 LPL exige para la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina, contiene algunas consideraciones de interés en relación con la determinación y posible revisión del importe de la indemnización derivada de la lesión del derecho de huelga.

En el concreto supuesto, el juzgador de instancia había estimado la pretensión deducida por los actores, apreciando la existencia de una lesión del derecho de huelga por sustitución de los huelguistas, y fijando una indemnización de 10.000 euros, sobre la base del perjuicio derivado del fracaso de la medida y el consiguiente desprestigio de los sujetos convocantes, así como del importe de los salarios descontados. Interpuesto por la empresa recurso de suplicación, éste fue en parte estimado, y la Sala procedió a reducir el importe de la indemnización, en atención a la escasa duración de la huelga, los centros de trabajo afectados, el número de trabajadores implicados y la existencia de otros factores

concurrentes en el fracaso de la medida. Se considera, en fin, que 2.000 euros resulta una cantidad mucho más “prudente y ponderada”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como se decía, no pudo entrar a conocer del recurso interpuesto por la parte actora, puesto que la sentencia de contraste versaba sobre una indemnización derivada de accidente de trabajo. Sin embargo, se aprovecha la ocasión, en primer lugar, para recordar que la indemnización por lesión de un derecho fundamental no es un efecto automático de la estimación de la pretensión, sino que exige la alegación y acreditación de elementos objetivos de ponderación del daño derivado de la lesión. Y, en segundo término, se incide en un relevante aspecto procesal de la materia, consistente en que por regla general corresponde al criterio del juez de instancia la fijación de la indemnización, sin perjuicio de lo cual, es posible que la misma sea revisada en vía de recurso extraordinario, cuando se combatan eficazmente las bases en que se haya fundado la cuantificación, por ser erróneas o insuficientes, o cuando falte la concreción de las mismas (SSTS, Sala Primera, de 19 de julio de 2006, 9 y 4 de junio de 2006 y 27 de febrero de 2006).

D) Huelga y arbitraje obligatorio

La STS de 24 de abril de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 479, se pronuncia sobre el alcance de los requisitos precisos para la imposición del arbitraje obligatorio en una huelga. En concreto, en este caso se había impuesto el arbitraje con ocasión de la comunicación que el 7 de junio de 2002 había remitido a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Trabajo de la Junta de Extremadura, el Comité de Empresa de “A.G. Siderúrgica Balboa, SA”, anunciando la declaración de huelga en la comercial señalada ubicada en el Municipio de Jerez de los Caballeros (Badajoz), en la que participarían todos los trabajadores y de todos los turnos de la empresa. En el comunicado se señalaba como día de inicio de la medida el 12 de junio de 2002, razonando que la misma resultaba del fracaso en la aprobación del convenio colectivo de la empresa. A la vista de ese comunicado, la Consejería propuso al Consejo de Gobierno el establecimiento de un arbitraje obligatorio, fundamentando tal imposición en el perjuicio grave que ocasionaría la medida de conflicto propuesta, dada la importancia de la empresa en la economía regional. Por su parte, la empresa había solicitado autorización para decretar el cierre patronal, que fue denegada por la Administración. Pues bien, la Sala considera que el arbitraje impuesto no es conforme a derecho por no concurrir los requisitos necesarios, relativos a la duración de la huelga, el alejamiento de las posiciones de las partes y el perjuicio grave para la economía regional. Para fundamentar esta conclusión analiza uno a uno el alcance de cada uno de estos requisitos, comenzado por recordar que la adopción de medidas coactivas de negociación ha de revestir características de extrema gravedad.

En primer lugar, sostiene la Sala que no consta la relevancia para la economía regional que el acuerdo que impone el arbitraje pone de manifiesto, porque pese a la importancia de la empresa en modo alguno se razona que la huelga ponga en peligro su viabilidad

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

y con ello la de la economía regional. Destaca la Sala que el hecho de que la empresa tenga un número elevado de trabajadores y de volumen de negocios no comporta sin más que la huelga afecte a la economía de la región. Tampoco ha quedado probado que las posiciones de las partes fuesen muy alejadas porque la ausencia de acuerdo sobre el convenio colectivo no puede por sí constituir una presunción de que las posiciones son irreconciliables, sobre todo si se tiene en cuenta que se denegó el cierre patronal por entender que no concurría perjuicio para las personas ni daños graves para las cosas, y no se había acreditado que los servicios mínimos ofertados por el comité de huelga fueran insuficientes o inapropiados. Y en cuanto a la duración de la huelga, recuerda la Sala que al momento de adoptarse la medida se llevaba algo más de cuarenta días de paro, pero su adopción se propuso incluso antes de iniciarse. Considera el Tribunal que el mero hecho de que en esas condiciones la huelga durará más de cuarenta días no justifica el cumplimiento de los requisitos necesarios para el arbitraje obligatorio.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Contenido “normativo” del convenio colectivo. A) Concepto. Materias. Diferencias respecto al contenido “obligacional”. B) Límites. C) Modificación. **2. Ámbito personal. 3. Ultraactividad. 4. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 5. Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Todas las sentencias reseñadas, cuya reproducción figura en los números 1 a 4, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2007, Lex Nova, no abordan cuestiones nuevas ni se apartan de las pautas seguidas por las que con anterioridad han tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos de naturaleza similar.

1. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Concepto. Materias. Diferencias respecto al contenido “obligacional”

Forma parte del contenido normativo la cláusula del convenio de empresa en la que ésta se compromete a dotar determinadas plazas para su cobertura por el sistema de promoción interna. No habiendo limitado aquél el alcance de la ultraactividad, la cláusula de que se trata queda sometida a ella (STS de 26 de abril de 2007, I.L. J 590):

“1. Esta Sala entiende también que la Disposición Transitoria en cuestión forma parte del contenido normativo del convenio colectivo y no del obligacional, pues aunque no sea pacífico el deslinde nítido entre ambas modalidades, la opinión dominante –seguimos la STS de 21 de diciembre de 1994, en recurso 2734/1993– entiende que mientras el contenido obligacional está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz (artículo 82.2 ET), los com-

promisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones *ad hoc*, el contenido normativo está integrado por los pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica (el contenido mínimo o necesario previsto en el artículo 85.2 ET), y por los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo (materias incluidas en el artículo 85.1 ET), tanto en su aspecto individual como colectivo. Doctrina que reitera la Sala cuando afirma que la materia normativa comprende las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos y las reglas que definen los ámbitos del convenio (STS de 16 de junio de 1998 –recurso 4159/1997–), pero también las ‘normas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el convenio’ (STS de 20 de diciembre de 1995 –recurso 3837/1994–, SSTs de 1 de diciembre de 2003 –recurso 138/2002– y 11 de diciembre de 2003 –recurso 55/2003–); y también cuando sostiene que es conforme a la doctrina científica más autorizada mantener que la parte normativa del convenio pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas ‘condiciones de trabajo’ (condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones, ...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias, ...; y al régimen salarial), pero también se extiende a la regulación de aspectos ‘colectivos’ (cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales) (STS de 29 de abril de 2003 –recurso 126/2002–).

2. Con arreglo a tales criterios, la cláusula convencional por la que la demandada (...) se compromete a dotar veinte nuevas plazas (...) a cubrir por el sistema de promoción interna, va referida a las ‘condiciones de trabajo’ (ascensos), de manera que su naturaleza resulta inequívocamente normativa y, en consecuencia, no puede dudarse de su ultraactividad tras concluir la vigencia pactada para el convenio y pese a haber sido denunciado el mismo (...).

B) Límites

1. *Respeto del principio de igualdad. Condiciones para su apreciación en supuestos de doble escala salarial.* La complejidad del proceso productivo, que requiere un entrenamiento o práctica en las labores propias de los correspondientes puestos de trabajo, de modo que el trabajador no alcanzará el resultado o rendimiento adecuado y habitual hasta después de haber pasado un cierto tiempo en aquél, permite que el convenio pueda prever, sin vulnerar el principio de igualdad, una retribución inferior para quien todavía no haya completado ese tiempo de servicios, siempre que no obtenga todavía el expresado resultado o rendimiento. Tal circunstancia constituye una razón objetiva suficiente para justificar la diferencia de trato salarial. Así, STS de 20 de febrero de 2007, I.L. J 165:

“Los datos de que hemos de partir (...) son los siguientes: a) el proceso productivo en el seno de la empresa es relativamente complejo al elaborarse diversos productos con fórmulas específicas propias, que deben ser conocidas y controladas. b) La cadena de producción

de la empresa acoge distintos productos, con sus diversas fórmulas de composición y tiempos distintos de fermentación y horneado. Ello exige un preciso entrenamiento que sólo se alcanza con la práctica *in situ*. c) Si como consecuencia de la valoración individual del trabajador (como en algunos casos ha sucedido) el mismo alcanzara el nivel de experiencia práctica exigible para atender con la habitual soltura la cadena de producción pasa a percibir el 100 % de las retribuciones al margen del tiempo transcurrido desde su contratación, de forma que los lapsos temporales para alcanzar esas retribuciones superiores ‘no son inexorables’”.

“A la vista de tales datos la Sala ha de concluir que no existe la vulneración que se denuncia por el recurrente del principio de igualdad de trato, pues el establecimiento de una retribución económica porcentualmente inferior para los trabajadores de nuevo ingreso, porcentaje que se va incrementando al transcurrir los lapsos temporales señalados en el convenio hasta llegar al 100 % de la retribución a los 21 meses de permanencia de los oficiales de 1ª y trabajadores de categoría superior, implicados en el proceso productivo, no obedece a circunstancias o consideraciones arbitrarias o irrazonables, sino a la complejidad del proceso productivo, los distintos productos que se elaboran (con) fórmulas diferentes de composición, así como tiempos distintos de fermentación que exigen un preciso entrenamiento que sólo se alcanza con la práctica *in situ*, por lo que el trabajador necesita estar cierto tiempo realizando el trabajo para poder adquirir la experiencia, formación y rendimiento necesarios para un adecuado desarrollo de las funciones profesionales que integran el puesto de trabajo y la categoría profesional.”

“La forma de retribución fijada en el artículo 43 del convenio, en el que aparecen dos grupos de trabajadores, los oficiales de 1ª o superiores y el resto de las categorías profesionales a las que se exige un tiempo de permanencia de 21 y 14 meses, respectivamente, para alcanzar el 100% de la retribución, no puede ser tildada de arbitraria ni desproporcionada, pues el lapso temporal fijado en la norma (...) no es rígido ya que (...) si como consecuencia de la valoración individual del trabajador (como en algunos casos ha sucedido) el mismo alcanzara el nivel de experiencia práctica exigible para atender con la habitual soltura la cadena de producción, pasa a percibir el 100% de las retribuciones al margen del tiempo transcurrido desde su contratación.”

2. *En relación con la retribución de las horas extraordinarias.* El criterio a seguir es el de que la regulación de esta materia por parte del convenio colectivo debe respetar la regla del artículo 35.1 del ET, según la cual el valor de cada hora extraordinaria no podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Dicha regla constituye un mínimo de derecho necesario relativo mejorable por convenio colectivo. Dicho mínimo resulta vulnerado cuando el convenio colectivo procede a determinar el valor de la hora ordinaria atendiendo al salario base, esto es, excluyendo el importe de los complementos salariales y de las pagas extraordinarias. Ello determina la nulidad de la correspondiente cláusula convencional. Aplica tal criterio la **STS de 21 de febrero de 2007**, I.L. J 247, con cita de otras del mismo Tribunal y de igual Sala:

“La especificación que hace el artículo 35.1 ET de que ‘el valor de las horas extraordinarias en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria’, por su propia dicción literal

no permite a la autonomía colectiva fijar ese valor en relación únicamente a uno de los elementos componentes de la estructura salarial, cual es el salario base. De haberlo querido el legislador así lo habría dispuesto (...).

La expresión legal ‘en ningún caso’ conduce al *ius cogens* y, por tanto, el principio de jerarquía normativa o de legalidad (artículo 9 de la Constitución) y el laboral de ‘norma mínima’ impone el inexorable respeto a este mínimo. El valor de la hora extraordinaria, según el precepto, es el que correspondería a cada hora ordinaria, y este último valor hace relación no sólo al salario base, sino a todos aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial (...), incluso aquellos como las pagas extraordinarias que se devengan en proporción al tiempo trabajado (...).

Debe concluirse, pues, que el artículo 35 ET sobre el valor de las horas extraordinarias constituye una norma legal de derecho imperativo relativo, donde la voluntad negociadora o individual, subsidiaria ésta de aquélla, cumple respecto de dicha norma una función de complementariedad por expresa remisión de la misma y con el límite que establece, que es un mínimo de derecho necesario no susceptible de vulneración en caso alguno (...).

La solución expuesta es contraria a la mantenida por la **SAN de 6 de febrero de 2006**, reseñada en el número 29 de esta misma Revista. Para dicha sentencia, cuyo criterio decae ante el mantenido por el TS, a falta de cualquier previsión por parte de la normativa estatal, la fijación del valor de la hora ordinaria correspondería a la autonomía colectiva o al acuerdo individual, que podrían establecer qué conceptos salariales entran o no en aquel valor o, en otras palabras, podrían decidir la exclusión de los complementos salariales y pagas extraordinarias.

C) Modificación

Del sistema de remuneración. Admite la viabilidad de la llevada a cabo por medio de acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores la **STS de 1 de febrero de 2007**, I.L. J 116. Semejante modificación entra dentro de las previsiones del artículo 41.2, párrafo tercero, del ET.

Inaplicabilidad de la cláusula rebus sic stantibus. “Si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula *rebus sic stantibus* tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo (artículos 39 a 41 ET), cuanto por la singularidad del convenio colectivo como fuente del Derecho (artículo 1 ET), al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (...). Hasta el punto de que (en) la teoría (...) únicamente cabría aplicarla –restrictivamente– cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en convenio colectivo, pues la cláusula es impreclicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex artículo

37 CE (...); e, incluso –tratándose de condición individual de trabajo–, la citada cláusula *rebus sic stantibus* habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el artículo 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la empresa (así, la STS de 10 de marzo de 2001; recurso de casación para unificación de doctrina 1573/2000)” (STS de 26 de abril de 2007, I.L. J 590).

2. ÁMBITO PERSONAL

La naturaleza del vínculo contractual y, en concreto, el mero hecho de que éste sea temporal, no constituye una circunstancia justificativa de la exclusión del ámbito de aplicación del convenio. Una exclusión basada en la expresada temporalidad del contrato resulta contraria al principio de igualdad y, por lo tanto, nula (SSTS de 15 de febrero, 19 de marzo y 3 de abril de 2007, I.L. J 197, 345 y 537, todas en unificación de doctrina).

Otro tanto sucede en el caso de la exclusión de los trabajadores que figuren adheridos a un previo convenio colectivo extraestatutario. La nulidad de la exclusión no desaparece por el hecho de que se les permita a los afectados el solicitar su inclusión en el correspondiente convenio estatutario. Se pronuncia en este sentido, en relación con la cláusula de un convenio colectivo en donde las peticiones de inclusión de los trabajadores quedaban sometidas a la decisión de la comisión paritaria (“El personal adherido al convenio colectivo extraestatutario y de eficacia limitada podrá solicitar su inclusión en el XVII convenio colectivo mediante escrito dirigido a la dirección de recursos humanos. La comisión paritaria estudiará y resolverá estas peticiones”), la STS de 14 de marzo de 2007, I.L. J 384:

“La exclusión ‘de lo que constituye el ámbito natural del convenio colectivo’ debe contar con ‘una justificación objetiva y razonable’ (...). Esta exigencia de respetar el ámbito natural de la unidad de negociación se vincula en la doctrina constitucional con el principio de igualdad ante la ley, en la medida en que el convenio colectivo como norma que se integra en el ordenamiento jurídico está vinculado por el artículo 14 de la Constitución y tiene, por tanto, que justificar los tratamientos diferentes que pueden producirse tanto en el establecimiento de condiciones de trabajo entre el personal incluido en su campo de aplicación (...), como en lo que se refiere a las exclusiones que de su ámbito pueda establecer el propio convenio (...).

En el presente caso, la exclusión del convenio de los trabajadores adheridos al acuerdo extraestatutario de 2002 no puede considerarse justificada. En primer lugar, y en cuanto a los términos de la exclusión, ésta no se limita, como se dice, a una garantía de la voluntariedad de la aplicación del convenio para el colectivo excluido. La aplicación de un convenio estatutario no puede someterse a mecanismos de aceptación individual, pues esa voluntariedad sería incompatible con la posición del convenio en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo (...). Pero, además, no existe tal garantía, sino un sistema, más bien arbitrario, de admisión por parte de la comisión paritaria: los trabajadores excluidos sólo pueden solicitar su inclusión y aquélla resuelve sin ningún criterio vinculante establecido en el convenio (...).”

3. ULTRAACTIVIDAD

Condiciones para entender que el convenio ha eliminado su juego. Es de todo punto necesario que éste “así lo establezca con claridad en alguna de sus disposiciones. Si el convenio no contiene ninguna norma de esta clase, que claramente prescriba esa pérdida de vigencia (del contenido normativo, una vez producida la denuncia de aquél y agotado el período de duración pactado), la cláusula debatida mantendrá su vigor y seguirá siendo aplicable”. Así, en relación con un determinado concepto retributivo cuyo abono no aparece vinculado en el convenio al período de su vigencia, **STS de 25 de enero de 2007**, I.L. J 74.

4. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Legitimación activa. Tratándose de una impugnación por *lesividad*, poseen la legitimación contemplada, de acuerdo con el artículo 163.1 de la LPL, los terceros cuyo interés haya resultado lesionado de un modo actual, efectivo y real, no meramente hipotético o potencial. Carecen de la condición de tales y, por lo tanto, de aquella legitimación, “las empresas que pudieran estar integradas en el ámbito funcional del convenio colectivo impugnado”. A efectos de lo anterior es indiferente que dichas empresas hubiesen intervenido o no en la negociación del convenio colectivo de forma personal o por representación. Lo relevante es que se encuentren incluidas en su ámbito de aplicación y que, inicialmente, figuren sujetas a aquél, al igual que a los convenios que lo hayan precedido, “aunque tal inclusión sea indebida”. Otra cosa es que puedan demandar la inaplicación del convenio de forma “indirecta”, en otro tipo de proceso en donde no esté presente el interés colectivo. Por lo que se refiere a la impugnación por *ilegalidad*, ostenta también legitimación la asociación empresarial que, aunque constituida después del inicio de la negociación del convenio y de la presentación de la demanda que lo impugna, haya adquirido su plena capacidad de obrar antes del correspondiente acto de juicio. Por descontado, ha de reunir la condición de “interesada”, lo que concurre cuando sus representados están incluidos en el ámbito de aplicación del convenio impugnado (**STS de 2 de marzo de 2007**, I.L. J 363). Son “interesadas”, “sin duda, aquellas asociaciones cuyos miembros puedan verse afectados en alguna medida por el convenio que tratan de impugnar” (**STS de 20 de marzo de 2007**, I.L. J 415).

Plazo para el ejercicio de la acción. La impugnación de que se trata debe permanecer abierta durante todo el tiempo de vigencia del convenio colectivo, incluida la correspondiente a la situación de ultraactividad. Vuelve a insistir sobre ello, estimando recurso de casación ordinaria interpuesto contra SAN que aplica el plazo del artículo 59 ET, la **STS de 6 de marzo de 2007**, I.L. J 288, que reitera el criterio y reproduce los términos de las de igual Tribunal y Sala de 21 de diciembre y 19 de septiembre 2006, reseñadas en el número 31 de esta misma Revista:

“1. (...) el legislador no ha establecido expresamente plazo de prescripción alguno para la acción de impugnación privada de un convenio colectivo, sin que apreciemos ‘identi-

dad de razón' (artículo 4.1 Código Civil) para aplicar por analogía el artículo 59 del ET, pues la que aquí se ejercita no deriva propiamente del contrato de trabajo ni se asemeja a las descritas en el citado precepto estatutario. El principio de seguridad jurídica "no se resiente por el hecho de que el convenio colectivo pueda ser impugnado en su dimensión colectiva durante todo su período de vigencia; por el contrario, ello puede ser la garantía de su obligado y permanente 'respeto a las leyes' (artículo 85.1 ET) y de su necesaria acomodación al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento laboral (artículo 3 ET).

2. (...) la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme en esta misma tesis y, así, desde claros pronunciamientos de carácter general al respecto, como, por ejemplo, cuando recientemente decíamos, reiterando la doctrina tradicional del desaparecido TCT, que '(...) la impugnación directa del convenio que se fundamenta en la ilegalidad no está sujeta a plazo (...) y puede hacerse a lo largo de toda su vigencia' (TS de 15 de marzo de 2004, recurso 60/2003, FJ 3º, *in fine*), hasta aquellas otras ocasiones en las que hemos debido analizar el problema desde planos distintos, por ejemplo, cuando en fecha aun más reciente, en una acción de dimensión colectiva que pretendía anular un pacto regulador de la relación laboral, sosteníamos que su impugnación podía hacerse durante su vigencia 'pues no existe norma alguna que establezca un plazo cierto durante el cual pueda pretenderse la nulidad de un convenio colectivo, por cuya razón se ha venido entendiendo por su sector mayoritario de la doctrina que el tiempo de vigencia del pacto es hábil para solicitar su anulación' (TS de 25 de mayo de 2006, recurso 21/2005), o cuando se perseguía una determinada interpretación de una cláusula convencional en un procedimiento de conflicto colectivo y hemos mantenido '(...) esta acción colectiva no tiene plazo inicial del cómputo de la prescripción mientras permanezca vigente el convenio colectivo, y ello, sin perjuicio, naturalmente, de la prescripción relativa a la acción que pudiera ejercitarse, a título individual, con fundamento en la sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo (...). De (...) (la) razón de ser y finalidad de la modalidad procesal colectiva puede, razonablemente, deducirse que, durante la vigencia del convenio colectivo, no nace el plazo inicial prescriptivo de la pretensión colectiva, en cuanto la aplicación e interpretación de una norma, que constituye el objeto del proceso y que afecta a un grupo genérico de trabajadores, debe extenderse al período de vigencia del convenio, pues, en otro caso, se truncaría aquella finalidad perseguida de evitar sentencias contrarias y reforzar el principio de economía procesal, evitando, en principio, una pluralidad de demandas ejercitadas por cada uno de los trabajadores afectados por la aplicación de la norma paccionada' (TS de 25 de noviembre de 1997, recurso 877/1997, FJ 2º).

3. De la misma manera, al analizar la Sala los plazos de prescripción y caducidad a los que se refiere el artículo 59 del ET en un procedimiento de oficio amparado en el artículo 149 de la LPL, cuando, como aquí igualmente sucede, tal procedimiento no tiene establecido plazo de prescripción, hemos concluido que dicha acción no está sujeta a los previstos en el artículo 59 del ET (TS de 21 de octubre de 2004, recurso de casación para unificación de doctrina 4567/2003). Y, en fin, cuando hemos estudiado el mismo problema en las impugnaciones de convenios colectivos por ilegalidad o lesividad, efectuadas de oficio por la autoridad laboral, también hemos llegado a la conclusión de que la acción puede ejercitarse tanto antes como después de los trámites administrativos de registro y publicación del convenio impugnado, sin que la comunicación demanda oficial se encuentre sometida

a plazo preclusivo que se cierre con aquellos trámites (SSTS de 2 de noviembre de 1993, 2 de febrero de 1994 y 31 de marzo de 1995, recursos 4152/92, 4052/92 y 2207/94).”

5. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la imposibilidad de que las comisiones paritarias puedan asumir, so pena de nulidad de las correspondientes decisiones o acuerdos, facultades negociadoras sin una previsión en tal sentido por parte del propio convenio colectivo, **STS de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 428.

B) Por los Tribunales laborales

Criterios de interpretación. Ha de estarse tanto a las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos. Por otro lado, debe darse primacía a la interpretación dada por el juzgador *a quo*, que goza de “un amplio margen de apreciación interpretativa”, al haberse desarrollado ante él “la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes”. “El criterio de los tribunales de instancia 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” (**STS de 13 de marzo de 2007**, I.L. J 355).

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.

E) Enfermedad profesional. 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. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Recurso de casación para la unificación de doctrina.

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

En la STS de 30 de enero de 2007, I.L. J 52, de acuerdo con el canon de interpretación finalista y flexible recuerda que debe entenderse como situación asimilada al alta a los que han causado baja en el RETA y posteriormente figuran inscritos como demandantes de empleo en la correspondiente oficina, bajo la consideración de parados involuntarios a los efectos del requisito de situación asimilada al alta. El hecho de que se exija que el paro involuntario asimilado a la situación de alta sea aquel que subsista después de agotadas las prestaciones de desempleo no debe ser obstáculo para que se aprecie tal asimilación

respecto a los asegurados al RETA, que carecen del derecho a éstas. De acuerdo con el citado canon de interpretación finalista, es tal carencia de protección, y no el origen de la misma por agotamiento del período de protección, lo verdaderamente relevante a efectos de la asimilación al alta prevista reglamentariamente (RD 91/1991 y OM de 13 de febrero de 1967).

4. GESTIÓN

Potestad de extinción de la MATEPSS del subsidio de IT por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico. Carácter no sancionador de la decisión en tanto que forma parte de la gestión ordinaria de la prestación que corresponde a la MATEPSS. Según consta en los hechos probados de la **STS de 7 de marzo de 2007**, I.L. J 353, la MATEPSS citó al actor, quien se hallaba en situación de incapacidad temporal por contingencia común, para un reconocimiento médico con la advertencia de que si no acudía de forma injustificada procedería a extinguir la prestación. Al no acudir el actor a la cita en la fecha prevista, la MATEPSS procedió a extinguir la prestación al amparo del artículo 131.1 de la LGSS. La demanda presentada por la actora contra la decisión de la Mutua fue estimada tanto en primera instancia como en suplicación por el TSJ del País Vasco sobre la base de que tras la aprobación de la Ley 45/2002 que introduce reformas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos pasaba a configurarse como sanción y, en consecuencia, la Mutua no estaba facultada para extinguir la prestación debiendo seguirse el procedimiento sancionador a través del órgano competente oportuno.

La Mutua recurre en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo que estima su pretensión. Entiende el Tribunal Supremo que la modificación efectuada en la normativa de la LISOS por la Ley 45/2002 en nada afecta al contenido del artículo 131 de la LGSS que prevé como causa de extinción de la prestación la incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico.

A juicio del Tribunal, esta previsión “guarda íntima relación con las vicisitudes del hecho causante” distinguiéndose de los motivos merecedores de pérdida o suspensión del derecho regulados en el artículo 132 de la LGSS. Esta decisión llevada a cabo por la Mutua se integra “más en la gestión de la prestación que en la represión de una concreta conducta sancionable”. Concluye el Tribunal declarando que “la capacidad de gestión de la Mutua –se trata de contingencias comunes– alcanza todos los supuestos contemplados en el artículo 131 bis de la LGSS; esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del beneficiario, entre los que indudablemente se encuentra –se insiste– la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como causa extintiva”. Al negar su configuración como sanción el Tribunal Supremo elude las garantías correspondientes a procedimiento sancionador y confirma la plena competencia de las Mutuas para extinguir en todas las causas del artículo 131 de la LGSS, incluyendo este supuesto más dudoso en cuanto a su naturaleza sancionadora.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Trabajador migrante y cómputo de sus cotizaciones en Holanda y España. Aplicación del principio de *pro rata temporis* para calcular la pensión de viudedad del SOVI. Cálculo de la totalidad de períodos cotizados en cada Estado. En la **STS de 12 de marzo de 2007**, I.L. J 335, el causante acreditaba hasta el año 1955 un total de 1.534 días cotizados en España mientras que a partir de entonces reunió un total de 21 años y 11 meses en Holanda. A la viuda, gracias al cómputo de las cotizaciones en Holanda, se le reconoció la pensión de viudedad del SOVI.

En aplicación del principio *pro rata temporis* se computaron todas las cotizaciones efectuadas por el causante por lo que la Seguridad Social española corrió a cargo del 16% de la pensión. La demandante entiende que, en vez de computarse la totalidad de períodos cotizados en ambos países, debe partirse del período de cotización exigido para causar pensión y que sólo cabe computar las cotizaciones realizadas en el exterior cuando sean precisas para calcular el período de carencia. Conforme a esta forma de cómputo seguida por la sentencia de contraste, en este supuesto sólo deberían computarse las cotizaciones en Holanda necesarias para alcanzar los 1.800 días exigidos de carencia por lo que la Seguridad Social española debería asumir el pago del 85% de la pensión de viudedad. En cambio, el Tribunal Supremo, en interpretación conjunta de los artículos 46 y 47 del Reglamento 1408/71/CE, entiende que a este supuesto es aplicable la norma general prevista en el artículo 46 del Reglamento que consiste en totalizar todos los períodos de seguro que se hayan cumplido en los distintos países de la UE y computarlos como si se hubiesen realizado en el Estado que la calcula, para luego fijar el importe efectivo de la pensión prorrateando el importe teórico en atención a los períodos cotizados en cada país complicado. No entiende aplicable, en cambio, la doctrina del artículo 47 del Reglamento 1408/1971 cuyo precepto excepciona de su aplicación las pensiones cuya cuantía no se determinen en función de la duración de los períodos de seguro. El Tribunal Supremo aprecia que al ser la cuantía del SOVI fija independientemente del tiempo cotizado se aplica la norma general citada prevista en el artículo 46 del Reglamento 1408/1971.

Incapacidad permanente absoluta. A efectos del período de carencia no es computable como cotizado el período de baja médica sin percibo de subsidio de incapacidad temporal. En la **STS de 13 de marzo de 2007**, I.L. J 385, consta que la actora, afiliada al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social por cuenta ajena, no pudo acceder a la incapacidad temporal al no hallarse trabajando por cuenta ajena en el momento de la baja médica (artículo 51 del RD 3772/1972, de 23 de diciembre). El INSS le denegó su solicitud por no reunir el período de carencia exigible. La demandante recurre en unificación de doctrina para que le sea reconocido como cotizado el tiempo que estuvo de baja médica sin derecho a prestación de incapacidad temporal en virtud del artículo 4.4 del RD 1799/1985, de 2 de diciembre. Acoge el Tribunal Supremo lo que ya es una inter-

pretación reiterada del mismo Tribunal (entre otras, STSS de 2 de febrero de 2004, 3 de febrero de 2004 y 10 de marzo de 2004) sobre el sentido dado al artículo 4.4 del RD 1799/1985 tras la modificación de su redacción por el RD 4/1998, de 9 de enero. Interpreta el Tribunal Supremo que la referencia a que el trabajador se encuentre “en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos pone de manifiesto la necesidad de que el beneficiario se encuentre no sólo en baja médica expedida por los servicios oficiales de la Seguridad Social e incapacitado para el trabajo, como exige el artículo 128.1.a) de la LGSS, sino que además se halle dentro del sistema de la prestación, pues en otro caso no se trataría realmente de incapacidad temporal, no podría técnicamente hacerse referencia a las prórrogas de la situación”. El Tribunal entiende, en consecuencia, que la duración máxima de doce meses de la incapacidad temporal y su prórroga, sólo tiene sentido si se vincula con el percibo de la prestación por lo que deniega la pretensión de la actora.

Determinación del período de carencia de la pensión de viudedad. No son computables los períodos de cotización incumplidos y prescritos. En la **STS de 4 de abril de 2007**, I.L. J 618, constan como hechos probados que el causante, fallecido en junio de 2003 víctima de VIH, había causado baja en RETA en 1996 y posteriormente en año 1997 causó baja como demandante de empleo por no renovar la demanda. El INSS le denegó a la viuda la prestación de viudedad por no hallarse en situación de alta o asimilada al alta en el momento del hecho causante y no reunir los quinientos días cotizados dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento. La demandante recurre en unificación y defiende la aplicación de la doctrina expuesta en la sentencia de contraste que reconoció como cotizados los períodos de descubierto de cuotas ya prescritos. El Tribunal Supremo expone que el artículo 124.2 de la LGSS señala que cuando la concesión de una prestación se halle subordinada a la existencia de un período cotizado “solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas”. Entiende que la inexigibilidad ocasionada por el instituto de la prescripción “nunca puede equipararse al cumplimiento exacto de la obligación” por lo que deniega la pretensión de la parte actora.

Por lo demás la demanda no aborda y, en consecuencia, Tribunal Supremo no se ocupa de ello en este pleito, la posible aplicación no rigorista y más flexible del requisito de hallarse el causante en situación asimilada al alta que el Tribunal Supremo ha empleado en otras ocasiones para eximir de este requisito al causante que por enfermedad le fue físicamente imposible renovar la inscripción como demandante de empleo.

7. RECAUDACIÓN

En el asunto resuelto por la **STS de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 232, siguiendo doctrina en la materia unificada por STS de 5 de junio de 2006, se afirma que no procede el reintegro de los gastos realizados para la adquisición de una bomba de infusión de insulina, por cuanto se entiende que no se trata de una prestación farmacéutica sino de un accesorio de la misma. El principio de cobertura íntegra no se sigue para aquellas prestaciones que

complementen a las médicas y farmacéuticas, en las que la responsabilidad de la Seguridad Social alcanza exclusivamente a lo que expresamente indican Leyes y Reglamentos.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

El Tribunal Supremo no reconoce la calificación como accidente de trabajo al trabajador que no se encontraba en el puesto de trabajo ni en el tiempo de trabajo cuando se sintió indispuerto, teniendo además antecedentes relativos a enfermedades coronarias. Así, según la **STS de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 260, “el suceso, al no vincularse el episodio con esfuerzo o actividad o alteración de clase alguna, en persona que tenía antecedentes de valvulopatía mitroaórtica operada en el año 1986 con prótesis doble mitral y aórtica de Sorín y en el año 1992 un accidente cardiovascular agudo”.

Respecto a lo que haya que entender como tiempo de trabajo a la hora de aplicar la presunción del artículo 115.3 de la LGSS, la **STS de 25 de enero de 2007**, I.L. J 63, recuerda que no concurre el requisito del tiempo cuando el hecho determinante –ictus cerebral– acontece en los vestuarios de la empresa. Según la sentencia, para considerar el ictus cerebral acontecido en los vestuarios como accidente de trabajo “habría que aportar pruebas que acreditaran aquella relación de causalidad, a cargo de quien pretendiera aquella declaración, circunstancia que ni se discute ni se ha producido en el presente caso en el que, cuando iba a comenzar su trabajo, como ha quedado probado ya venía de ser tratado de un episodio de ataque cerebrovascular sin ninguna relación con su actividad laboral”.

Asimismo, existe doctrina jurisprudencial que señala que no se aplica la presunción de laboralidad a los procesos de incapacidad temporal posteriores o a la incapacidad permanente reconocida definitivamente al beneficiario que se deriven de acontecimientos patológicos de etiología común aunque éstos sean de la misma naturaleza que la del accidente de trabajo ocurrido previamente –en este caso, se trataba de enfermedad cardíaca–. Según la **STS de 25 de enero de 2007**, I.L. J 67 y la **STS de 22 de enero de 2007**, I.L. J 82, el segundo incidente patológico, al no producirse durante el tiempo y en el lugar de trabajo, ya no puede beneficiarse de la presunción legal del artículo 115.3 de la LGSS, al haber transcurrido un período de actividad laboral de más de seis meses (artículo 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967) y derivarse de enfermedad común.

La **STS de 6 de marzo de 2007**, I.L. J 362, ha dado un vuelco en la doctrina anterior en relación al accidente de trabajo en misión, negando la calificación como accidente de trabajo de un camionero fallecido horas después de terminada la jornada, cuando el conductor se encontraba descansando en la habitación del hotel. La justificación alegada por el Tribunal es que no consta que la decisión de parar se debiera a instrucciones o a órdenes de la empresa, y, por tanto, el accidente no quedaría comprendido en la presunción del artículo 115.3 de la LGSS.

Existe un supuesto que ha recibido un tratamiento específico por parte del Tribunal Supremo, en la **STS de 26 de marzo de 2007**, I.L. J 417, en el caso de un trabajador que inicialmente es contratado en la localidad en la que tenía el domicilio familiar y, tras desempeñar allí su prestación de servicios durante varios meses, es desplazado a otra localidad —donde la empresa le paga los gastos de alojamiento y manutención—, sufriendo un accidente de trabajo precisamente cuando regresaba al domicilio familiar para pasar el fin de semana. El TS entiende que procede la calificación de accidente de trabajo *in itinere*, dado que el trabajador está volviendo al lugar en que se desplazó por causa del trabajo, además de que de la empresa depende directamente la causa del desplazamiento, efectuado en virtud del artículo 40 ET. Por el contrario, no se considera accidente *in itinere* el de un trabajador durante una interrupción de su jornada laboral (al acudir a realizar la declaración de la renta), a pesar de que la empresa le había autorizado (**STS de 29 de marzo de 2007**, I.L. J 449).

B) Recargo de prestaciones

En un caso de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, las **SSTS de 12 de febrero de 2007**, I.L. J 218, de **14 de febrero de 2007**, I.L. J 223, de **28 de marzo de 2007**, I.L. J 419, de **26 de marzo de 2007**, I.L. J 446, de **18 de abril de 2007**, I.L. J 482, de **17 de abril de 2007**, I.L. J 497 y de **29 de mayo de 2007**, I.L. J 672, concluyen que no existe caducidad del expediente de imposición del recargo, aunque haya transcurrido el plazo de 135 días que la Orden de 18 de enero de 1996 establece para la resolución del procedimiento. La actividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador afectado, que ninguna intervención tuvo en el expediente. Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que, en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o la constitución de derechos y otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo. A ello hay que añadir que la caducidad se produce sólo en los procedimientos en los que se ejerciten potestades sancionadoras, y el de imposición del recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica, sino que posee una finalidad disuasoria para obtener un mayor grado de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales e incrementar el importe de unas prestaciones debidas en virtud de la relación entre el trabajador y la empresa cuando ésta no ha dispensado las medidas de protección que el contrato de trabajo impone. *Vid.* también, en este sentido, la **STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2007**, I.L. J 648.

En relación a la prescripción del recargo, ésta queda interrumpida —además de las causas previstas en el artículo 1973 del Código Civil— “por la reclamación ante la Seguridad Social” y “en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso que se trate” (artículo 43.2 de la LGSS). Según el Tribunal Supremo, partiríamos de la valoración del acta de infracción que aprecia la responsabilidad de la empresa por accidente de trabajo y, a partir de ahí, se iniciaría el cómputo de la prescripción (**STS de 12 de marzo de 2007**, I.L. J 276).

En cuanto a la determinación del día inicial del plazo de prescripción de cinco años para solicitar el recargo —o *dies a quo* para iniciar el cómputo—, según la **STS de 12 de febrero de 2007**, I.L. J 128, ha de tenerse en cuenta la fecha en que finalizó, por sentencia firme, el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones. Por ejemplo, en un supuesto de incapacidad permanente total —como es el supuesto analizado—, la acción no puede considerarse reconocida antes de que se dicte la sentencia del Juzgado o la Sala de lo Social declarativa de dicha situación. Ello sin perjuicio de que la resolución del INSS sea bastante anterior. Por tanto, sólo desde la firmeza de la sentencia se puede iniciar el cómputo del referido plazo de prescripción, solución que, según el Tribunal Supremo, se ajusta plenamente a lo dispuesto en el artículo 1969 CC.

En cuanto a la compatibilidad del recargo con la indemnización derivada de responsabilidad civil, la **STSJ de Cantabria de 7 de marzo de 2007**, I.L. J 643, reitera la doctrina unificada del Tribunal Supremo reconocida, entre otras, en la STS de 2 de octubre de 2000, y específicamente en relación al capital coste de la pensión de incapacidad permanente, recordando asimismo la doctrina de la STS de 9 de febrero de 2005 que es deducible de la indemnización total reclamada, ya que es la forma de comparar y compensar prestaciones de tracto único y de tracto sucesivo, mediante la capitalización correspondiente a esta última.

C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil

Respecto al cómputo del plazo de prescripción para la reclamación de daños y perjuicios, en virtud del artículo 59 ET, la **STS de 18 de marzo de 2007**, I.L. J 392, es la fecha en la que deviene firme la resolución que se dicta en el proceso de incapacidad. Así, señala el citado Tribunal que el *dies a quo* en el cómputo de la prescripción empieza a actuar al adquirir firmeza la sentencia que señale el grado de incapacidad reconocido por el INSS, y, por lo tanto, la firmeza de dicha resolución marca el inicio del año para el cómputo de la prescripción.

D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria

Señala la **STS de 23 de enero de 2007**, I.L. J 89, que la Sala no puede hacer una declaración general sobre si una determinada tasa de alcoholemia puede configurarse como la imprudencia que rompe la relación de causalidad. La imprudencia, por el contrario, se configura en relación con las circunstancias concretas de cada supuesto específico, y corresponde al juzgador la apreciación de cada caso concreto, para determinar si existe o no la exclusión de la presunción de laboralidad. Así pues, el accidente, aunque se produjo con una tasa de alcohol en la sangre del trabajador elevada, sucedió una hora después de incorporarse al trabajo. Por otra parte, si el trabajador hubiese dispuesto de barandillas u otro medio de aseguramiento, como cinturón o arnés, la caída no se hubiese producido.

E) Enfermedad profesional

Respecto a la asbestosis, estamos ante una enfermedad profesional que es una neumocosis por amianto, patología de indudable paralelismo con la silicosis, que es la misma

enfermedad pero producida por la inhalación de polvo de sílice –siendo las características de ambas patologías idénticas– (STS de 18 de enero de 2007, I.L. J 66). El Tribunal Supremo destaca que ambas enfermedades poseen una larga evolución, de muy lenta implantación en el sujeto que la padece y un carácter insidioso latente. Pueden presentarse los síntomas de su existencia muchos años después de que el sujeto deje de tener contacto con el amianto, al haber respirado durante largo tiempo en ambiente en que se hallase la suspensión de dichas partículas.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La STS de 22 de enero de 2007, I.L. J 82, analiza el supuesto de una enfermedad –cardiopatía– que presenta distintos episodios o crisis a lo largo del tiempo, dando lugar a períodos diferentes de IT. En concreto entiende que cuando a una o varias de las situaciones primeramente producidas, aparecidas “durante el tiempo y el lugar del trabajo”, y calificadas por ello como accidente de trabajo, le suceden episodios o crisis posteriores de tal dolencia acaecidos fuera de tal tiempo y lugar, como regla general, deben ser reputados como derivados de enfermedad común, pues la presunción del artículo 115.3 de la LGSS sólo se aplica a cada concreto período de IT en que se cumplan las exigencias ordenadas por él. No obstante recuerda que hay que examinar en cada caso con detalle las circunstancias que en él concurren para averiguar si procede la aplicación de la regla general o si aparecen datos o elementos evidenciadores de que nos encontramos ante una de las excepciones que impiden su aplicación.

La STS de 27 de febrero de 2007, I.L. J 176, dictada en resolución de un recurso de casación para la unificación de doctrina, se pronuncia positivamente respecto a la validez de la baja expedida el 23 de mayo de 2003 por facultativos de los Servicios Públicos de Salud, tras el alta expedida por los servicios médicos de la MATEP que cubre el riesgo de accidente de trabajo, cuando la baja se inicia a los pocos días del alta y con el mismo diagnóstico. En cuanto a la delimitación de la competencia entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y las MATEPS con respecto a la determinación de la contingencia de un proceso de incapacidad temporal acaecido antes de la entrada en vigor del RD 428/2004, de 12 de marzo, cuando dicha contingencia es objeto de controversia, se re-

cuerda la jurisprudencia del propio Tribunal respecto al papel rector de la Entidad Gestora en este ámbito.

Insistiendo en la competencia del INSS en la determinación de la contingencia, común o profesional, causante de la incapacidad temporal, aunque haya precedido una baja con posterior alta por accidente de trabajo asumida por la MATEP, puede consultarse la **STS de 18 de abril de 2007**, I.L. J 517. En esta última se recuerda que si bien el artículo 9 del RD 428/2004 pareciera que quiere asignar tal facultad a las MATEPS al decir “previa declaración por la mutua”, sin embargo, el más reciente RD 1041/2005, de 5 de diciembre, al haber excluido de su redacción “previa determinación de la contingencia causante” no deja la menor duda de que la competencia discutida debe ser atribuida, al INSS. En el mismo sentido puede consultarse la **STS de 30 de mayo de 2007**, I.L. J 688.

La **STS de 8 de febrero de 2007**, I.L. J 290, dictada en resolución de un recurso de casación para la unificación de doctrina, interpreta respecto a un supuesto de subsidio por incapacidad temporal en el que existen diferencias en el importe de la prestación, que éstas derivan de dos actos de reconocimiento de la prestación – el inicial y el posterior derivado de la aplicación de una nueva base averada por una resolución judicial– siendo aplicable la prescripción de cinco años del artículo 43 de la LGSS y no el plazo de caducidad de un año del artículo 44.2 de la LGSS. Acudiendo a la doctrina contenida en la STS de 24 de octubre de 2005, recuerda que para que juegue el supuesto del artículo 44 de la LGSS es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido, estando, por tanto, en el supuesto de hecho del artículo 43 de la LGSS.

La **STS 13 de febrero de 2007**, I.L. J 291, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que la cuestión planteada viene referida a la determinación de la existencia del derecho de la trabajadora demandante a obtener el subsidio por incapacidad temporal derivado de enfermedad común, después de haber agotado el período de duración máxima y la prórroga de aquél, sin obtener declaración de incapacidad permanente ni reincorporarse al puesto de trabajo en la empresa y sin haber sido dada de alta en la Seguridad Social por aquélla, cuando es dada nuevamente de baja médica por los Servicios Públicos de Salud de manera inmediata y por la misma dolencia anterior.

La discusión jurídica central para la resolución de la cuestión planteada viene centrada en la necesidad de determinar si la empresa tenía la obligación de dar de alta en la Seguridad Social a la trabajadora aunque no hubiese reanudado físicamente la actividad. En el supuesto concreto, la empresa negó que tuviese obligación alguna de dar de alta a la trabajadora, pues nunca se presentó en sus dependencias ni, por tanto, llegó a reanudarse la actividad laboral, opinión esta que viene compartida por el INSS. Al respecto, el Alto Tribunal entiende que si la trabajadora podía iniciar legalmente un nuevo período de incapacidad temporal, aunque se tratase de la misma dolencia y no hubiese prestado servicios en los seis meses anteriores a la nueva baja, y además concurrieran los requisitos para que pueda calificarse su estado de incapacidad temporal según las previsiones del artículo 128.1.a)

de la LGSS, es claro que el contrato de trabajo había iniciado una nueva suspensión por la misma causa legal [artículo 4.1.c) ET] y por ello la empresa debió proceder a dar de alta a la trabajadora, aunque no hubiera llegado a reanudarse la actividad, precisamente porque la extensión del nuevo parte de baja lo impedía legalmente.

La sentencia recoge un voto particular formulado por el magistrado Antonio Martín Valverde en que se afirma la inexistencia del deber empresarial de cursar nueva alta una vez agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal en base a una interpretación sistemática de los artículos 100.1 y 131 bis de la LGSS, 12 a 14 del RD 2064/1995, 29.1 del RD 84/1996, 35.1.1º del RD 84/1996, la Disposición Adicional Quinta del RD 1300/1995 y la Disposición Adicional Tercera.2 de la OM de 18 de enero de 1996.

En la **STS de 15 de marzo de 2007**, I.L. J 336, dictada en unificación de doctrina, el debate jurídico se centra en determinar si la MATEP que cubre la contingencia de incapacidad temporal por enfermedad común está facultada para gestionar la prestación hasta el punto de poder declarar por sí misma la extinción del derecho al subsidio cuando el asegurado no comparece injustificadamente a un reconocimiento médico al que había sido citado por sus propios facultativos, o si, por el contrario, prevaleciendo el carácter infractor de tal conducta, la respuesta ha de acordarse en un procedimiento sancionador y adoptarse por quien está legalmente facultado para ello.

La sentencia citada opta por la primera opción, declarando como ajustada a derecho la doctrina contenida en la sentencia de contraste, en la que se recuerda que la capacidad de gestión de la MATEP alcanza a todos los supuestos contemplados en el artículo 131 bis de la LGSS, esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del beneficiario, entre los que indudablemente se encuentra la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva. A idéntica conclusión se llega en las **SSTS de 7 de marzo de 2007**, I.L. J 353, y **23 de abril de 2007**, I.L. J 612, dictadas en unificación de doctrina.

Finalmente, en la **STS de 17 de abril de 2007**, I.L. J 615, la cuestión planteada por el recurso de casación para la unificación de doctrina que ésta resuelve, estriba en determinar si la mera solicitud a la Tesorería General de la Seguridad Social de aplazamiento de pago de cuotas debidas a la Seguridad Social en el caso de un trabajador incluido en el Régimen General desde su condición de Representante de Comercio, es suficiente para causar derecho a la prestación de incapacidad temporal, siempre que esa solicitud sea anterior al hecho causante, o por el contrario, se precisa que exista una concesión de aplazamiento y ésta sea anterior al hecho causante de la prestación. Sobre este extremo, se mantiene como doctrina ajustada a derecho la recogida en las sentencias de contraste, en las que se declara que para producir la consecuencia de equiparación del requisito “estar al corriente” a efectos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, la concesión del aplazamiento de pago ha de producirse con anterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación de que se trate.

12. MATERNIDAD

La STS de 25 de enero de 2007, I.L. J 30, afirma que no hay derecho a prestación por maternidad porque la aspirante no se hallaba en situación de alta por su propia voluntad ya que causó baja voluntaria en el RETA. No tiene derecho a prestación porque incumple el requisito de encontrarse en situación de alta que marca la legislación.

En la STS de 29 de enero de 2007, I.L. J 88, se trata de ver qué interpretación debe darse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3.1 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre. La proporción en la que la norma manda incrementar el lapso de tiempo durante el que debe reunirse la carencia es precisamente aquélla en la que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto de la que resulta habitual en la correspondiente actividad.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La STS de 30 de enero de 2007, I.L. J 52, examina una demanda de tres prestaciones derivadas de la muerte y supervivencia de un causante afiliado al RETA, con un elemento común de debate del que pende la solución a la controversia: si el causante se hallaba en alta o situación asimilada al alta. De los hechos probados se deduce que el causante estuvo afiliado al RETA algo más de mil días, para pasar posteriormente a la situación de demandante de empleo —sin derecho a prestaciones que, por ahora, no es posible causar desde el RETA— figurando, con una breve interrupción inscrita en la correspondiente Oficina. El Tribunal decide aplicar al causante afiliado al RETA las mismas situaciones que en el Régimen General dan lugar a la situación de asimilación al alta atendiendo al carácter no exhaustivo de las situaciones listadas en la ley, a la similitud que debe presidir el reconocimiento de prestaciones (Disposición Adicional Decimotercera del RD 9/1991), y argumentando que no puede hacerse de peor condición a quien al perder un empleo intenta una actividad de autoempleo frente a quien permanece como demandante de empleo por cuenta ajena. Para ello realiza una interpretación finalista del requisito de hallarse en desempleo involuntario una vez agotadas las prestaciones por desempleo, señalando que el elemento esencial es el carecer de prestaciones, ya que la asimilación al alta durante el percibo de éstas ya se halla establecido en el artículo 125.2 de la LGSS, como por otra parte viene reconociendo la jurisprudencia desde la STS de 24 de mayo de 1980. La Sentencia no realiza ninguna consideración acerca del período de interrupción de la inscripción en la Oficina; aunque, dado su brevedad y que tal inscripción no se hallaba vinculada al incentivo de obtener una prestación por desempleo, probablemente no resulta relevante.

En la STS de 23 de enero de 2007, I.L. J 151, se contempla un supuesto en el que la actora junto con su cónyuge ostentaban la titularidad del 98% de la sociedad en la que figuraba dada de alta como trabajadora por cuenta ajena con la correspondiente alta en el Régimen General de la Seguridad Social; tras una actuación de la Inspección de Trabajo,

la Tesorería dejó sin efecto tal alta y practicó la correspondiente al RETA. En el recurso de suplicación interpuesto en su día contra la negativa de la Tesorería a rectificar tal acto de encuadramiento, ratificado por el Juzgado de lo Social, el Tribunal Superior autonómico rechazó aplicar la presunción contenida en la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS dada “la incuestionable dificultad que entraña la prueba de un hecho negativo”. El Tribunal Supremo, con apoyo en la STS de 26 de junio (sic) de 2004, I.L. J 1762, que contempló un caso similar, argumenta que tal interpretación dejaría vacía de contenido la presunción legal; precisamente esta presunción se estableció para arbitrar las dificultades de prueba existentes en estos casos, por lo que quien pretenda su inaplicación deberá probar los hechos que la destruyan.

Sabido es que para causar una pensión en el RETA es preciso, además de acreditar el período de carencia exigible en cada caso, hallarse al corriente de pago de las cuotas, sin perjuicio del mecanismo de invitación al pago de las demás cuotas exigibles que permite subsanar en ocasiones tales descubiertos. En la **STS de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 220, se examina un supuesto en el que el causante de la pensión de viudedad solicitada no se hallaba en alta ni tampoco al corriente de pago de sus cotizaciones al RETA en el momento del óbito. Para obtener la pensión el cónyuge la solicitó varios años después de su marido, en virtud de la imprescriptibilidad de tales pensiones de viudedad, y alegando que al estar prescritas las cuotas adeudadas y no ser jurídicamente exigibles, no existía deuda o descubierto alguno que pudiera ser considerado un impedimento para privarle de la pensión solicitada. El Tribunal Supremo, reiterando en ésta la doctrina que ya manifestó en la STS de 25 de septiembre de 2003, I.L. J 1448, considera que la fecha en que se causa la prestación y deben acreditarse los requisitos exigibles no es aquella en la que se solicita la pensión sino que viene fijada por el fallecimiento del causante, y en el RETA es el último día del mes en que ocurra el óbito, de forma que es en dicha fecha en la que debe cumplirse la condición indispensable de hallarse al corriente en el pago de cuotas, como ya se dijo en la STS de 2003 antes citada y otras a las que alude, entre ellas, la STS de 16 de enero de 2001, I.L. J 17; y recuerda que “las cotizaciones en descubierto, prescritas o no, son ineficaces para lucrar la pensión”, puesto que el Decreto 2530/1970 exige hallarse al corriente de pago de las cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, sin que el mecanismo de invitación al pago permita subsanar más que “las restantes cuotas exigibles” no aquellas que deben formar parte del período mínimo de cotización preciso para lucrar el derecho a pensión. Esta jurisprudencia –reiterada, como se ha dicho– cierra el paso a la posibilidad de que en virtud del carácter imprescriptible de las pensiones de viudedad puedan obtenerse éstas sin acreditar la carencia exigible, sin más que esperar a que transcurra el período de prescripción de las cuotas adeudadas para alegar que no existe jurídicamente ningún descubierto impeditivo de la pensión solicitada; solicitudes que se producen a menudo y que ya dieron lugar a nuestro comentario en el anterior número de esta Revista con relación a la STS de 15 de noviembre de 2006, I.L. J 1895 y otras citadas.

En la **STS de 20 de marzo de 2007**, I.L. J 391, se halla un nuevo pronunciamiento del resbaladizo tema de cuándo se da el requisito de habitualidad preciso para el encua-

dramiento en el RETA en relación a los ingresos obtenidos; y como el legislador no ha considerado conveniente establecer criterios más certeros para delimitar este concepto, la jurisprudencia deviene casuística, cuando no contradictoria. En este caso se trata de un vendedor ambulante que en una serie de años declaró en el IRPF unos ingresos por tal actividad entre cuatro y cinco mil euros, siempre por debajo del 75% del SMI. El Tribunal, aunque manifiesta conocer la jurisprudencia nacida al amparo de los agentes de seguros en la que el nivel de ingresos obtenido se considera uno más de los indicios de habitualidad, se alinea con los pronunciamientos que consideran que en materia de Seguridad Social la obtención de un nivel mínimo de ingresos es un indicio determinante cuando debe operarse con criterios aplicables indistintamente a todo un colectivo de personas, no siendo suficiente para destruir el inicio de falta de habitualidad, que se deriva de la escasa rentabilidad obtenida, el hecho de que tales ingresos se repitan año tras año, ya que ello puede obedecer a un trabajo esporádico reiterado, pero no por ello habitual.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

Según la STS de 29 de marzo de 2007, I.L. J 442, la jurisdicción laboral es competente para la determinación del mantenimiento o no en alta en Seguridad Social de los médicos de refuerzo.

Por el contrario, no es competente para la determinación sobre la obligación o no del pago de las cotizaciones pasadas, cuya competencia es del orden contencioso-administrativo.

B) Recurso de casación para la unificación de doctrina

En la STS de 13 de marzo de 2007, I.L. J 380, se aprecia falta de contradicción porque resulta muy difícil que se produzca, en una materia tan casuística como el accidente de trabajo, unos pronunciamientos diferentes sobre el mismo objeto, o dicho de otra manera, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales. En el caso analizado en la sentencia citada, nos encontramos que la sentencia recurrida apoya su razonamiento en un factor de hecho inexistente en la sentencia de contraste, cual es que en la sentencia recurrida el accidente –acontecido en el año 1990– desembocó en una declaración de afectación de secuelas permanentes no invalidantes indemnizadas según baremo de la mutua, mientras que en la sentencia de contraste, el primero de los accidentes acaecidos en 1990 no finalizó con declaración alguna de afectación.

Tampoco se da la contradicción necesaria en la **STS de 27 de marzo de 2007**, I.L. J 405, en un supuesto de jubilación parcial y contrato a tiempo parcial. La diferencia fundamental entre la sentencia recurrida y la de contraste es que, en la sentencia recurrida, se daba una relación de carácter mercantil y, en la sentencia de contraste, el trabajador prestaba sus servicios de clara naturaleza laboral.

El mismo problema nos encontramos en la **STS de 22 de marzo de 2007**, I.L. J 406. Aunque en ambos casos se trata de la aplicación de la denominada “doctrina del paréntesis”, existe una diferencia: mientras que en el caso recurrido la trabajadora estaba encuadrada en el régimen especial de empleados de hogar, en la de contraste lo estaba en el régimen general.

La misma falta de contradicción se aprecia en la **STS de 19 de abril de 2007**, I.L. J 510, según la cual mientras que la sentencia recurrida partió de la afirmación de que el trabajador afectado por la suspensión de la prestación de IT fue sorprendido trabajando por cuenta propia durante dicha situación, en la de contraste la trabajadora no estaba trabajando simultáneamente a la IT.

De nuevo es rechazado el recurso de casación por unificación de doctrina por la misma causa –falta de contradicción– en la **STS de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 322. Así, mientras que en la resolución recurrida la trabajadora inició su baja por enfermedad mientras se encontraba vigente el contrato de interinidad y posteriormente fue dada de baja en la Seguridad Social en la fecha en que se extinguió este contrato, en la sentencia de contraste la trabajadora fue nombrada nuevamente para ocupar la misma plaza de interina el día anterior a la extinción contractual, estimándose la pretensión de permanecer en alta en la Seguridad Social con motivo de su maternidad.

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 1 a 4 de 2007 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a 733).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

En la STS de 5 de febrero de 2007, I.L. J 120, se resuelve acerca de la cuantía de la prestación por desempleo en el caso de una trabajadora que ejerce su derecho a reducción de jornada por guarda legal y posteriormente se le extingue su contrato en virtud de expediente de regulación de empleo.

La actora solicita la prestación por desempleo que le es reconocida por resolución del INSS que señala una base reguladora de 28,15 euros/día correspondiente a las cotizaciones por 5 horas/día de trabajo. La actora reclama una base de 45,74 euros/día acorde con su salario normal sin reducción temporal y por el que hubiese cotizado los últimos tres meses si no estuviese en situación de reducción de jornada.

El Tribunal Supremo, después de varios pronunciamientos en los que entendía que una aplicación literal del artículo 211 de la LGSS no concordaba con la protección a la familia que propugna el derecho y que implicaba que no hubiera ningún tipo de repercusión por el uso del derecho relacionado con los menores y su cuidados, que lógicamente tienen que ver con la maternidad y la paternidad pues ambos progenitores pueden hacer uso de tal derecho —el uso de la jornada reducida para el cuidado del menor— en la STS de 27 de octubre de 2004 vuelve al criterio anterior de interpretación restringida del artículo 211 de la LGSS.

El TS entiende a partir de ese momento que la jornada reducida, no tratándose como tiempo parcial, no puede contemplarse a ningún efecto como si fuera completa.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

En la STS de 3 de abril de 2007, I.L. J 635, se resuelve el recurso presentado por una trabajadora, funcionaria interina, ante la denegación de la prestación por desempleo por su incompatibilidad con la indemnización acordada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana de fecha 22 de diciembre de 1995.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

La Sentencia que recurre la demandante es la dictada por la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana de 1 de febrero de 2005 en la que se confirma la dictada en su día por el Juzgado de instancia, confirmatoria de la decisión administrativa tomada por el Instituto Nacional de Empleo, que inició de oficio expediente de revisión de la prestación por desempleo concedida a la demandante reclamándole por cobro indebido dicha prestación.

El Tribunal Supremo, admite la contradicción entre sentencias que permite una resolución unificadora de las dos doctrinas discrepantes (artículo 217 LPL).

La Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana viene declarando la incompatibilidad de la prestación por desempleo con los salarios de tramitación derivados del reconocimiento de la improcedencia o nulidad del despido y aun cuando el supuesto sea anterior a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que en su reforma del artículo 209 de la LGSS establece expresamente dicha incompatibilidad.

Si bien, en el caso planteado en esta ocasión no nos encontramos ante un trabajador al que el órgano del Orden Jurisdiccional Social, tras declarar la improcedencia del despido, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56.1 ET y 110.1 LPL, le ha reconocido el derecho al percibo de la indemnización tasada y a los salarios de tramitación devengados pertinentes, sino ante el supuesto de una funcionaria interina a la que, tras declarar ilegal su cese por el órgano administrativo competente de la Generalidad Valenciana, y ante la imposibilidad de reincorporación de la funcionaria interina al puesto de trabajo que desempeñaba, le reconoce el derecho al percibo de una indemnización, sin que lógicamente dicha sentencia le reconozca cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, al ser inaplicable la normativa reguladora de la relación laboral.

Precisamente esa falta de previsión legal específica hace que no pueda darse el tratamiento de salarios de tramitación a la cantidad recibida por la recurrente sino que la misma ha de entenderse como compensatoria de los daños y perjuicios derivados de la extinción de la relación jurídico-administrativa que unía a la recurrente con la Administración autonómica, y consiguiente pérdida de su empleo, lo que precisamente constituye la situación legal de desempleo a la que se refiere el artículo 1.2 del RD 625/1985, de 2 de abril, y cuyo artículo 15.1 establece que “la prestación y el subsidio serán compatibles con la indemnización que proceda por la extinción del contrato de trabajo”, lo que resulta analógicamente aplicable a la indemnización por la extinción de la relación administrativa.

D) Nivel asistencial

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

La STS de 18 de abril de 2007, I.L. J 503, resuelve acerca de la imputación de los ingresos al año en el que se realiza el rescate de un plan de pensiones.

La cuestión sometida a debate es si la cantidad ingresada por citado concepto de rescate ha de computarse en el año correspondiente a su percepción o si, por el contrario, el importe ha de dividirse por el número de años en que se generó.

Esta cuestión ya ha tenido cumplida respuesta en materia de prestaciones no contributivas (STS de 16 de mayo de 2003) en donde se establece que el importe obtenido por el rescate del Plan de Pensiones ha de considerarse renta y contabilizarse en el año de su percepción, siendo así que el patrimonio se incrementa con un elemento nuevo, no sustitutorio de otro anterior.

Conforme a tal razonamiento, se impone que la doctrina correcta es la mantenida en la sentencia que se recurre, afirmando que la imputación de ingresos derivados del rescate de un Plan de Pensiones ha de hacerse al año en que el citado rescate se lleva a cabo.

En el mismo sentido, **STS de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 550 y **STS de 27 de marzo de 2007**, I.L. J 451.

F) Gestión, financiación y pago

En la **STS de 11 de febrero de 2007**, I.L. J 102, se resuelve acerca de la procedencia o no del derecho al pago único de la prestación por desempleo para subvencionar las cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Como sabemos, tienen derecho al pago trimestral del importe de la prestación por desempleo del nivel contributivo para subvencionar su cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos los beneficiarios que pretendan constituirse como trabajadores autónomos.

En el caso planteado el INEM basa su razonamiento en condicionar aquel derecho al mantenimiento de la situación de perceptor de la prestación en el momento de solicitarlo y a que tal solicitud sea presentada antes de haberse dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

La regulación del derecho al pago único de la prestación por desempleo responde a una política orientada al pleno empleo a través de medidas tendentes a que los trabajadores desempleados dejen de serlo. Por este motivo, ambos pronunciamientos aplican una teoría flexibilizadora de la norma, sin reducirse a la lectura gramatical de ésta y entienden, por lo que al comienzo de la actividad se refiere, ha de interpretarse en el sentido de que su inicio se produzca en cualquier momento de la situación legal de desempleo, con tal de que no sea anterior al de ésta, que es lo relevante para que el derecho al pago único cumpla su finalidad de estimular la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados.

Según el Tribunal Supremo, lo verdaderamente relevante es que el beneficiario mantenía tal condición, aunque fuera en suspenso y que dicha alta no fue anterior a la situación legal de desempleo. Además, lo relevante para que el derecho cuestionado cumpla su finalidad de estimular la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados es que la petición se produzca en cualquier momento de la situación de desempleo, con tal de que no sea anterior al de ésta.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso

– Período de carencia

En relación con el período de carencia de 15 años exigido para causar derecho a la pensión de jubilación, la **STS de 27 de febrero de 2007**, u.d., I.L. J 296, recoge la doctrina de esa Sala, de fecha de 23 de diciembre de 1992, que interpreta que la regla establecida en el artículo 1 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, por la que se dio remedio a aquella situación en la que empleados públicos, no funcionarios, efectuaban servicios para la Administración, sin que ésta hubiese llevado a cabo la oportuna cobertura de previsión, estableciendo la regla de que el tiempo servido por ellos era equivalente a tiempo cotizado a los efectos del Seguro de Vejez. Esta regla debe ser entendida en el sentido de que son computables a tales fines cualesquiera servicios laborales no funcionariales prestados a las Administraciones Públicas, aunque éstos se llevasen a cabo antes de la puesta en observancia de la ley, pues el precepto exige cinco años de antigüedad, sin fijar ni concretar ninguna clase de distinción ni límite.

– Jubilación forzosa

Respecto a la validez del convenio colectivo que establece la jubilación forzosa a los 65 años, la **STS de 5 de marzo de 2007**, u.d., I.L. J 314, recoge la doctrina ya consolidada según la cual hay que distinguir entre convenios suscritos durante la vigencia de la Disposición Adicional Décima del ET, y por ello habilitados para pactar edades de jubilación forzosa, y convenios suscritos con posterioridad y por ello no habilitados para pactar aquel tipo de jubilación, en cuyo caso la decisión extintiva estaría injustificada y por tanto devendría ilegal. En este planteamiento interfiere la Ley 14/2005, de 1 de julio, cuya Disposición Transitoria Única acordó la convalidación de las cláusulas de los convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley en las que se hubieran pactado jubilaciones forzosas. No obstante, el Tribunal Supremo ha entendido que la normativa aplicable, cuando el proceso ya hubiera sido iniciado, ha de ser la existente en el momento en que se generó la situación de “litispendencia”, ya que aplicar a dicha situación la norma nueva supondría tanto como modificar el objeto del proceso creando la consiguiente indefensión entre las partes.

b) Contenido de la prestación**a') Base reguladora**

– Cotizaciones efectuadas al Montepío Nacional del Servicio Doméstico

Sobre la determinación de si es o no posible computar las cotizaciones ingresadas en el extinguido Montepío Nacional del Servicio Doméstico, a efectos de incrementar el porcentaje aplicable a la base reguladora, para el cálculo de la pensión de jubilación reconocida en el Régimen General de la Seguridad Social, se pronuncia en sentido afirmativo la **STS de 27 de marzo de 2007**, u.d., I.L. J 372. La Sentencia, con base a la doctrina sentada en anteriores Sentencias, considera, como línea de principio, que si, en base a la Disposición Adicional Segunda, apartado 3.b), de la Orden de 18 de enero de 1967, las cotizaciones al Montepío de referencia se computan a efectos de lucrar la prestación del SOVI, no hay razón bastante para excluirlas en orden al cálculo de la pensión de jubilación del Régimen General. Más aun, como señala la Sentencia de la Sala de 7 de mayo de 1997, si se tiene en cuenta la naturaleza contributiva de la prestación de que se trata para ponerla en armonía con el principio de efecto útil de la cotización y con el de intercomunicabilidad de éstas en un adecuado sistema de Seguridad Social, así como con el principio garantizador de prestaciones sociales suficientes, establecido en el artículo 41 de la Constitución. Esta tesis favorable se fortalece con la Disposición Adicional Tercera del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, al establecer que las cotizaciones efectuadas al citado Montepío serán válidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones establecidas en dicho Decreto, sin que dicho precepto limite ese efecto única y exclusivamente al período de carencia. Por todo lo cual, se declara en la Sentencia que las cotizaciones ingresadas al Montepío Nacional del Servicio Doméstico deben ser computadas no sólo para completar el período mínimo de carencia, sino también para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la pensión de jubilación reconocida en el Régimen General de la Seguridad Social.

– Cotizaciones efectuadas por trabajadores migrantes a distintos países

Una cuestión que se plantea reiteradamente es la determinación de la base reguladora cuando se trata de trabajadores migrantes que han completado su carrera de seguro en varios países. En el supuesto planteado en la **STS de 30 de enero de 2007**, u.d., I.L. J 79, se trata de un trabajador que ha cotizado en España y en Holanda, caso en el que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, es de aplicación el Convenio Bilateral de Seguridad Social entre España y los Países Bajos de 5 de febrero de 1974. En dicho Convenio se realiza una remisión genérica al ordenamiento español de la Seguridad Social, en el cual, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias, y no a las mínimas o máximas, de un asegurado que trabaja en España. La segunda cuestión planteada se refiere a la bonificación de edad por embarques (que

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

se traduce en la asignación de un período de cotización ficticio compensatorio de dicha anticipación de la edad de jubilación), estableciendo la Sentencia que ésta debe tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión teórica española, aunque no para determinar la fracción a cargo de la Seguridad Social española. Respecto al cálculo de la *pro rata temporis*, se reitera la doctrina de la Sala que establece que cuando el artículo 46 del Reglamento 1408/71, en la redacción dada por el Reglamento 118/97, habla del período de seguro a tener en cuenta, hay que interpretarlo como requiere su artículo 1.r), es decir, toda la carrera de seguro del interesado y, por lo tanto, no como equivalente a período de cotización requerido para causar prestaciones.

b') Cuantía de la prestación

– Complemento por mínimos

La cuestión litigiosa planteada en relación con el complemento por mínimos en la **STS de 2 de abril de 2007**, u.d., I.L. J 511, es si la declaración del derecho sobre complemento por mínimos tiene autonomía propia como un derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social aunque subordinada a la existencia de otra prestación principal, como puede ser la de jubilación o viudedad. Es decir, se trata de determinar si tal supuesto está comprendido en el artículo 189.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral. La cuestión debe resolverse atendiendo a la naturaleza y finalidad esencial de los complementos a mínimos. Estos complementos son prestaciones de naturaleza complementaria, que tienen autonomía propia en cuanto han de ser reconocidos a favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras, que condicionan su concesión y permanencia por la concurrencia de ciertas circunstancias, con problemas específicos (absorción, incompatibilidad, fecha de efectos del reconocimiento y pérdida del derecho). Todo ello aproxima su régimen jurídico al de otras prestaciones y por ello concluye la Sentencia que tales prestaciones aunque complementarias tienen propia autonomía por lo que a las mismas resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 189.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral.

d) Derecho transitorio

– Incompatibilidad de la prestación de vejez del régimen SOVI

La cuestión planteada en la **STS de 7 de febrero de 2007**, u.d., I.L. J 121, se concreta en determinar si tiene derecho a percibir prestaciones del antiguo Seguro de Vejez e Invalidez (SOVI) un trabajador a quien le fue reconocido el derecho a percibir prestaciones por invalidez en el Régimen de Trabajadores Autónomos, pero éstas se hallan condicionadas a que abone unos períodos de cotización, y por tanto no le son abonadas. La Sentencia, interpretando el contenido de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS, declara que el derecho a percibir prestaciones del antiguo SOVI era residual y subsidiario por cuanto dicha previsión legal no permite percibir una pensión de aquel extinguido Seguro a quienes tuvieran derecho a causar derecho a prestaciones del nuevo Sistema. Sin embargo, a dicho carácter residual se le ha de dar una interpretación material (no formalista) consistente en entender que lo que se quiso establecer es la incompatibilidad

entre prestaciones reconocidas en el nuevo Sistema con pensiones SOVI. La aplicación de un criterio formal tendría como consecuencia, en el caso planteado, que el actor, teniendo derecho teórico a percibir prestaciones en los dos Sistemas, no percibiría ninguna prestación porque la reconocida no se le abona porque está condicionada al pago por su parte de unas cotizaciones. Debe aplicarse, por tanto, la interpretación material, según la cual tendría derecho a percibir la del SOVI en tanto en cuanto no pasara a percibir en realidad la del RETA.

e) Jubilación anticipada

–Prejubilaciones

Diversas sentencias, **SSTS de 14 de febrero de 2007**, u.d., I.L. J 113; **de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 203; **de 9 de febrero de 2007**, I.L. J 250; **de 26 de febrero de 2007**, I.L. J 301; **de 13 de marzo de 2007**, I.L. 319; **de 13 de marzo de 2007**, I.L. J 375; **de 30 de marzo de 2007**, I.L. J 440; **de 17 de abril de 2007**, I.L. J 554; **de 18 de abril de 2007**, I.L. J 558; **de 30 de abril de 2007**, I.L. J 565; **de 30 de abril de 2007**, I.L. J 604; **de 2 de abril de 2007**, I.L. J 626; **de 30 de abril de 2007**, I.L. J 702, se pronuncian sobre el plazo de prescripción extintiva de las reclamaciones relativas a las percepciones de los trabajadores en situaciones de prejubilación acordadas con la empresa. Conforme a reiterada doctrina unificada del Tribunal Supremo, se declara que el precepto aplicable es el artículo 59.2 ET puesto que la acción se ejercita para exigir percepciones económicas, con base al Acuerdo de prejubilación, que se concreta en la modificación de la cantidad asignada anualmente (mediante la integración de dos pagas extraordinarias) y en el abono de los atrasos correspondientes a dicha actualización. Se debe aplicar el artículo 59.2 ET, y la prescripción de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, cuya determinación ha de hacerse teniendo en cuenta que el devengo es mensual, puesto que el abono se hace por meses vencidos (vid. crónicas anteriores).

Nuevamente se plantea la cuestión de determinar cuál sea el coeficiente reductor aplicable en una pensión de jubilación anticipada, en donde el trabajador causó baja en virtud de expediente de regulación de empleo. La **STS de 17 de enero de 2007**, u.d., I.L. J 84, aplica la doctrina mantenida por la STS de 24 de octubre de 2006, u.d., I.L. J 1840/2006, que revisa el criterio mantenido anteriormente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30 de enero y 6 de febrero de 2006, y que establece el carácter involuntario de la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo como consecuencia de expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se establece en la citada Sentencia que, aunque en el marco de un expediente de regulación de empleo exista un acuerdo sobre prejubilaciones, el cese en el trabajo está dentro de las extinciones autorizadas en el expediente. Por ello, el contrato no se ha extinguido por la libre voluntad del trabajador sino por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido consta-

tada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado. De forma que la opción por la prejubilación es voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea. Si el trabajador no hubiese aceptado la prejubilación, él mismo u otro trabajador hubiese tenido que cesar para completar el número de extinciones autorizadas. En consecuencia procede el coeficiente reductor del 6% y no del 8%. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 17 de abril de 2007, u.d., I.L. J 553 y de 17 de abril de 2007, I.L. J 480.

– Condiciones de la jubilación anticipada

Declara la STS de 29 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 427, que no procede la jubilación anticipada para mayores de 60 años y menores de 65 establecida en la Disposición Adicional Tercera.1.2ª de la LGSS, puesto que la misma se establece a favor de quienes estuvieron afiliados al antiguo Mutualismo Laboral y los afiliados al Montepío del Servicio Doméstico. Como en el caso que se plantea en la citada Sentencia no estuvieron nunca incluidos en el antiguo Servicio del Mutualismo Laboral, y aunque existían previsiones legales sobre asimilación y éstas se produjeron en otras materias, nunca llegó a producirse dicha asimilación en relación con la edad de jubilación, por tanto, a aquellos antiguos trabajadores domésticos no les es de aplicación las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Tercera.1.2ª de la LGSS.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

En la STS de 26 de abril de 2007, u.d., I.L. J 530, la cuestión se centra en determinar si en la unidad económica de convivencia deben considerarse integrados únicamente los parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, o si también pueden considerarse integrados, y en qué medida y con qué consecuencias, a otros sujetos distintos. En concreto, en esta Sentencia se trata de determinar si debe considerarse o no como integrante de la unidad económica de convivencia la nuera del beneficiario. La Sentencia declara que la noción legal de “unidad económica de convivencia” es estricta, limitada a la que forman únicamente determinados parientes, que en lo esencial coinciden con los que tienen entre ellos obligación de alimentos (artículo 143 del Código Civil), ya que el artículo 144 de la LGSS dispone, en su número 4, que “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por los lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado”. Por lo tanto, la nuera no forma parte de dicha unidad económica de convivencia. Respecto al cómputo de los ingresos de la unidad familiar, habrá de excluirse la parte que corresponda a la nuera del beneficiario, teniendo en cuenta que, como ha declarado el Tribunal Supremo reiteradamente, la titularidad de los bienes gananciales pertenece conjuntamente a los cónyuges, que tienen una participación en todos y cada uno de los bienes que la integran, con lo que ha de imputarse a un cónyuge idealmente la mitad de los ingresos del otro cuando se discuta el nivel de renta de una unidad familiar en el que está integrado un cónyuge pero no el otro.

C) Gestión, financiación y pago

- Fecha de efectos de incremento por revisión

Siguiendo el criterio ya establecido reiteradamente por la jurisprudencia, las **SSTS de 31 de enero de 2007**, u.d., I.L. J 102; **de 31 de enero de 2007**, I.L. J 103, y **de 26 de febrero de 2007**, I.L. J 231 (esta última en un supuesto de error de la Entidad Gestora), declara que los efectos económicos de una pensión ya reconocida no se retrotraen a los tres meses anteriores a la petición deducida, sino que deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho con el límite de cinco años. Establece la sentencia citada que cuando se ha reconocido la procedencia del derecho a la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de modo que si después pretende y se consigue un aumento de la cuantía, los efectos de este incremento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento inicial del derecho con el límite de cinco años.

D) Previsión social voluntaria**a) Mejoras voluntarias**

Una importante cuestión es la que se plantea en la **STS de 20 de febrero de 2007**, u.d., I.L. J 192: si los trabajadores ostentan, o no, un derecho consolidado de previsión social complementaria que les permita movilizar aquellas dotaciones, aun a pesar de que el contrato se hubiera extinguido antes de producirse la contingencia atendida por la citada previsión. La Sentencia declara que si el sistema derivado del Convenio Colectivo aplicable (en este caso, el Convenio Colectivo de la Banca Privada) constituye una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social, ha de regirse por el artículo 192 de la LGSS, con arreglo al cual el único derecho que se garantiza a los trabajadores es el de percibir la prestación una vez acaecido el hecho causante de la misma. El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, al respecto, que carecen del derecho a percibir el complemento de pensión de jubilación quienes al cumplir la edad para lucrar la contingencia ya no se encuentran en activo, y ello aunque hubieran sido despedidos de manera improcedente en período inmediatamente anterior, pues a la fecha de la extinción de la relación laboral el demandante no era titular de un derecho adquirido o consolidado, sino de una mera expectativa que, de actualizarse, hubiera cristalizado en un derecho pleno. Por tanto, ni de la LGSS, ni de las normas del Convenio Colectivo, emana el derecho a rescatar o movilizar cantidad alguna. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 26 de febrero de 2007**, u.d., I.L. J 294.

Por otro lado, en la **STS de 26 de abril de 2007**, u.d., I.L. J 691, se plantea, si solicitado por el actor el rescate de provisión debidamente actualizado que la empresa había constituido para cumplir el Plan de Previsión de Futuro, cuál es el plazo de prescripción de dicho derecho. La Sentencia analiza si el aludido reintegro de los derechos consolidados debidamente actualizados del Fondo de Previsión tienen o no el carácter de materia de Seguridad Social complementaria, considerando que se trata de mejoras que se integran en la acción

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

protectora como mejora voluntaria de la Seguridad Social, estando por ello sometidas a los principios generales del sistema, salvo en aquellos aspectos específicos que se hubieran establecido en el título de su concesión y bajo esta perspectiva. La Sentencia diferencia este supuesto del contemplado en otras Sentencias del propio Tribunal Supremo, referidas a casos de prejubilación en el Banco Santander Central Hispano SA y a derechos consolidados reconocidos a trabajadores de La Caixa con facultad de movilización. Concluye la Sentencia que el plazo de prescripción aplicable en este supuesto no es el del artículo 59.2 del ET, sino el del artículo 43.1 de la LGSS, cuyo cómputo se ha de iniciar a partir de la fecha de la extinción de la relación laboral.

b) Planes de Pensiones

A diferencia del anterior supuesto, en la **STS de 19 de febrero de 2007**, u.d., I.L. J 299, declara el derecho de los trabajadores a la movilización, rescate o transferencia de los respectivos fondos sociales de pensiones constituidos en el Régimen de Previsión de los empleados de La Caixa, en el supuesto de despido de los trabajadores delcarado improcedente. Sobre la posibilidad de transaccionar sobre los derechos consolidados por los trabajadores en planes de pensiones, el Tribunal Supremo resolvió en su Sentencia de 27 de abril de 2006 que dichos derechos consolidados pueden ser objeto de transacción. Sin embargo, de los recibos de finiquito firmados por los trabajadores despedidos no puede deducirse que éstos fueran conscientes ni quisieran renunciar a reclamar lo que pudiera corresponderles en concepto de prestaciones complementarias de la Seguridad Social, ni derechos que derivaran del Régimen de Previsión de la Caja demandada.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

c') Incapacidad permanente total

La **STS de 18 de enero de 2007**, I.L. J 66, aplica la doctrina sobre silicosis por su paralelismo con la asbestosis, al objeto de declarar una IPT para la profesión habitual pese a que cesó en aquella y en la empresa años antes. El dilema surge en determinar si debe tomarse como profesión para la declaración de invalidez aquella en la que contrajo la enfermedad profesional o la que precedió en un año a la declaración de invalidez, actividad que ninguna relación guarda con la enfermedad del demandante. Al respecto, no existen criterios indubitados, y aunque la regla aplicable sería el artículo 11.2 de la OM de 15 de abril de 1969 (que habla de que ha de tenerse en cuenta la actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha se inicie la IT de la que se derive la invalidez), es evidente que esta norma reglamentaria “mal podría satisfacer la especial situación de unas enfermedades cuya aparición en el tiempo puede ser muy posterior a la fecha de prestación de los servicios que las originaron”. Por ello, en relación a la silicosis, se consagró la doctrina legal de que la fecha del diagnóstico de la enfermedad profesional de silicosis,

es “el momento que determina el cálculo de la cuantía de su pensión de acuerdo con los salarios que entonces perciben los que se encuentren en actividad laboral con la categoría y condiciones del declarado inválido”. Aunque dicha doctrina se refiere a la silicosis, pero en ella “se insiste en la especial naturaleza de esta patología, y en su carácter insidioso latente y larga evolución. Características predicables, con mayor fuerza aún, respecto a las asbestosis, enfermedad, cuyo conocimiento y valoración se produjo en fecha muy posterior a la silicosis”. Para evitar la desprotección en tales situaciones y dada la identidad en el problema, el TS extiende dicha doctrina a la asbestosis.

b) Requisitos del beneficiario

En relación al período de carencia para acceder a una IP, la **STS de 13 de marzo de 2007**, u.d., I.L. J 385, establece —en relación a efectos de completar el mismo— que no es computable como de cotización el período de baja médica sin percibo del subsidio. Ello en aplicación de la jurisprudencia recaída sobre al artículo 4.4º RD 1799/1985, de 2 de octubre (en la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional Séptima del RD 4/1998), que refiere la asimilación a días cotizados exclusivamente a la situación de IT o de prórroga de sus efectos, por lo que si la trabajadora no pudo llegar a percibir las prestaciones por IT, no puede decirse que estuviera en la situación prevista a los efectos de acogerse al beneficio previsto por aquella disposición, computando ficticiamente como cotizados los días que le faltasen para completar el tiempo máximo de duración de la incapacidad o de su prórroga a efectos del cómputo del período mínimo de cotización para causar el derecho a la prestación de IP.

En lo atinente al requisito de estar en alta o situación asimilada al alta para acceder a las prestaciones de IP, el TS se pronuncia sobre las situaciones en que la inscripción como demandante de empleo se produce por un corto período anterior a la solicitud de la declaración de la IP, existiendo un amplio intervalo de falta de inscripción anterior. Para el TS, en supuestos donde no se desprende dato o circunstancia alguna de donde pueda deducirse una racional dificultad para la inscripción en la Oficina de Empleo o inutilidad de la inscripción como demandante de empleo, no puede aplicarse la doctrina jurisprudencial flexibilizadora del requisito legal de inscripción (artículo 125.1 de la LGSS; artículo desarrollado por el 36 RD 84/1996). Por tanto, una situación del estilo no se estima como situación asimilada al alta, **STS de 4 de abril de 2007**, u.d., I.L. J 502.

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

En relación al incremento del 20% por edad (IPT cualificada), aunque no es una prestación independiente de la que corresponden por IPT, sino un complemento de la misma, lo cierto es que ese complemento tiene una cierta autonomía, con requisitos específicos de acceso al mismo que aproxima su régimen jurídico al que es propio de una prestación, y esa autonomía justifica un tratamiento similar al que el artículo 43.1 de la LGSS establece

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

para las prestaciones, de forma que debe ser aplicable la limitación que en relación con su abono establece dicho precepto. Así pues, el reconocimiento del incremento del 20% de la pensión sólo tendrá efectos desde los tres primeros meses anteriores a la solicitud (**STS de 12 de marzo de 2007**, u.d., I.L. J 317).

b') Base reguladora de las prestaciones

La **STS de 4 de abril de 2007**, u.d., I.L. J 529, ha declarado que en la IPA derivada de accidente no laboral, a efectos del cálculo de la base reguladora es inaplicable el artículo 140 de la LGSS. Dicho precepto no contempla expresamente este supuesto y no tiene aplicación analógica en la medida que existe una norma no derogada dedicada expresamente a la fijación de dicha base reguladora: el artículo 7 del Decreto 1646/1972 (al que remite el artículo 5.4 RD 1799/1985).

En relación a la base reguladora, interesa destacar la doctrina del TS sobre los supuestos de error en la fijación de la cuantía de la prestación por parte de la Entidad Gestora, señalando que en tales casos no juega el límite de los tres meses, que sólo es aplicable cuando se solicita el reconocimiento del derecho a la prestación, de manera que las cantidades derivadas de las diferencias en la prestación reconocida sí que están sometidas a prescripción, aplicándose el plazo general de cinco años del artículo 43.1 de la LGSS y no el de 4 años que prevé el artículo 45.3 de la LGSS para el reintegro de prestaciones [**STS de 12 de marzo de 2007**, u.d., I.L. J 317].

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

La **STS de 9 de abril de 2007**, u.d., I.L. J 525, aborda el tema de la responsabilidad empresarial de las prestaciones en supuestos de infracotización. Al respecto, el TS reitera su doctrina de que el artículo 126.2 de la LGSS establece la responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones en materia de cotización, cuyo incumplimiento no se circunscribe a la ausencia de cotización, sino que abarca también la cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida en que influya sobre el importe de una prestación. Se trata de una norma que no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. Así pues, en orden a la responsabilidad del empleador, es irrelevante que el incumplimiento no incida en el requisito de carencia necesario para que el trabajador causara el derecho, pero en la medida que sí incida en la cuantía de la pensión, no puede decirse que el incumplimiento empresarial no haya tenido trascendencia en la relación jurídica de protección, ya que ha repercutido directamente en el importe de la pensión a recibir por el beneficiario de Seguridad Social al incrementarse su base reguladora con las cantidades sobre las que se debió cotizar.

d) Dinámica de la protección

Resulta de interés la **STS de 16 de marzo de 2007**, u.d., I.L. J 414, donde se plantea el debate relativo a la sucesión de las prestaciones de IT e IPA, en concreto, la determinación

de la fecha del comienzo del pago de las prestaciones periódicas de una pensión de IPA cuando dicha pensión ha sido reconocida a un asegurado que permaneció un tiempo en situación de IT, pero con diagnóstico de imposibilidad de recuperación de la capacidad de trabajo, debido a la severidad de las lesiones sufridas (accidente vascular cerebral). La iniciación de las mensualidades de IP podría considerarse que debe comenzar desde la fecha del hecho causante, que es lo que reclama el asegurado, o bien en la fecha del alta hospitalaria, que es lo que ha resuelto en vía administrativa la entidad gestora. Haciendo una interpretación de los artículos 131bis.3 de la LGSS y del artículo 6.3 RD 1300/1995, el TS concluye que cuando una situación de IT sigue una situación de IPA, protegida con prestaciones periódicas de cuantía superior, “el comienzo del pago de estas últimas no se retrotrae hasta la fecha del hecho causante, sino hasta la fecha del agotamiento de la incapacidad temporal, es decir (...), hasta la fecha del alta médica, que en supuesto enjuiciado coincide con el alta hospitalaria”. Por razones de jerarquía normativa esta fecha del artículo 131bis de la LGSS prevalece en su caso sobre la de la resolución del Director provincial del INSS prevista en el artículo 6.3 RD 1300/1995. Así pues, se consolida más la doctrina de que el comienzo de la prestación de IPA ha de producirse en la fecha de finalización formal de la situación de IT, y no en la del hecho causante de la invalidez.

También interesa destacar el pronunciamiento vertido en la **STS de 17 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 658, donde se establece que cuando una resolución administrativa es denegatoria de la solicitud de invalidez, y se recurre judicialmente, dictándose resolución judicial reconociendo la IP, sin fijar en la misma plazo para su revisión, “nada impide que el INSS, fije el plazo de revisión, pues lo decidido judicialmente en nada afecta a la competencia del INSS, para más tarde hacerlo”; y “sin que ello suponga tampoco la circunstancia de que la sentencia judicial sea declarativa de incapacidad, interfiera en la competencia del INSS”. Así pues, “la decisión judicial se ha producido en un contexto de la revisión de un acto administrativo antijurídico, que supone un pronunciamiento parcial respecto al acto administrativo revisado, limitado a la existencia de una situación de incapacidad permanente y alcance del grado de incapacidad, y que por tanto, al no alcanzar o pronunciarse sobre el plazo de revisión, permite el acto administrativo posterior sobre dicho extremo, sin perjuicio del ulterior control judicial”.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La **STS de 12 de enero de 2007**, u.d., I.L. J 53, reitera la doctrina del TS en la que se considera que en la IPT la valoración se realiza en función de la profesión (que no del puesto o concreta categoría profesional), pues la única IP que exige un examen completo de toda la capacidad funcional y laboral de una persona es la IPA, el resto “exige un análisis concreto de unas determinadas lesiones en comparación con una determinada profesión”. Por ello, a “lo que no autoriza la ley es a comparar unas determinadas lesiones con las profesiones que pueda ejercitar en el futuro una persona, sino es con fines revisorios”. En esta declaración de incapacidad para una determinada profesión “no cabe extender sus efectos jurídicos a otras, en modo alguno analizadas a la hora de realizar esa calificación”. La compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

al desempeño de un trabajo distinto (ex artículo 141.1 de la LGSS; artículo 24.3 OM de 15 de abril de 1969 —precepto que se mantiene tras la vigencia del RD de 21 de junio de 1995). Así pues, “admitido por las partes que el demandante desarrolla ahora una profesión distinta y tareas diversas a aquella para la que fue declarado en situación de incapacidad permanente total, resulta innecesario analizar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para esa declaración también la inhabilitaban para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión, pues aunque ello ocurriese, estaríamos ante un supuesto de afectación de la capacidad que permitiría al empresario y trabajador mermar la retribución de los servicios prestados, pero nunca les obligaría a hacerlo y, desde luego, carece de incidencia en el derecho que la demandante tiene a cobrar la prestación que percibe por su imposibilidad de realizar las tareas básicas de una profesión distinta a la que ahora se desarrolla”. Esta doctrina también se reitera en la **STS de 6 de febrero de 2007**, u.d., I.L. J 134, añadiendo que cuestión distinta pudiera ser la ineptitud psico-física para el desempeño de otra profesión distinta de aquella a que se refiere la declaración de IPT y por las mismas deficiencias que la determinaron, en virtud de lo dispuesto en las normas sobre prevención de riesgos laborales, mediante aplicación de las mismas y con efecto no dirigido a la privación o suspensión del derecho a percibir la pensión de IPT.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

En relación con la exigencia de un período de cotización previo (artículo 174.1 de la LGSS), la doctrina del Tribunal Supremo es que los períodos de carencia incumplidos y prescritos no son computables como cotizados a efectos de completar el período de carencia (**STS de 4 de abril de 2007**, I.L. J 618); y es que el instituto de la prescripción, como ya vino a decir la doctrina del Alto Tribunal, en sí mismo, no viene establecido a favor del deudor ni del acreedor, pues su finalidad es la protección de la seguridad jurídica, que no puede quedar indefinidamente pendiente de la existencia o incumplimiento de obligaciones jurídicas concretas; por ello la inexigibilidad producida nunca puede equipararse al cumplimiento exacto de la obligación, y menos aun, a la satisfacción del derecho prescrito, es decir, que las cuotas no satisfechas, no pueden sumarse a las ingresadas efectivamente para cubrir un período de contribución al Sistema, del que depende el lucro de la prestación, pues como afirma, el período de carencia es determinante de la cobertura del sinalagma imprescindible en un Sistema de cobertura contributivo (sobre este particular, véase la STS de 19 de enero de 1998).

En relación con la denegación de la pensión de viudedad a la mujer casada por el rito gitano, la **STC 69/2007, de 16 de abril** (BOE de 23 de mayo), I.L. J 325, considera en su fundamento jurídico cuarto que no hay un trato discriminatorio por razones étnicas o raciales pues “debe desestimarse que el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbres gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, implique, directa o indirectamente, la aducida discriminación étnica. Siendo evidente que las formas confesionales reconocidas

legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, ello impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen un fundamento en consideraciones étnicas. Al margen de ello, además, no puede apreciarse tampoco una forma indirecta de discriminación de la étnica gitana a partir de la concurrencia de una concreta confesión religiosa identificada como mayoritaria o culturalmente predominante en dicha etnia, cuya forma de celebración matrimonial no cuente con reconocimiento legal”.

Debe destacarse que esta sentencia deja abierta la posibilidad (FJ 5º), a que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales, pero hasta que ese tratamiento legal no se produzca, no existe trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas.

En relación con el requisito de alta o de las situaciones asimiladas al alta para lucrar prestaciones del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y en su relación con las prestaciones por muerte y supervivencia, la **STS de 30 de enero de 2007**, I.L. J 52, reitera la doctrina unificada en la materia y que se concreta:

– La relación legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustiva (artículo 125.2 de la LGSS), debiendo considerarse integrada por las situaciones que se determinan reglamentariamente para los distintos sectores de la acción protectora.

– Según la normativa específica del RETA, se considera en situación asimilada al alta a los trabajadores que causen baja en este régimen especial, durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener otros beneficios de la acción protectora (artículo 29.1 del Decreto 2530/1970).

– Las prestaciones por muerte y supervivencia en el RETA han de ser reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General (Disposición Adicional Decimotercera del RD 9/1991).

– El paro involuntario que subsista después de agotadas las prestaciones de desempleo es situación asimilada al alta en el Régimen General y también, por obra de la remisión señalada en el punto anterior, en el Régimen de Autónomos (artículo 2.4 de la Orden de 13 de febrero de 1967). Sobre esta cuestión la sentencia citada considera que la inscripción como demandantes de empleo de un trabajador del RETA, supone, entre otros beneficios, la consideración de parados involuntarios a los efectos del requisito de situación asimilada al alta, sin que impida tal consideración que los trabajadores del RETA no tengan derecho a prestaciones por desempleo, y es que de forma acertada considera que desde

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

una interpretación finalista, es tal carencia de protección, lo verdaderamente relevante a efectos de la asimilación al alta prevista en la disposición reglamentaria.

Sobre las situaciones de interrupción de la inscripción en el servicio de desempleo, la jurisprudencia aplica la “doctrina flexibilizadora” (véase recientemente la **STS de 4 de abril de 2007**), de tal manera que se atenúa el requisito, especialmente en las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección, estimándose, en general, que si concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse cumplido. Ahora bien, estas circunstancias determinantes de la doctrina flexibilizadora deben quedar acreditadas.

D) Dinámica de la protección

La prestación de orfandad se reconoce con carácter general a los menores de dieciocho años y, sólo excepcionalmente, a los mayores de dicha edad, pero menores de 22 o incluso de 24 para el huérfano absoluto carentes de ingresos y, cuando el huérfano esté incapacitado para el trabajo en el grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Tal pensión se extingue, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, por contraer matrimonio. Este mandato no tiene excepción alguna, salvo que el huérfano estuviera afectado por incapacidad en uno de los grados antes señalados (excepción que es sólo de aplicación tras la reforma dada por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre); pues bien, la **STS de 30 de enero de 2007**, I.L. J 31, reitera la doctrina unificada sobre esta cuestión, y es que ante el fallecimiento del cónyuge, deniega la pensión de orfandad, pues el matrimonio no constituye causa de suspensión del derecho sino causa de extinción, sin que exista en nuestra normativa ninguna previsión sobre su rehabilitación o recuperación como consecuencia de la disolución de dicho matrimonio.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Organización.

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 1, 2, 3 y 4 de 2007. Ciertamente, el balance resulta un tanto pobre, pues únicamente cabe hacer mención a dos sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relacionadas con las actividades de las Mutuas.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ORGANIZACIÓN

En efecto, las dos sentencias que merecen ser destacadas abordan aspectos sobre el funcionamiento de las Mutuas y el control administrativo al que se encuentran sometidas.

De entrada, cabe mencionar la **STS de 12 de abril de 2007**, Sala Tercera, I.L. J 568, que estima parcialmente el recurso interpuesto por una Mutua, en concreto, en la parte en que se discutía el alcance del artículo 65.1 y 2 del Reglamento de colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social, aprobado por RD 1993/1995, de 7 de diciembre. En este punto, debe recordarse que el apartado primero del precepto señalado regula las provisiones y reservas que las Mutuas deben constituir obligatoriamente al final de cada ejercicio y con cargo a los resultados de su gestión —provisión para contingencias en tramitación; reserva de obligaciones inmediatas; reserva de estabilización—; por su parte, el apartado segundo concreta el alcance de la provisión para contingencias en tramitación, integrando en éstas el importe presunto de las prestaciones por invalidez, muerte y supervivencia que, habiéndose iniciado las actuaciones necesarias en orden a su concesión a los accidentados o a sus beneficiarios, se encuentren pendientes de reconocimiento al final del ejercicio correspondiente. Pues bien, así las cosas, frente al criterio de la administración y de la sentencia de instancia, la Mutua entendía que

no procedía considerar como prestaciones presuntas la diferencia entre las prestaciones reconocidas y las solicitadas cuando éstas hayan sido objeto de recurso o reclamación por los beneficiarios, bastando con que la Mutua provea sólo aquello que aconsejen los servicios médicos de la entidad.

La sentencia señalada comparte esta interpretación; en efecto, siguiendo otros pronunciamientos anteriores, el Tribunal Supremo recuerda que la provisión o reserva para contingencias en tramitación debe hacerse con criterios de racionalidad contable respecto a la cuantía y certeza de las previsiones, partiendo de la existencia de propuestas definitivas; así las cosas:

“Sólo cabe reconocer como prestaciones presuntas las que han sido objeto de reconocimiento por parte de la Administración, pero no otras que pudieran resultar de la eventual estimación posterior de un recurso jurisdiccional, no sólo cuando las prestaciones hayan sido denegadas, sino también cuando se trata de supuestos en que se solicita una prestación mayor. En tales casos las pretensiones legítimas de los recurrentes no suponen por sí mismas datos objetivos suficientes, por lo que no existiría certeza contable en unas provisiones realizadas para cubrir las estimaciones que fuesen consecuencia de la estimación de recursos jurisdiccionales.”

Por ello, el Tribunal llega a la conclusión de que no resulta posible obligar a dotar en el capítulo de contingencias en tramitación las cantidades superiores a las que hubieran sido reconocidas por la administración y, en consecuencia, anula la sentencia recurrida en este punto.

Por el contrario, los restantes motivos determinantes de la interposición del recurso —la pretensión de la Mutua de no asumir el coste de las consultas efectuadas y el asesoramiento profesional prestado a resultas de una situación suscitada por una empresa asociada a raíz de la absorción de ésta por otra no asociada al considerar la recurrente que encajarían en la categoría “Gestión de la entidad” y, en consecuencia, imputables a la Seguridad Social; la legalidad del cobro a los mutualistas del régimen agrario de los denominados derechos de registro; las discrepancias sobre la aplicación del criterio del devengo en la contabilidad efectuada— no prosperan. Los dos primeros por razón de la cuantía —aunque en el caso de la consideración de los gastos derivados de las consultas y asesoramiento profesional, el Tribunal anticipa que no son gastos asumibles por la Seguridad Social—; en cuanto a la pretensión de no aplicar el criterio del devengo, se desestima pues:

“Sin perjuicio del resultado definitivo de los recursos en los que se disiente su implantación, lo cierto es que su aplicabilidad es indiscutible siquiera sea por el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos que determina la ejecutabilidad de los mismos.”

Por su parte, y sin abandonar el mundo de las auditorías contables realizadas a las Mutuas, la STS de 7 de mayo de 2007, Sala Tercera, I.L. J 569, plantea la cuestión del tratamiento

XI. Administración Laboral

contable que debe darse a los complementos de pensiones satisfechos que superan el límite establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en concreto, la corrección o no de imputar unos complementos, que la Mutua viene haciendo efectivo a su personal pasivo, con base en las obligaciones sociales derivadas del convenio colectivo aplicable y de un pacto con el Comité de Empresa, al capítulo de gastos de dotaciones de la Seguridad Social.

El centro del debate se encuentra en determinar si tales complementos tienen la naturaleza de salarios diferidos —como sostiene la Mutua, lo que determinaría la improcedencia de efectuar reintegro alguno a la Seguridad Social— o se trata de pensiones públicas —por tanto sometidas a las limitaciones derivadas de las leyes de presupuestos, de manera que, el exceso sobre lo presupuestado es un gasto indebidamente soportado por la Mutua que no puede repercutirse a la Seguridad Social—. Pues bien, recogiendo la postura de sentencias anteriores, el Tribunal Supremo afirma que sería un formalismo extremo considerar que los complementos de pensión no formen parte de la pensión misma; en consecuencia, quedan sujetos al tope presupuestario y no puede prosperar la pretensión de deducida. Con todo, el Tribunal asume que en algún caso los complementos puedan ser considerados como salarios diferidos; así sucede, cuando proceden de un fondo privado constituido por la propia Mutua en el pasado para afrontar los gastos de acción social y salarios del personal, lo que no sucede en este caso, pues los complementos se habían financiado con fondos públicos con cargo al Presupuesto de Gastos y Dotaciones de la Seguridad Social.

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) Conflicto intrasindical. Sindicato de funcionarios públicos. B) Selección de personal en sociedades públicas. C) Existencia de relación laboral. Subagentes de seguros. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Conflicto colectivo. Interpretación del Acuerdo Regulador de Condiciones de Trabajo del Personal del Servicio Vasco de Salud. B) Personal estatutario de la Seguridad Social. C) Relación ya extinguida con la Administración. Acción que pretende la declaración laboral de dicha relación. D) Inexistencia de relación laboral. Accionista y administrador solidario. **4. Conciliación extrajudicial y reclamación previa.** A) Presentación extemporánea de la papeleta de conciliación. B) Imposibilidad de alegar en el acto de juicio la excepción de prescripción no opuesta en la contestación a la reclamación previa. **5. Demanda. Subsanación. 6. Acumulación. Acciones. 7. Excepciones.** A) Falta de acción. B) Inadecuación de procedimiento. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Litispendencia. E) Cosa juzgada. F) Falta de legitimación activa. G) Caducidad. H) Prescripción. **8. Práctica de la prueba.** A) Denegación. a) Prueba testifical. b) Prueba pericial. B) Carga de la prueba. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Inexistencia. b) Existencia. B) Motivación. **10. Despido. Salarios de tramitación. Descuento de lo percibido en otro empleo por períodos trabajados. 11. Recurso de suplicación.** A) Afectación general. B) Resoluciones recurribles. a) Autos. b) Cuantía litigiosa. c) Categorías profesionales. d) Seguridad Social. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Contradicción. a) Sobre cosa juzgada. b) Firmeza de la sentencia de contraste. c) Sobre competencia material. d) Falta de contradicción. C) Escrito de preparación. D) Escrito de interposición. Fundamentación. E) Cuantía litigiosa. **13. Recurso de revisión. Prejudicialidad penal. 14. Recurso de amparo. Agotamiento previo de la vía judicial. 15. Ejecución de sentencia. 16. Costas.**

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 1 a 4 (ambos inclusive) del año 2007 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Conflicto intrasindical. Sindicato de funcionarios públicos

La STS de 18 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 50, declara la competencia del orden social para conocer de la demanda de impugnación de las actas y acuerdos de un sindicato de funcionarios, planteada por su propios integrantes. Reitera aquí el Alto Tribunal su propia doctrina en la materia: cuando la LPL atribuye al orden social de la jurisdicción el conocimiento de los litigios que se planteen en materia de régimen jurídico de los sindicatos en lo relativo a su funcionamiento interno y relaciones con los afiliados, lo hace sin distinguir entre sindicatos de trabajadores y funcionarios. El TS se cuida en distinguir este tipo de conflictos de aquéllos en los que se analiza una posible vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato, como consecuencia de decisiones de la Administración Pública, litigios para los que sí es competente el orden contencioso-administrativo.

B) Selección de personal en sociedades públicas

La STS de 7 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 123, conoce de la impugnación de un acuerdo adoptado por un tribunal de selección de una sociedad de capital público —con la condición jurídica de sociedad anónima y sometida al derecho privado—. Siguiendo su doctrina previa, el TS reitera la competencia del orden social para conocer del litigio, puesto que, aun cuando en los sistemas de selección de personal la sociedad demandada haya de ajustarse a los principios de mérito y capacidad, por su función híbrida de ente público y sociedad privada, al estar configurada como una entidad sometida al derecho privado, quedan sujetas al control de dicho orden sus decisiones en materia de selección.

C) Existencia de relación laboral. Subagentes de seguros

La STS de 6 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 265, reitera la tradicional doctrina que impone la necesidad de examinar las circunstancias concurrentes en cada relación de subagencia a fin de determinar la naturaleza civil o laboral de ésta, y entiende que la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados no definía por sí misma esa naturaleza. En el supuesto sometido a revisión en este caso, el TS concluye la existencia de relación laboral al seguir el subagente de manera habitual el mismo horario, acudir diariamente al local de la agencia, contactar con los clientes incluidos en el listín telefónico facilitado por la agencia, siendo ésta igualmente la que facilita los medios materiales

XII. El Proceso Laboral

necesarios para el desarrollo de la actividad. Para el Tribunal, el dato de que el trabajador percibiera una retribución en forma de comisiones, las cuales había de devolver en caso de que la operación no tuviera éxito es irrelevante, puesto que no puede entenderse que tal cláusula suponga atribuir al trabajador una auténtica responsabilidad del buen fin de las operaciones, que no se extiende a los riesgos o gastos efectivamente ocasionados por la operación fallida.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Conflicto colectivo. Interpretación del Acuerdo Regulador de Condiciones de Trabajo del Personal del Servicio Vasco de Salud

En la STS de 22 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 60, se declara la incompetencia del orden social para conocer de un conflicto colectivo de interpretación del Acuerdo Regulador de Condiciones de Trabajo del Personal del Servicio Vasco de Salud, al tratarse de una norma que pertenece al ordenamiento jurídico administrativo y que sólo es aplicable al personal con la condición de funcionario. Este criterio sería igualmente aplicable, según el Alto Tribunal, aun cuando el Acuerdo en cuestión previera su aplicación al personal laboral, si bien advierte de que los conflictos individuales o plurales que puedan surgir en relación con dicho personal por aplicación del Acuerdo de forma indirecta deben sustanciarse ante el orden social.

B) Personal estatutario de la Seguridad Social

El Tribunal Supremo, en sus SSTs de 23 y 30 de enero y de 5 y 15 de febrero de 2007, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 27, 11, 130 y 133, entre otras, recuerda —confirmando su doctrina anterior— que, tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, y la declaración de la naturaleza funcionarial especial de la relación del personal que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las CCAA o de la Administración General del Estado (antes denominado estatutario), los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo son los competentes para el conocimiento de los litigios entre dicho personal y los respectivos servicios de salud.

C) Relación ya extinguida con la Administración. Acción que pretende la declaración laboral de dicha relación

De acuerdo con la doctrina contenida en la STS de 19 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 448, el orden social de la jurisdicción no es competente para conocer de la demanda planteada por quien mantuvo una relación ya extinguida con la Administración Pública y pretende que tal relación sea declarada laboral. En el supuesto sometido al examen del Tribunal Supremo, el demandante pretendía tal declaración a fin de que la existencia de una previa relación laboral fuera tenida en consideración en un nuevo concurso para el acceso a determinados puestos de trabajo de la Administración Pública, dato que, a juicio del Alto Tribunal, debe alegarse y acreditarse en el correspondiente procedimiento administrativo que, en su caso, dará origen a una controversia que habrá de ser resuelta por el

orden contencioso-administrativo. En idénticos términos se pronuncia la STS de 24 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 668.

D) Inexistencia de relación laboral. Accionista y administrador solidario

Revocando la sentencia de instancia, la STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007, I.L. J 583, declara la inexistencia de relación laboral y, en consecuencia, la incompetencia del orden social para conocer de la demanda por despido, en el que caso de quien era titular del 33% del capital social y administrador solidario de la sociedad mercantil demandada, pese a haber un período posterior en el que la demandante vio revocado su cargo como administradora y seguía dada de alta, puesto que al estar la demandante en situación de IT en dicho período no hubo prestación de servicios, ni, por tanto, podía existir relación laboral.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y RECLAMACIÓN PREVIA

A) Presentación extemporánea de la papeleta de conciliación

En la STS de 16 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 37, el Tribunal Supremo declara la caducidad de la acción de despido en un supuesto en el que la papeleta de conciliación fue presentada al día siguiente del vencimiento del plazo de caducidad de 20 días hábiles. Aun cuando el Alto Tribunal reitera su ya conocida doctrina sobre la inhabilidad de los sábados (en este sentido, también, STS de 25 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 29) a efectos del cómputo del plazo del artículo 59.3. ET, declara que el trámite de conciliación es un trámite administrativo al que no resulta de aplicación el artículo 135.1. LEC, que posibilita la presentación de escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento del plazo.

B) Imposibilidad de alegar en el acto del juicio la excepción de prescripción no opuesta en la contestación a la reclamación previa

Invocando su previa doctrina al respecto, el Tribunal Supremo recuerda en la STS de 17 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 621, que no es posible para la Administración alegar en juicio la excepción de prescripción no opuesta previamente en la contestación a la reclamación previa. Lo contrario supondría quebrantar el principio de congruencia, pues la introducción de esta excepción por primera vez en el acto del juicio es sorpresiva para el actor y le causa indefensión, al no poder preparar debidamente su defensa.

5. DEMANDA. SUBSANACIÓN

La STC 123/2007, de 21 de mayo (recurso de amparo 563/2005), I.L. J 585, considera desproporcionado el archivo de una demanda por despido como consecuencia de no ha-

berse subsanado en forma. En el caso analizado, la parte subsanó la demanda a través de testimonio de la certificación del acto de conciliación que obraba en otro juzgado y no a través del documento original.

6. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La STS de 25 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 154, establece que en caso de acumulación de demandas por extinción contractual basada en el artículo 50 ET y por despido, cuando se presente primero la demanda por extinción, siendo su causa también anterior a la del despido, deberá resolverse primero ésta, teniendo derecho los trabajadores tanto a la indemnización legal como a los salarios de tramitación.

7. EXCEPCIONES

A) Falta de acción

En el proceso social no pueden plantearse cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, como lo es si la parte actora tendrá derecho en el futuro a mantener su empleo pese al cumplimiento de la edad de 65 años. Por ello, la STS de 6 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 305, declara que la parte actora carece de acción.

B) Inadecuación de procedimiento

La STS de 22 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 96, declara que el impago de la indemnización por despido improcedente reconocida como adeudada por la empresa no ha de canalizarse a través del procedimiento por despido, sino que es el procedimiento ordinario el adecuado. De otro lado, la STS de 14 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 437, ante el trato diferenciado que tuvo lugar en el ámbito de un proceso de elección en el seno de un sindicato, estima adecuado el procedimiento de tutela de derechos fundamentales ya que, aunque la pretensión pudiera ser excluida del ámbito de protección del derecho de libertad sindical al tratarse de una elección dentro del seno del sindicato, sí se había vulnerado en este caso el principio de igualdad. La modalidad procesal de clasificación profesional debe utilizarse exclusivamente cuando las reclamaciones de categoría profesional estén fundadas en el desempeño de actividades de categoría superior, en la que son determinantes los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado; por el contrario, se han de encauzar por la vía del proceso ordinario las reclamaciones en las que la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de la normativa convencional reguladora de la clasificación. Ésta es la conclusión de las SSTs de 18 de enero de 2007 y de 27 de marzo de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 141 y 418.

C) Litisconsorcio pasivo necesario

La STS de 2 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J432, establece que los órganos jurisdiccionales pueden y deben examinar de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, no la aprecian respecto de la empresa en el caso analizado, en el que se plantea demanda contra el INSS en relación al porcentaje aplicable para calcular la

pensión de jubilación, a la que tenía derecho el trabajador tras el acuerdo de prejubilación ofrecido por la empresa y que libremente había aceptado el demandante.

D) Litispendencia

La STS de 17 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 474, declara que no cabe apreciar litispendencia cuando se ha interpuesto una reclamación de despido, estando en curso una demanda en la que se solicita la mera declaración de fijeza o carácter indefinido de una relación individual de trabajo. La litispendencia requiere una identidad subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos, pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la acumulación de ambos procesos.

E) Cosa juzgada

La STS de 16 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 41, recuerda que la sentencia firme en procesos de conflicto colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto. Por su parte, la STS de 28 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 258, reitera que el efecto positivo de la cosa juzgada consiste en no poder decidirse en otro proceso un punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en otro proceso precedente; es decir, no impide que se dicte sentencia en el segundo procedimiento, pero vincula al tribunal del proceso posterior. En relación con el efecto negativo de la cosa juzgada material, la STS de 9 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 398, declara que éste exige que entre los dos procesos exista plena identidad de objeto, mientras que para la eficacia positiva de la cosa juzgada basta con una especial conexión entre los objetos procesales. Finalmente, la STS de 28 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 670, aprecia existencia de cosa juzgada, señalando que es intrascendente que la parte recurrente no hubiera sido parte en el proceso de conflicto colectivo respecto del cual recayó la sentencia que produce el efecto de cosa juzgada.

F) Falta de legitimación activa

La STC 25/2007, de 12 de marzo, I.L. J 268, declara que en relación con la legitimación activa de las asociaciones se ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo, en orden a impugnar actos o disposiciones administrativas, que exista un interés profesional o económico. Por otra parte, la STS de 7 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 280, declara que la fuerza expansiva de la sentencia declarando la nulidad de la resolución administrativa previa, que había habilitado a la empresa para extinguir la relación laboral que le unía a todos sus trabajadores, legitima a cualquiera de los trabajadores para pedir el reingreso en la empresa y para demandar por despido al empleador ante la falta de readmisión, aunque no hubiera impugnado la resolución que autorizó la extinción de los contratos. La STS de 2 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 363, declara la falta de legitimidad activa, reconocida a terceros para impugnar un convenio colectivo por lesividad, a

la empresa integrada en el ámbito funcional del convenio colectivo; esta empresa no puede considerarse tercero según lo dispuesto por la LPL, no siendo relevante que no hubiera participado en las negociaciones del convenio; por otra parte, la misma sentencia reconoce legitimidad a la asociación empresarial que se constituyó después de la negociación y del inicio del proceso, pero que tenía plena capacidad de obrar en el acto del juicio.

G) Caducidad

A los efectos de computar los 20 días hábiles del plazo de caducidad de la demanda por despido, la **STS de 25 de enero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 29, declara que los sábados entre el despido y la presentación de la demanda son inhábiles. La **STS de 16 de enero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 37, declara la no aplicación del artículo 135.1 LEC —según el cual cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, dicha presentación podrá realizarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente— en un supuesto de presentación extemporánea de una papeleta de conciliación, por ser éste un trámite administrativo. La **STS de 26 de marzo de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 446, establece que la superación del plazo máximo de 135 días en los expedientes administrativos de recargo de prestaciones no tiene como efecto la caducidad del expediente, sino de silencio administrativo negativo, por lo que el trabajador afectado puede instar la vía judicial.

H) Prescripción

La **STS de 12 de febrero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 128, establece que el día inicial del plazo de prescripción de cinco años para solicitar el recargo de prestaciones es el de la fecha en que finalizó por resolución firme el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones. Para la impugnación de convenio colectivo no es aplicable el plazo de prescripción establecido en el artículo 59 ET a efectos del plazo de la acción, pudiendo ejercitarse durante todo el período de vigencia del convenio; así lo ha entendido la **STS de 6 de marzo de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 288. De otro lado, la **STS de 21 de marzo de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 377, establece que la interrupción de la prescripción de una reclamación de cantidad frente al empresario surte efectos frente al Fogasa en su condición de posible responsable subsidiario. El día inicial del plazo de prescripción de ciertas cantidades resultantes de un proceso de racionalización del sistema retributivo y de clasificación profesional, y que fueron entregadas “a cuenta” a los trabajadores fijos, es aquel en el que las cantidades pasaron a ser definitivas o consolidadas, según razona la **STS de 14 de marzo de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 593. El Tribunal Supremo, en la **STS de 17 de abril de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 621, declara que la excepción material de prescripción necesita de expresa alegación para que pueda ser apreciada, por lo que su falta de alegación al resolver la reclamación previa en vía administrativa impide su alegación en el seno del proceso. La **STS de 26 de abril de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 691, establece que el plazo de prescripción para reclamar el rescate de los derechos consolidados en un Fondo de Previsión es el aplicable a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, es decir, 5 años desde la extinción de la relación laboral. Finalmente, la **STS de 30 de abril de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 702, establece que las cantidades mensuales pactadas en el marco de un acuerdo de prejubilación prescriben al año desde que la acción pudo ejercitarse, respecto de cada mensualidad.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Denegación

a) Prueba testifical

En un supuesto en el que el demandante solicitó en tiempo y forma una prueba testifical que le fue denegada, por no considerar el juzgado de instancia la suficiente credibilidad de los testigos propuestos, la **STC 23/2007, de 12 de febrero**, (recurso de amparo 7733/2003), I.L. J 106, declara que se ha vulnerado el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes. Llega a dicha conclusión el TC por cuanto: (i) en el caso enjuiciado el interrogatorio de los testigos no puede considerarse ajeno al *thema decidendi* y (ii) el juez de instancia realizó una previa valoración de la prueba prejuzgando el resultado y su influencia en la decisión, sin dar siquiera la posibilidad a las partes de manifestar duda alguna.

b) Prueba pericial

La **STS de 7 de febrero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 196, razona sobre si la denegación de una prueba pericial médica (a emitir por médico forense y a cargo del Estado) vulnera el derecho fundamental establecido en el artículo 24 CE. Concluye el TS que no existe tal vulneración, pues la parte actora no señaló cuál era el objeto de dicha prueba (lo que requiere el artículo 283 LEC), no siendo además obligación del juzgador reclamar dicha diligencia, sino una mera posibilidad establecida en el artículo 93.2 LPL.

B) Carga de la prueba

En un supuesto de despido disciplinario, la **STSJ de Valencia de 12 de enero de 2007**, I.L. J 572, declara con rotundidad que correspondía a la empresa la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta, pues de dicha prueba depende el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda. Por el contrario, de conformidad con el artículo 217 LEC (con relación a los artículos 26.1 y 35 ET) corresponde al trabajador demandante acreditar el devengo del salario y las horas extraordinarias pretendidas frente al empresario, según declara la **STSJ de Cantabria de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 642.

9. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Inexistencia

La **STSJ de Valencia de 3 de abril de 2007**, I.L. J 650, declara que no se produjo incongruencia en un supuesto incoado por movilidad geográfica y reconducido al ordinario.

b) Existencia

La STC 135/2007, de 4 de junio (recurso de amparo 6329/2004), I.L. J 675, estima el amparo y declara la existencia de incongruencia omisiva en la sentencia de suplicación dictada, por cuanto no puede afirmarse con rotundidad que el silencio judicial de la misma sobre las pretensiones formuladas constituyan una desestimación tácita. También la STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007, I.L. J 577, declara la existencia de incongruencia porque la sentencia de instancia deja imprejuizada no sólo la alegación sustancial, sino la propia pretensión del Sindicato actuante.

B) Motivación

“(…) La sentencia se encuentra bien construida y suficientemente justificada en cuanto a la valoración de la prueba. Lo que no puede pretender la parte es que en un asunto como el que nos ocupa en que la valoración de la prueba en su conjunto es determinante el juez explique de dónde extrae cada afirmación (…).”

Éste es el razonamiento de la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2007, I.L. J 635, que desestima la pretensión de nulidad de la sentencia por falta de motivación.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN. DESCUENTO DE LO PERCIBIDO EN OTRO EMPLEO POR PERÍODOS TRABAJADOS

La STS de 18 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 486, analiza un supuesto en el que, durante un proceso por despido, el trabajador despedido improcedentemente encuentra nuevo empleo con salario superior al percibido en la empresa demandada, si bien dicha mayor retribución comenzó a percibirse 58 días después de la fecha de despido. La demandada pretendía compensar el pago de dichos salarios con las cantidades totales percibidas en el nuevo empleo. Sin embargo, el TS concluye que sólo cabe descuento por períodos trabajados, de forma que la empresa adeudará en concepto de salarios de tramitación aquellos que correspondan al período anterior al nuevo empleo. Razona el TS que

“(…) Entender lo contrario, nos llevaría al absurdo de que la empresa que ha despedido ilícitamente al trabajador (...) pueda verse beneficiada en el descuento cuando la retribución percibida por el trabajador en el nuevo empleo es superior a la que percibía en la empresa que le despidió ilícitamente y es responsable de su abono; y el espíritu de la norma, como queda dicho, no es otro que el de resarcir al trabajador despedido de los salarios correspondientes al período no percibido y no trabajado en otra empresa.”

11. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Afectación general

La STS de 17 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 84, establece que la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las características

intrínsecas de la cuestión objeto de debate, implicando la existencia de una situación generalizada de conflicto donde se discuten criterios uniformes para resolver actos de masa. En esta misma línea, la **STS de 30 de enero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 97, establece que el contenido de generalidad se ha de contemplar si no ha sido puesto en duda por las partes, se evidencia en la demanda y contestación, se formula en juicio e, incluso, consta que la misma cuestión se ha manifestado por otros trabajadores de la empresa en momentos anteriores. Por último, la **STS de 29 de marzo de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 340, siguiendo la vigente doctrina unificada, resume que no es necesaria la alegación y prueba de la afectación general en los casos en los que la cuestión debatida posea claramente un contenido de generalidad, no puesto en duda por ninguna de las partes.

B) Resoluciones recurribles

a) Autos

La **STSJ de Cantabria de 7 de marzo de 2007**, I.L. J 644, haciéndose eco de la doctrina unificada, reafirma que son recurribles en suplicación los autos resolutorios de incidentes declarativos surgidos en el ámbito del proceso de ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189.2 LPL.

b) Cuantía litigiosa

La **STS de 31 de enero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 148, estima que cuando se trata de cuestiones declarativas o de condena no dineraria, para determinar la procedencia o no del recurso en función de la cuantía, hay que estimar el valor económico del pleito, es decir, los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración, recurriendo si es preciso a la técnica de la “anualización” del importe. La **STS de 27 de febrero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 168, en el caso de una persona que es sancionada con la pérdida de una mensualidad de la prestación de desempleo (cuya cuantía no alcanza el límite mínimo de 1.803 euros), determina que no se pueden añadir, a la cuantía de dicha mensualidad, el coste de los perjuicios colaterales de tal sanción, toda vez que tales perjuicios no se han concretado ni probado.

c) Categorías profesionales

La **STS de 24 de abril de 2007**, Sala Curata, I.L. J 597, estima que es recurrible en suplicación una sentencia dictada en un procedimiento sobre interpretación de una nueva ordenación de categorías aplicada por la empresa, al no tratarse de un procedimiento sobre clasificación profesional, ya que la pretensión no estaba fundada en el desempeño de actividades de categoría superior. En este mismo sentido se pronuncia la **STS de 30 de abril de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 703.

d) Seguridad Social

La STS de 2 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 511, determina que es recurrible en suplicación una reclamación de complementos de prestación de la Seguridad Social, aunque la cuantía no alcance 1.803 euros, toda vez que el complemento tiene autonomía propia como un derecho a obtener prestaciones, y tal supuesto está comprendido en el artículo 189.1.c) LPL.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La STS de 20 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 192, reitera que carecen de contenido casacional los recursos interpuestos contra sentencias que sean coincidentes con la doctrina de esta Sala del TS. En este mismo sentido se pronuncian las SSTs de 13 y 26 de febrero de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 208 y 294. La STS de 24 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 501, desestima un recurso por su falta de contenido casacional por entender que el objetivo perseguido por el recurrente es un pronunciamiento que, entrando en el análisis de los hechos probados de la sentencia, declare que los mismos son insuficientes en orden a la inclusión de la definición propuesta por la recurrente en suplicación, estando esta tarea atribuida exclusivamente a la Sala de Suplicación. La STS de 26 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 600, reiterando la doctrina en la materia, indica la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina respecto de la calificación de conductas en materia de despido disciplinario, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de las circunstancias variables que no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico. La STS de 19 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 369, siguiendo reiterada doctrina del TS, establece que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer la identidad el alcance de la invalidez, como por tratarse de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa general.

B) Contradicción

a) Sobre cosa juzgada

La STS de 20 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 700, determina que no concurre el requisito de contradicción puesto que, aunque las sentencias contrastadas contienen pronunciamientos diferentes sobre la interpretación de la cosa juzgada positiva, en una de ellas el TSJ resuelve sobre tal cuestión de oficio sin que se haya producido el debate sobre la cosa juzgada en instancia, mientras que en la otra resuelve la cuestión que ya ha sido debatida entre las partes en la instancia.

b) Firmeza de la sentencia de contraste

La STS de 1 de febrero de 2007, I.L. J 135, indica que la sentencia de contraste no puede ser admitida para acreditar la contradicción porque no era firme en el momento de publicación de la sentencia recurrida. En este mismo sentido, la STS de 15 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 256.

c) Sobre competencia material

La STS de 25 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 22, sostiene que para que el recurrente pueda argumentar la incompetencia del orden social sobre una materia como objeto de este recurso, es requisito previo e inexcusable una sentencia previa sobre la misma materia y conclusión contradictoria a la recurrida.

d) Falta de contradicción

La STS de 15 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 86, afirma que el requisito de la contradicción de sentencias que regula el artículo 217 LPL exige, en un caso de despido por falta de subrogación, que las resoluciones que se comparen se refieran a casos en los que se aplica la misma normativa convencional en materia de subrogación. La STS de 16 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 78, declara que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas sino de una oposición de pronunciamientos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, impidiendo por tanto comparar dos sentencias sobre despidos con causas diferentes. La STS de 30 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 76, estima que en casos de accidente de trabajo (recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad) la contradicción de sentencias requiere: (i) igualdad de acciones con los mismos fundamentos y estructuras e (ii) igualdad de circunstancias: empresas de la misma actividad, actividad de los trabajadores, locales y riesgos. La STS de 13 de marzo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 380, establece la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste porque, aunque los razonamientos son iguales y las resoluciones distintas, se basan en factores de hechos diferentes.

C) Escrito de preparación

La STS de 17 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 57, determina que el escrito de preparación sólo debe contener exposición sucinta de los requisitos exigidos; por ello sólo debe establecer el núcleo de la contradicción y nominar las sentencias en las que se basa, sin individualizar ni fundamentar la infracción.

D) Escrito de interposición. Fundamentación

La STS de 31 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 77, interpreta que la necesidad de fundamentar la infracción no se cumple con la mera cita de preceptos vulnerados sino que requiere razones que sirvan de engarce lógico entre la norma y la obligada pretensión del

recurrente. La **STS de 28 de febrero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 235, contempla la necesidad de que el escrito de interposición contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, estableciendo la identidad de los supuestos y una argumentación sobre la misma. En este mismo sentido la **STS de 1 de marzo de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 338. Asimismo, la **STS de 19 de febrero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 242, establece el requisito de alegar de forma clara y expresa la concreta infracción legal que se denuncia. La **STS de 18 de abril de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 547, estima que no hay suficiente fundamentación de la infracción legal con sólo indicar los preceptos que se entienden aplicables, sino que se requiere razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción objeto de denuncia.

E) Cuantía litigiosa

La **STS de 14 de febrero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 161, ante un recurso que solicita la incompetencia funcional sin sentencia contradictoria, establece que a pesar de ser una cuestión de orden público procesal, el Tribunal no puede resolver sin conocer los antecedentes derivados de otra sentencia contradictoria; sin embargo sí se pronuncia sobre la cuantía de la cuestión y la no afectación general a efectos de decidir que la sentencia de instancia no era recurrible en duplicación sin necesidad de sentencia contradictoria.

13. RECURSO DE REVISIÓN. PREJUDICIALIDAD PENAL

La **STS de 7 de febrero de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 157, determina que la contradicción entre resoluciones penales y la sentencia firme laboral, para que se produzcan los efectos de prejudicialidad, debe afectar al hecho en sí y a su existencia, así como a la conducta participativa del sujeto, pues ambos órdenes jurisdiccionales contemplan y valoran los hechos desde distintas perspectivas.

14. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA JUDICIAL

La **STC 8/2007, de 15 de enero** (recurso de amparo 4014/2004), I.L. J 10, inadmite el amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. En el caso analizado, el recurso de casación para la unificación de doctrina que hubiera agotada esa vía judicial se interpuso sin cumplir los requisitos procesales establecidos —por causa imputable al propio demandante—, lo que equivale a su no utilización al no haberse dado al TS la posibilidad de entrar en su conocimiento y resolución. Por su parte, la **STC 17/2007, de 12 de febrero** (recurso de amparo 2192/2003), I.L. J 104, insiste en que la no interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina no puede suponer una falta de agotamiento de la vía judicial previa a los efectos de inadmitir el amparo, cuando la parte que pretende hacer valer esa argumentación no acredita la posibilidad de haber acudido a dicho recurso extraordinario en el supuesto concreto. En el mismo sentido se pronuncia la **STC 41/2007, de 26 de febrero** (recurso de amparo 1685/2004), I.L. J 187. En la misma materia, la **STC 23/2007, de 12 de febrero** (recurso de amparo 7733/2003), I.L. J 106, razona sobre la exigencia de interponer el incidente de nulidad de actuaciones

previsto en el artículo 241 LOPJ al alegarse incongruencia omisiva en la resolución administrativa objeto de impugnación. Las SSTC 119/2007 y 123/2007, ambas de 21 de mayo (recursos de amparo 2518/2004 y 563/2005), I.L. J 584 y 585, declaran agotada la vía judicial en un supuesto de irrecurribilidad en suplicación de un Auto.

15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La STS de 25 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 80, concluye que no procede la extensión de la condena mediante la teoría del “levantamiento del velo” en fase de ejecución contra terceros no incluidos en la ejecutoria, si deriva de actos y conductas anteriores al juicio que en él debieron ventilarse. La STS de 26 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 661, confirma que la sentencia firme ha de ejecutarse en sus propios términos, aunque contenga una condena que implica el pago duplicado en favor del administrado de prestaciones por el INSS, ya que tal cuestión no fue alegada ni defendida por el INSS en el transcurso del juicio, y por ello no es viable pretender en ejecución de sentencia que se rectifiquen errores por estar fuera del cauce del correspondiente recurso.

16. COSTAS

La STS de 29 de enero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 35, interpreta el artículo 233.1 de la LPL, siguiendo la reiterada doctrina de esta Sala, en el sentido de que la parte vencida es únicamente el recurrente al que se desestima el recurso, salvo que goce del beneficio de justicia gratuita. Por ello, si recurren por separado trabajador y empresa y ambos pierden, las costas se imponen sólo a la empresa. En este mismo sentido la STS de 14 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 206.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
JORGE GOROSTEGUI ARRIERO
IKER RAMÓN PRIOR GARCÍA
MONTSERRAT REIG GALMES

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Derecho comunitario. A) Obligaciones del empresario en materia de seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Responsabilidad del empresario. **2. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Prescripción: *dies a quo*. B) Expediente administrativo: no caducidad por resolución tardía. **3. Protección de la maternidad.** A) Contenido: manifestación del derecho fundamental a la vida e integridad física y su conexión con la prevención de riesgos laborales.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Son escasas las sentencias judiciales recaídas sobre la materia en los cuatro primeros números de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2007, pese a ello, hay dos pronunciamientos de sumo interés por el alcance que se deriva. En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de junio de 2007, I.L. J 628, aborda el análisis del deber de seguridad establecido en el ordenamiento jurídico del Reino Unido que establece el deber de todo empleador de asegurar, *siempre que sea razonable y factible*, la salud, la seguridad y el bienestar en el trabajo de todos sus empleados, y somete su alcance al contraste de la obligación general de seguridad establecida en la Directiva-Marco, anticipando que las restricciones que puedan imponerse a la responsabilidad derivada de dicho deber general o una reserva a lo que sea razonable y factible dependen de la configuración de su contenido y sin que, en principio, pueda derivarse un incumplimiento con las prescripciones comunitarias. Por otra parte, esta sentencia pone de relieve que del artículo 5.1 de la Directiva-Marco deriva una obligación general de seguridad, pero de dicho artículo no se extrae que se imponga una responsabilidad objetiva al empresario. La segunda Sentencia es del Tribunal Constitucional núm. 62/2007, de 27 de marzo, I.L. J 330, y su significación reside en el entronque de la normativa preventiva con el artículo 15 de la Constitución y cómo la existencia de un riesgo o peligro grave para la salud del

trabajador/a sensible a determinados riesgos puede constituir una lesión de su derecho fundamental.

1. DERECHO COMUNITARIO

A) Directiva-Marco: Obligaciones del empresario en materia de seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Responsabilidad del empresario

La STJCE de 14 de junio de 2007, I.L. J 628, recaída en el Asunto C-127/05, resuelve el recurso presentado por la Comisión contra el Reino Unido sobre el incumplimiento del artículo 5, apartados 1 y 4, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, al considerar que la normativa de este Estado miembro limita la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo a una obligación de hacerlo sólo “en la medida en que sea razonablemente viable”, establecida por el artículo 2, apartado 1, de la Ley de 1974, relativa a la salud y la seguridad en el trabajo (Health and Safety at Work Act 1974). Puesto que de esta norma “se desprende que el empresario no responde de los riesgos que se manifiesten ni de las consecuencias de los acontecimientos que se produzcan en su empresa cuando pueda demostrar que ha adoptado todas las medidas razonablemente viables con el fin de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores”.

Según el relato de la sentencia, la Comisión imputó al Reino Unido la incorrecta adaptación del Derecho interno del citado artículo 5 de la Directiva Marco, al haber incluido en la normativa nacional la cláusula “en la medida en que sea razonablemente viable” ya que “limita el alcance de la obligación impuesta al empresario, en contra de lo dispuesto en el apartado 1 de dicho artículo”.

Los argumentos invocados por la Comisión se centran en que el alcance del artículo 5.1 de la Directiva Marco en el sentido que “si bien no obliga al empresario a garantizar un entorno laboral totalmente seguro, implica que el empresario sigue siendo responsable de las consecuencias de cualquier acontecimiento perjudicial para la salud y la seguridad de los trabajadores que se produzca en su empresa” ya que la limitación de la responsabilidad empresarial del artículo 5, apartado 4, de la Directiva “constituye una excepción al principio general de responsabilidad del empresario, debe ser interpretada de forma restrictiva” y al limitarse las obligaciones del empresario “permite que éste eluda su responsabilidad si logra acreditar que la adopción de medidas para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores habría sido totalmente desproporcionada, en términos de costes, tiempo o de cualesquiera otras dificultades, con respecto al riesgo asumido”.

En suma, la Comisión pone de relieve que “la evaluación que debe realizarse tomando como base la cláusula controvertida implica tener en cuenta el coste de las medidas de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

prevención, lo que choca radicalmente con lo dispuesto en el decimotercero considerando de la citada Directiva”, que establece la no subordinación de la seguridad y salud de los trabajadores a consideraciones de carácter puramente económico.

Por su parte, el Reino Unido sostiene la correcta adaptación a lo previsto en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva-Marco. Distingue que en este artículo se identifica la obligación empresarial de salvaguardar la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo de la responsabilidad empresarial que “se ha confiado a los Estados miembros en virtud de la obligación de éstos de adoptar las medidas necesarias para garantizar la aplicación y eficacia del Derecho comunitario, obligación que se manifiesta específicamente en el artículo 4 de la referida Directiva”. Y, por lo que se refiere “al alcance de la obligación impuesta al empresario por el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 89/391, el Reino Unido sostiene que si bien esta obligación está formulada en términos absolutos, no impone al empresario una obligación de resultado, consistente en garantizar un entorno laboral exento de todo riesgo, sino una obligación general de poner a disposición de los trabajadores lugares de trabajo seguros, concepto cuyo contenido preciso puede deducirse de los artículos 6 a 12 de esta misma Directiva y del principio de proporcionalidad”.

Respecto de la responsabilidad del empresario, el Reino Unido observa que ningún elemento de la Directiva 89/391 ni, en particular, de su artículo 5, apartado 1, apunta a que el empresario deba estar sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva. En primer lugar, entiende que esta disposición sólo establece la obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores y no, además, la de indemnizar los daños derivados de accidentes de trabajo. En segundo lugar, el Reino Unido alega que la Directiva 89/391 permite a los Estados miembros decidir libremente qué forma de responsabilidad, civil o penal, procede imponer al empresario. En tercer lugar, sostiene que “la cuestión de quién —el propio empresario, todos los empresarios como categoría o bien la comunidad— debe soportar los costes derivados de los accidentes laborales se ha confiado igualmente a los Estados miembros”.

La parte demanda entiende que el régimen de responsabilidad establecido en su ordenamiento “impone una responsabilidad penal ‘automática’ a todos los empresarios, salvo en caso de que se trate de la excepción basada en lo que es ‘razonablemente viable’, interpretada de forma estricta, permite dar un efecto útil al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 89/391”. De forma que el empresario sólo puede sustraerse a esta responsabilidad “si demuestra que ha hecho todo lo que fuera razonablemente viable para evitar que se produjeran riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. A tal efecto, el empresario tiene que demostrar que existía una desproporción manifiesta entre, por una parte, el riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores y, por otra, el sacrificio en términos de costes, tiempo u otras dificultades que la adopción de las medidas necesarias para evitar dicho riesgo hubiera entrañado y que este último era insignificante con respecto a tal sacrificio”.

Por otra parte, también señala que la Health and Safety at Work Act “permite garantizar un sistema de prevención eficaz, puesto que una sanción penal tiene mayor efecto disua-

sorio que una responsabilidad civil que implica una indemnización por daños y perjuicios, contra la cual los empresarios tienen la posibilidad de contratar un seguro” y que la indemnización para las víctimas de accidentes de trabajo se articula “sobre la base de un sistema de seguridad social” y en la responsabilidad del empresario que establece el *common law* “por los daños derivados del incumplimiento de su deber de diligencia frente a los trabajadores”.

Planteada la cuestión litigiosa a partir de los postulados de la Comisión basados en una interpretación del artículo 5, apartado 1, de la que resulta que sobre el empresario recae una responsabilidad objetiva, sea civil o penal, el Tribunal da respuesta, en primer lugar, al alcance de la responsabilidad del empresario por los daños causados a la salud y seguridad de los trabajadores.

Según el Tribunal el artículo 5.1 establece la obligación general de seguridad, esta “disposición obliga al empresario a garantizar a los trabajadores un entorno laboral seguro, cuyo contenido es precisado en los artículos 6 a 12 de la Directiva 89/391 y en diversas directivas específicas que establecen las medidas preventivas que deben adoptarse en determinados sectores concretos de la producción”. Pero “no cabe afirmar, sólo en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 89/391, que sobre el empresario deba recaer una responsabilidad objetiva. En efecto, esta disposición se limita a establecer la obligación general de seguridad que recae sobre el empresario, sin pronunciarse sobre la forma concreta de responsabilidad que le incumbe”. Rechaza el Tribunal el carácter objetivo de la responsabilidad sobre la base de los trabajos preparatorios argumentados por la Comisión y de la propia estructura interna del artículo 5 de la Directiva-Marco.

En efecto, las disposiciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5 “están destinadas a precisar la naturaleza y el alcance de la obligación establecida en el apartado 1 del mismo artículo y de ellas no cabe deducir que exista una forma determinada de responsabilidad en caso de accidentes a efectos del referido apartado 1”. Por lo que se refiere al apartado 4, párrafo primero, del artículo 5, de la Directiva-Marco “establece que los Estados miembros podrán limitar la responsabilidad de los empresarios ‘por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada’”. Si bien, su redacción precisa “el margen de actuación de los Estados miembros en la adaptación del Derecho interno a las mismas. En cambio, no cabe deducir de esta disposición, sobre la base de una interpretación *a sensu contrario*, que el legislador comunitario haya tenido la intención de imponer a los Estados miembros la obligación de establecer un régimen de responsabilidad objetiva del empresario”.

Concluye, en suma, que la responsabilidad objetiva no es el único medio para conseguir los objetivos preventivos ni que la exclusión de este tipo de responsabilidad “limite la responsabilidad de los empresarios, en contra de lo dispuesto en el artículo 5, apartados 1 y 4, de la Directiva 89/391”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

En segundo lugar, el Tribunal da respuesta al alcance de la obligación empresarial de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. Pese al reconocimiento por parte de la Comisión del carácter absoluto de la obligación de seguridad y que no supone un deber empresarial de garantizar un entorno laboral exento de cualquier riesgo, incluso de la existencia de riesgos mínimos que no exigen adoptar medidas preventivas pero que no eximen de responsabilidad al empresario, el Tribunal entiende que “una reserva a la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo por cuanto sea ‘razonablemente viable’, el significado de esta reserva depende del contenido preciso de esta obligación”, por lo que la Comisión “tampoco ha logrado probar por qué la cláusula controvertida, que se refiere a una responsabilidad penal del empresario, puede incidir en el alcance de la obligación general de seguridad que incumbe al empresario, tal como esta obligación resulta de esas disposiciones” (artículo 5, apartados 1 y 4). Al no hacerlo así, no ha demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que el Reino Unido haya incumplido con sus obligaciones derivadas de éstas.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Prescripción: *dies a quo*

La STS de 12 de febrero de 2007, I.L. J 128, resuelve la cuestión relativa a la determinación del día inicial del plazo de prescripción de cinco años para solicitar el recargo de prestaciones por falta de medida de seguridad, ya que en el recurso de casación para unificación de doctrina la sentencia recurrida entiende que el día de inicio del cómputo ha de ser la fecha de reconocimiento de cada una de las prestaciones que se derivan del accidente de trabajo, mientras que la de contraste considera que el día inicial es el día del accidente de trabajo. La cuestión es resuelta por el Tribunal Supremo conforme a la doctrina contenida en la Sentencia de 9 de febrero de 2006 que entiende que “como día inicial del cómputo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, entre las que figura el recargo, el de la fecha en que finalizó por resolución firme el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones”. Es decir, se acoge el criterio del conocimiento del daño ya que “la acción no puede considerarse reconocida antes de que se dictase la sentencia del Juzgado o la Sala de lo Social declarativa de la invalidez pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padecía a consecuencia del accidente, sin que sea óbice el que la resolución del INSS en vía gubernativa sea muy anterior, ya que la misma no fue firme hasta que recayó sentencia en vía judicial y sólo desde su firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo”.

B) Expediente administrativo: no caducidad por resolución tardía

La Entidad gestora dispone de 135 días para resolver el expediente administrativo de reconocimiento del recargo de prestaciones, previniendo la normativa los efectos inherentes para el transcurso de dicho plazo. La STS de 29 de mayo 2007, I.L. J 672, resuelve

el recurso de casación en unificación de doctrina sobre la cuestión relativa a la determinación de si el transcurso reglamentariamente establecido para resolver los procedimientos administrativos sobre la imposición de recargo de prestaciones derivado de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad conlleva la caducidad del expediente o no. A la cuestión planteada le resulta de aplicación la doctrina, ya resuelta por otras sentencias del propio Tribunal, que parte de la consideración de que “el incumplimiento del plazo no produce la caducidad del procedimiento” prevista en la normativa de procedimiento administrativo, ya que no constituye una sanción al empresario sino “el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o sus beneficiarios”. La caducidad se produce en la Ley 30/1992 en los procedimientos en los que la Administración ejercita potestades sancionadoras, es por ello, por la singular naturaleza del recargo de prestaciones, que sea de aplicación la regla 1 de artículo 44 de dicha Ley y la Administración venga obligada legalmente a resolver y el beneficiario pueda entender denegada su pretensión por silencio administrativo si está personado.

3. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

A) Contenido: manifestación del derecho fundamental a la vida e integridad física y su conexión con la prevención de riesgos laborales

La STC 62/2007, de 27 de marzo, I.L. J 330, aborda la protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo. La sentencia da respuesta en amparo a si la asignación de funciones contraindicadas para el estado de embarazo de la funcionaria demandante ha vulnerado su derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE), así como el mismo derecho del hijo que esperaba, al permanecer pasiva la Administración empleadora cuando conoció el embarazo. Al hilo de los razonamientos jurídicos, el Tribunal Constitucional formula una serie de consideraciones que ponen de relieve la conexión entre la prevención de riesgos laborales y el derecho fundamental a la vida e integridad física, así como su vulneración por conductas que pueden erosionarlos por una omisión de la protección de la seguridad y salud de los empleados.

La sentencia parte del alcance de la protección constitucional del derecho a la integridad física y moral y, a tal fin, pone de relieve que:

“protege ‘la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular’ (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º). Estos derechos, destinados a proteger la ‘incolumidad corporal’ (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2º), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º). Por otra parte, hemos

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3º), si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4º, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6º)”.

Señala, además, que la lesión del derecho a la integridad física puede provenir tanto de acciones y “también por omisiones de los poderes públicos —como podría ser el caso de la inactividad del Servicio Andaluz de Salud una vez conocida la situación de embarazo de la Sra. Hidalgo, constando el riesgo potencial para dicho estado de las funciones encomendadas en la Resolución de 2 de agosto de 2000”.

Ahora bien, esta ampliación de la protección se matiza mediante la exclusión de “cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud, y en concreto para el desarrollo sin trastornos peligrosos de la gestación”, para a continuación enfatizar “que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental”. En cuyo caso, “tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquella o para el del hijo en gestación”.

En suma, el derecho fundamental puede lesionarse cuando exista un riesgo o peligro grave para la salud del trabajador o trabajadora y el feto y “para apreciar la vulneración del artículo 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4º, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4º, entre otras)”.

Por otra parte, el desconocimiento por parte del empleador del factor personal agravante del propio trabajador no impide que pueda haber una actuación posterior eventualmente lesiva del derecho fundamental —en el supuesto enjuiciado en amparo el desconocimiento del hecho del embarazo cuando se adoptó la medida de cambio de funciones—, puesto que tal desconocimiento, en el caso del embarazo, “no es por sí solo suficiente para rechazar de plano la existencia de una vulneración constitucional”. Ahora bien, si se tiene conocimiento de dicha situación se produce “un efecto aparejado incuestionable y constitucionalmente decisivo” porque pueden ponerse en peligro la vida e integridad física y la inactividad de la empleadora “a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados”.

La sentencia realiza “una lectura a la luz de la Constitución” de la normativa preventiva a partir de los derechos constitucionales (artículos 15, 43 y 40.2) y afirma que “la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el artículo 15 CE”. Dicha lectura parte de los artículos 14 y 26 relativos al derecho de la protección frente a los riesgos laborales y de la protección de la maternidad para concluir

“Acogiendo ese régimen legal en su dimensión constitucional, esto es, en tanto que desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (artículo 15 CE), la lesión se producirá si, desatendiendo esas precisas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador le asigna un actividad peligrosa que genere un riesgo grave para su salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen.”

De ahí, que, aunque inicialmente (2 de agosto de 2000) la Administración empleadora desconociera el embarazo de la trabajadora, una vez que tuvo conocimiento del mismo “debía adoptar ya las medidas pertinentes desde el citado día 7 de agosto de 2000 y, al no hacerlo, la demandante hubo de acudir a los Tribunales en defensa de su derecho a la salud”. Por ello, “el mantenimiento del acto de fecha 2 de agosto de 2000 pese a existir un peligro cierto para la integridad física de la trabajadora embarazada representa una vulneración directa del artículo 15 CE”, aunque no se haya producido un resultado lesivo puesto que la efectividad de tutela constitucional no se puede hacer depender “de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el artículo 15 CE”. No obstante, se recoge en la sentencia un voto particular discordante en el que se cuestiona la propia impugnación de la demandante de amparo y se afirma la conformidad del acto impugnado en el proceso seguido en vía jurisdiccional. Cuestiona, igualmente, que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sea desarrollo del derecho fundamental pues no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una lesión del derecho a la vida e integridad física.

El Tribunal Constitucional introduce, en suma, la relevancia del riesgo, su gravedad y su eventual lesividad en el juicio de constitucionalidad para determinar la lesión del derecho fundamental a la vida e integridad física, a la luz de la regulación de la protección y las obligaciones preventivas impuestas al empresario como una manifestación de la tutela del derecho fundamental. De modo que al enfatizar la protección del derecho fundamental de la trabajadora embarazada a través de la normativa de prevención de riesgos laborales, determinados incumplimientos empresariales pueden suponer una violación del derecho del trabajador a su vida e integridad física, y en el caso de la trabajadora embarazada también del feto, que permiten acudir a la tutela judicial al reducir las exigencias para deter-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

minados riesgos ya que no exige que se trate de un riesgo grave e inminente, en el que sí se produce una lesión concreta y efectiva y al que la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales le reserva un mecanismo de autotutela individual o colectiva en el artículo 21.

La consecuencia de esta interpretación y de la función protectora que se atribuye a la normativa preventiva permite su extensión a la protección de los trabajadores sensibles a determinados riesgos donde el conocimiento de dicha circunstancia por parte del empleador es determinante de la actuación preventiva y también a todas aquellas otras situaciones en las que sabedor de que una omisión de medidas de seguridad puede acarrear una afectación del derecho fundamental del trabajador.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y psicopsicología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, Valladolid, 9ª edición, octubre 2007, 556 páginas]

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su novena 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 plantee 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.

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, 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 psicopsicología 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 novena edición de este manual para la formación de especialistas es aun 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.

M.Á. MENÉNDEZ GONZÁLEZ

Manual para la formación de operadores de grúa torre

[Lex Nova, Valladolid, 10ª edición, septiembre 2007, 334 páginas]

LEX NOVA

La décima edición del presente manual, que surge tras la excelente acogida de las ediciones precedentes, da respuesta a la creciente demanda de formación referente a la actividad profesional de operador de grúatorre, y su principal objetivo es contemplar todos los aspectos, tanto prácticos como teóricos, para obtener el carné habilitante para el ejercicio de dicha actividad. El gruista necesita una formación específica para el manejo de la máquina, esta condición es exigible no sólo por la ITC-MIE-AEM2 sino también por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y la Directiva de máquinas CE.

En este manual se desarrollan los conceptos técnicos y legales que tanto los gruistas veteranos, como los noveles y los aspirantes a serlo deben conocer y comprender para poder obtener el carné de operador de

grúatorre y posteriormente, utilizarlo de una manera profesional, responsable y segura.

Así, a lo largo de diez unidades, se conceptúan, se describen y se clasifican los tipos de grúas torre, se aportan conocimientos generales de electricidad, electromagnetismo y mecánica, se analizan los movimientos, mecanismos y dispositivos de seguridad, se estudian los diferentes sistemas de elevación y sujeción de cargas, asentamientos y estabilidad de las grúas torre así como sus elementos eléctricos dedicando su última unidad al estudio de la normativa fundamental que regula la seguridad en el trabajo con este tipo de maquinaria.

Esta obra está especialmente pensada para profesionales de la construcción y obras públicas, inspectores laborales, abogados laboristas y graduados sociales, entre otros. Cabe destacar, por último, el marcado carácter pedagógico de la monografía, pues contiene, al final de cada unidad, un cuestionario que permite autoevaluar el nivel de conocimiento adquirido, las soluciones a dichas pruebas de autoevaluación y bibliografía sobre la materia.

F. MENÉNDEZ DÍEZ

Higiene industrial. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, Valladolid, 6ª edición, septiembre 2007, 628 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su sexta 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 pretendan 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 sexta 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.

VVAA

Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, Valladolid, 9ª edición, noviembre 2007, 818 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su novena edición, está dirigido hacia aquellas personas interesadas en ampliar sus conocimientos y especializarse en la rama de Seguridad en el Trabajo tras haber seguido el estudio oficial correspondiente a la parte obligatoria.

Asimismo, la obra constituye una óptima herramienta para ser utilizada por los técnicos en prevención de nivel superior dedicados a la disciplina de seguridad y por los técnicos proyectistas cuya función sea la de revisar lugares de trabajo, instalaciones o centros de empresa con el fin de adecuarlos a las pertinentes exigencias legislativas en la materia.

Los autores, de forma clara y minuciosa, con una exposición de fácil entendimiento para cualquier estudiante o profesional de la materia, hacen un análisis de los posibles y

más habituales riesgos de distintas actividades laborales, estructuradas en catorce capítulos, los cuales vienen a ser una fiel representación de casi toda la población trabajadora. Dicho análisis se realiza tomando en consideración factores como el volumen de trabajo, número de personas expuestas al posible perjuicio y el propio riesgo o porcentaje de que éste ocurra como consecuencia del desempeño de tales funciones.

El estudio de estas profesiones no es hermético, es decir, no se cierra con la lista de actividades recogidas en los capítulos del libro, ya que muchas de las recomendaciones sugeridas para éstas son extrapolables a otras que tienen en común con las primeras equipamientos, puestos de trabajo, métodos profesionales, etc. Esto pone de relieve el amplísimo terreno abarcado por el contenido del manual.

Antes de entrar en cada materia concreta se ofrece al lector una breve, pero precisa, introducción para ponerlo en contacto con el tema que va a ser objeto de posterior estudio en las sucesivas páginas.

Las distintas cuestiones abordadas se ven complementadas, en algunos casos, con textos legales, recogidos de forma literal por razón de su importancia y cotidianidad en el uso que de ellos se hace en el ámbito preventivo.

Esta edición incluye, con respecto a anteriores, un contenido mucho más didáctico, donde se resaltan las ideas principales para guiar la argumentación y donde se añaden resúmenes de cada tema a modo de recordatorio de sus aspectos más relevantes. Además, se incluyen, por un lado, cuestionarios de autoevaluación con sus correspondientes soluciones, para poner a prueba los conocimientos adquiridos y, por otro, un CD-ROM que posee la doble función de recoger la normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a la información que sobre la materia se recoge en www.lexnova.es/prevencción.

En definitiva, sirviéndose de la obra se hallan respuestas y soluciones fácilmente asimilables y comprensibles

para el lector a los múltiples problemas y conflictos de empresas que tan cotidianamente surgen en la esfera de la seguridad de los trabajadores durante el desempeño de sus trabajos.

Finalmente, hay que resaltar el hecho de que la publicación haya alcanzado una 9ª edición como prueba del éxito conseguido dentro de un mercado tan complejo como el de la prevención de riesgos laborales.

VVAA

Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo

[Lex Nova, Valladolid, noviembre 2007, 464 páginas]

LEX NOVA

En la presente publicación se lleva a cabo un completo análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, prestando una gran atención a sus repercusiones en la actividad de cientos de miles de trabajadores autónomos; ofreciendo al lector el mayor número posible de respuestas a los interrogantes que plantea la nueva norma, basándose para ello en las referencias que la doctrina jurisprudencial pueda tener al respecto.

Se ha querido combinar, como el gran elenco de autores pone de manifiesto, un riguroso estudio técnico que al mismo tiempo tenga en cuenta las consecuencias más prácticas que este Estatuto va a proyectar. Consecuencias, en primer lugar, para los propios autónomos y muy especialmente para los denominados “económicamente dependientes”, pero también para las miles de empresas españolas que han externalizado muchas de sus actividades en este colectivo.

La distribución en capítulos que se ha seguido refleja en gran medida el orden nor-

mativo de esta Ley. Así tras un capítulo introductorio en el que se pone de manifiesto la trascendencia y los rasgos generales del Estatuto se aborda, en el siguiente, el ámbito subjetivo de aplicación de éste, cuestión que resulta vital para determinar los colectivos que se van a ver afectados.

En los siguientes capítulos se hace referencia a las fuentes del derecho que van a regular el régimen profesional del autónomo, destacando no sólo la continuación en la centralidad de la normativa mercantil, civil y administrativa y la marginalidad de la legislación laboral, como corresponde a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios del autónomo, sino también la aparición de esa nueva fuente que es el Acuerdo de Interés Profesional, fuente de carácter colectivo que, sin embargo, tiene una subordinación inicial ya trascendental a la voluntad del individual en cuanto necesita de la aceptación expresa de su aplicación por el autónomo.

Recoge además como novedad más relevante de este Estatuto la regulación que da de la figura del denomi-

nado “trabajador autónomo económicamente dependiente”, la cual además de gozar de los derechos del régimen “común” posee una tutela específica.

Aborda esta obra, al igual que lo hace el Estatuto, el conjunto de medidas destinadas al fomento y la promoción del trabajo autónomo, medidas que ponen de relieve la apuesta del legislador por incentivar este tipo de prestación. También se alude de forma individualizada, a los aspectos fiscales, partiendo de la base de que la incentivación de la “actividad emprendedora” tiene que encontrar en este ámbito una de sus manifestaciones más importantes.

Finalmente, esta publicación se cierra con un capítulo dedicado al análisis del derecho comparado, centrado en el estudio de la situación actual y la problemática legal del trabajo autónomo en países como Italia, Alemania, Reino Unido y Francia y con una recopilación jurisprudencial y legislativa sobre el trabajo autónomo, donde se recogen aquellas sentencias que cabe considerar claves en dicho ámbito, por un lado, y el propio texto de la Ley, por otro.

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.

