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.

Justicia Laboral
REVISTA de DERECHO del TRABAJO y de la SEGURIDAD SOCIAL **Nº 31** AGOSTO 2007

Sumario:

EDITORIAL:

[5] **Problemas bajo la sombra del artículo 15/5 del ET: mención de contratos temporales, despido y cálculo de la indemnización**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

[11] **Algunas cuestiones sobre la protección de los derechos fundamentales y el contrato de trabajo en la jurisprudencia de la Sala Cuarta (2005-2007)**
JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA

[49] **Ajustes unilaterales en las condiciones económicas por excesiva onerosidad sobrevenida**
ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA

[97] **La prestación de incapacidad temporal en los estados de nuestro entorno**
ALBERTO LLORENTE ÁLVAREZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[129] **I.** FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

[177] **III.** EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

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

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

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

[243] **VIII.** NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

[251] **IX.** SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

[275] **XI.** ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[283] **XII.** EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

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

[309] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

PROBLEMAS BAJO LA SOMBRA DEL ARTÍCULO 15.5 DEL ET: SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES, DESPIDO Y CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

La sucesión de contratos temporales constituye un mecanismo de gestión empresarial destinado a maximizar los recursos al menor coste económico posible. La inquietud empresarial de que la coyuntura económica pueda volverse desfavorable, la necesidad de iniciar un sistema de contratos de duración determinada de costos calculables y, en fin, la posibilidad de la extinción de los contratos de trabajo a la llegada de cada uno de los términos, evitando al empresario el coste de un despido en caso de la conversión del contrato en indefinido, son algunas de las razones que se hallan en la base, junto a otras menos confesables, de la citada opción. La sucesión de contratos resulta, de este modo, una "disfunción" de la más propia institución de la prórroga y, por ello, ha levantado siempre serias dudas sobre la licitud de los fines buscados por este singular mecanismo.

Será seguramente por ello por lo que la jurisprudencia ha venido considerando como uno de los más frecuentes supuestos de fraude de ley –su más paradigmático ejemplo, se ha dicho–, aquel en que se da una repetición indebida de un mismo contrato temporal en sucesivos períodos de tiempo para evitar de ese modo el vínculo temporal estable. Sin embargo, no es menos cierto que también la jurisprudencia ha santificado la sucesión de contratos temporales siempre que cada uno de los que se celebre observe, para cada período o actividad, la función social que le asigna el ordenamiento objetivo y cumpla, caso a caso, los requisitos formales y materiales dispuestos en la norma reguladora. Por ello, pese a la limitación impuesta a los contratos temporales directa o indirectamente, tal restricción es así estrictamente teórica cuando opera el escalonamiento de contratos temporales sin tope preestablecido, lo que puede prolongar la temporalidad durante muchos años.

Como es sabido, la Ley 43/2006 dotó de una nueva redacción al artículo 15.5 del ET, alterando el anterior sentido e introduciendo una norma que busca romper los efectos perversos del mecanismo de sucesión contractual. Dicho precepto permitirá reconocer la condición de fijos a trabajadores que hayan alcanzado una cierta consolidación en la empresa a través de sucesivos vínculos temporales. En concreto, se establece que adquirirán la condición de fijos aquellos asalariados que hayan sido contratados para desempeñar el mismo puesto de trabajo en la misma empresa durante un plazo superior a 24 meses –con o sin solución de continuidad–, en un período de referencia de 30 meses y a través de dos o más con-

tratos temporales. Esta consecuencia tendrá lugar tanto cuando se trate de contrataciones directas como de aquellas que se lleven a cabo a través de ETT y ya se trate de la misma modalidad contractual ya de modalidades distintas.

Desde las SSTS de 20 y 21 de febrero, 14 de marzo de 1997 y 17 de marzo de 1998, el Tribunal Supremo ha venido afirmando de forma categórica que, siempre que en las series de contratos temporales masivos que responden a una misma relación laboral, cualquiera de ellos carezca de causa o resulte inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propia, con carácter necesario la relación laboral deviene indefinida, cualquiera que sea el contrato temporal de entre los celebrados el defectuoso. Reiterando argumentos ya empleados por pronunciamientos anteriores, se afirma que "el objeto de este litigio no puede quedar limitado al examen de la validez del último contrato, como si hubiera sido el único suscrito, sino que, por el contrario, ha de examinarse la secuencia total de los sucesivos contratos partiendo del inicialmente suscrito para comprobar si reúnen los requisitos esenciales de validez" y se añade que "tratándose de una sola relación laboral continua, si ésta, en cualquier momento, adquirió el carácter de indefinida, no pierde esta condición por la celebración de nuevos contratos temporales, por ser irrenunciable al contrato laboral indefinido".

Ante la inevitable pregunta de cuándo debe estimarse rota la cadena y a salvo el empresario de cualquier sospecha de fraude (fundada o no), la jurisprudencia ha mantenido una doctrina constante, como recuerdan las SSTS de 20 de febrero de 1997 y 5 de mayo de 1997, expresiva, en síntesis, de que un contrato temporal inválido por falta de causa o por infracción de límites establecidos en su propia regulación, con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida. Carácter que no pierde por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales, sobre todo cuando la interrupción no alcanza el período de veinte días, en que el trabajador pudo reclamar por despido. La doctrina unificada puede resumirse, como sienta la STS de 29 de mayo de 1997 (Ar. 4473), así: 1) Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual, deben ser examinados todos los contratos sucesivos; 2) Si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad; 3) En aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido, y 4) No obstante lo anterior, como se precisa en sentencia de unificación de doctrina de esta misma fecha, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acreditan una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral.

La aplicación de la citada doctrina plantea diversos problemas prácticos que han obtenido respuesta por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Un primer problema a resolver se plantea, a efectos de calcular la indemnización por despido improcedente, en aquellos casos de sucesión de contratos temporales de trabajo sin solución significativa de

la continuidad entre ellos. Sentencia de referencia en este punto es la STS de 19 de abril de 2005. La cuestión planteada en la misma se centraba en el cómputo del tiempo de servicios del trabajador a efectos de la indemnización de despido en el supuesto de que la relación de servicios, desarrollada sin solución de continuidad, se haya sustentado en varios contratos de trabajo temporales sucesivos.

La serie de contratos en el caso controvertido, de duración determinada por interinidad para la sustitución de trabajadores, se extiende, el primero, de 29 de noviembre de 2001 al 13 de enero de 2002, para sustituir a don Silvio; el segundo, de 21 de enero de 2002 al 22 de enero de 2002, para sustituir a doña Lidia; el tercero, de 23 de enero de 2002 al 8 de febrero de 2002, para sustituir a doña Eugenia, y, el cuarto, desde el 14 de febrero de 2002 al 7 de febrero de 2003, para sustituir a doña Clara; el 7 de febrero de 2003, al incorporarse a su trabajo, la actora fue despedida verbalmente, sin alegar causa que lo justifique, dándole de baja en la Seguridad Social el 6 de febrero de 2003 al conocer la empresa la propuesta de Incapacidad Permanente de la última trabajadora a la que sustituía; esta última fue declarada por el INSS, el 24 de febrero de 2003, en Incapacidad Permanente Absoluta con efectos del día 31 de enero de 2003. En el centro de trabajo había otras tres trabajadoras, que también prestaban servicios en virtud de contratos por interinidad, para sustituir a otros en Incapacidad Temporal, que adquirieron la condición de fijos al extinguirse el contrato de trabajo de los sustituidos, por haber sido declarado en Incapacidad Permanente. La cuestión de fondo se centra únicamente en determinar el período temporal computable a efectos de la fijación de la indemnización "de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio" prevista en el artículo 56.1.a) del ET en aquellos casos en que ha habido una sucesión de contratos de trabajo sin solución significativa de la continuidad entre ellos.

La STS 19 de abril de 2005 recuerda los precedentes doctrinales existentes. Así, la STS de 16 de abril de 1999 señaló que "esta Sala admite que, al margen de tal irregularidad, terminado injustamente el último de los contratos, juegue, a la hora de calcular la indemnización por despido improcedente, todo el tiempo 'de servicio' a que alude el artículo 56.1.b) del ET, con inclusión del que se prestó al amparo de precedentes contratos temporales, de los que cabe en principio predicar la regularidad. Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente, entre otras, en las SSTS de 30 de marzo de 1999 y 29 de septiembre de 1999, estableciéndose en éstas que 'el tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a) del ET sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma' y que tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando 'entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido' y que 'tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos'". La doctrina que se acaba de exponer también ha sido mantenida por las Sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 2000 y 18 de septiembre de 2001.

A todo lo cual la STS de 19 de abril de 2005 añade las siguientes precisiones: 1. Como es harto sabido, el precepto que regula la determinación de la cuantía de la indemnización

por despido improcedente es el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, y en él se dispone que tal indemnización ha de ser "de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio"; 2. Y este precepto habla de años de servicio, que es una expresión genérica que engloba indiscutiblemente todos los años en que el empleado desarrolló su trabajo para la empresa de forma continuada e ininterrumpida; no existiendo base alguna para excluir de la misma el tiempo que haya correspondido a anteriores contratos temporales, aunque estuviesen legalmente concertados, siempre que, al finalizar esos contratos, la prestación hubiese continuado; 3. El artículo 56.1.a) citado no hace distingo ni salvedad alguna a este respecto y, por tanto, tampoco nosotros podemos distinguir, lo que corrobora y respalda el comentado criterio jurisprudencial que la Sala viene manteniendo de forma reiterada. Concluyendo que: "la tesis jurisprudencial que la Sala propugna no supone, de ningún modo, negar eficacia jurídica a los contratos temporales válidamente celebrados; dichos contratos produjeron en plenitud los efectos jurídicos que les son propios, pero si al cumplirse su plazo de vigencia, la prestación de servicios continuó por la voluntad concorde de ambas partes, aunque tal continuación, se amparase en un nuevo título jurídico, no puede negarse la realidad de que esa prestación se inició en la fecha en que se concertó el primer contrato. En estos casos, la finalización de ese primer contrato, y de los posteriores análogos, no supuso la extinción de la prestación de los servicios, pues ésta de hecho continuó aun cuando, repetimos, esté o estuviese apoyada en otro título distinto".

La reciente STS de 8 de marzo de 2007 ha sentado la siguiente doctrina: cuando ha existido una sucesión de contratos temporales y se produce un despido improcedente, la indemnización ha de calcularse tomando en cuenta todo el período de prestación de servicios y no sólo el del último contrato. La existencia de finiquitos al término de cada una de las relaciones contractuales no impide que se tome en consideración el tiempo trabajado a su amparo. El plazo de veinte días hábiles de interrupción en la serie contractual no es absoluto, de modo que los servicios previos también han de contabilizarse siempre que haya una idea de continuidad. Sólo cuando haya habido una ruptura significativa de la continuidad (no de un mes, o incluso de dos en ciertas ocasiones) se despreciarán los servicios previos. En suma, en los supuestos de sucesión ininterrumpida de contratos temporales, la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales, cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión de varios sin una solución de continuidad significativa.

El citado pronunciamiento considera que se da la "unidad esencial del vínculo laboral". Como argumento añadido invoca el citado pronunciamiento la doctrina de la STJCE de 4 de julio de 2006, Caso Adeneler, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se declara que "la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco (Europeo) sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales". La sentencia avala la solución adoptada ahora por el Tribunal Supremo.

Un segundo problema se plantea a efectos del acceso y cómputo de complementos salariales calculados en función de la antigüedad. Importante es, en este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005. La cuestión a resolver se concretaba en determinar si, a la vista de lo dispuesto en el artículo 86 del Convenio de referencia, aplicable a la relación entre las partes, debía entenderse que dicho precepto, en el que se regulaba el derecho al comienzo de antigüedad, era aplicable sólo a los trabajadores fijos o alcanza también a los trabajadores temporales que hubieran prestado servicios de forma continuada por tiempo superior a tres años.

La cuestión era, en ese caso, la de determinar si el precepto convencional debe ser aplicado también a los trabajadores que prestan sus servicios en virtud de contrato temporal, por considerarse imperativo, y consiguientemente superpuesto al convencional, el precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 15.6 del ET: "Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación". El primero de cuantos derechos dimanan de la permanencia durante un período determinado al servicio de una empresa es el complemento retributivo de la antigüedad o "promoción económica", según la denominación que recibe en el artículo 25 del ET. El trascrito párrafo del artículo 15.6 debe considerarse provisto de imperatividad, tanto por su propio texto como en virtud de los antecedentes y criterios a que responde, según la doctrina jurisdiccional expuesta: aplicación de la normativa comunitaria en el ordenamiento laboral español y fundamento en el principio de igualdad, salvo apreciación de causa objetivamente justificativa de una diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los temporales. La existencia de varias contrataciones temporales prolongadas durante años configura una situación de los trabajadores temporales en orden a los posibles condicionamientos del complemento retributivo de antigüedad por su permanencia al servicio de la empresa que no difiere materialmente de la situación de los trabajadores fijos, al efecto de computar los anteriores períodos de contratación. Por ello, la Sala considera que debe ser modificado el criterio con el que aplicó al cómputo de trienios del personal contratado temporalmente la doctrina sobre la interrupción superior a veinte días entre sucesivas contrataciones (SSTS de 22 de junio de 1998 y 28 de febrero de 2005), que se estableció y mantiene su vigencia como elemento de calificación de la contratación temporal fraudulenta.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial que venimos exponiendo plantea ciertas dudas cuando la misma se proyecta sobre las nuevas previsiones contenidas en el artículo 15.5 del ET respecto de la conversión de contratos temporales en indefinidos. Conviene tener presente, por ello, el cuadro de problemas potenciales y algunas posibles soluciones para aquellas cuestiones que pudieran suscitarse en el futuro sobre la citada cuestión. Es obvio que el alcance y contenido de este editorial nos impide profundizar como sería necesario en las respuestas pero quede, en este momento, esbozado el régimen de problemas y de esquemáticas soluciones que al respecto podrían plantearse y adoptarse.

Una primera cuestión que pudiera plantearse es la relativa a si, en caso de adquisición de fijeza por sucesión de dos o más contratos temporales lícitos entre los que transcurran "períodos largos" de interrupción, deberían o no computarse esos períodos de interrupción

entre la finalización de un contrato y el inicio del siguiente a efectos del completo salarial de antigüedad. La respuesta parece clara. En estos casos, resultará aplicable la doctrina ya mencionada del Tribunal Supremo, de modo que sí deben computarse los mencionados períodos a efectos del acceso a derechos salariales vinculados con la permanencia o antigüedad en la empresa.

Una segunda cuestión de mayor complejidad es la relativa a si, en caso de adquisición de fijeza por sucesión de dos o más contratos temporales lícitos entre los que transcurran "períodos largos" de interrupción, a efectos de calcular los años de servicio del trabajador en la empresa para la indemnización por despido debe tenerse en cuenta los contratos temporales previos (esto es, aquellos terminados antes de la entrada en vigor del artículo 15.5 del ET). En estos casos, y en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo antes señalada, parece que la respuesta debe ser positiva. El problema es si se tomarán en consideración todos los contratos, al margen del tiempo que transcurra entre la finalización de uno y el inicio del siguiente, o sólo aquellos en los que no se haya superado una interrupción de 20 días –según la doctrina clásica del Tribunal Supremo–. Puede entenderse, en estos casos, que los contratos celebrados y finalizados antes de la entrada en vigor del art. 15.5 del ET deben someterse a la doctrina clásica del Tribunal Supremo, de modo que sólo se computarán si no se ha superado el plazo de 20 días.

Un tercer núcleo de problemas se refiere al supuesto de si en caso de adquisición de fijeza por sucesión de dos o más contratos temporales lícitos entre los que transcurran "períodos largos" de interrupción deberán computarse esos períodos de interrupción a efectos del cálculo de indemnizaciones por despido. Para este caso no hay respuesta legal ni tampoco judicial pero podría haber argumentos para excluirlos del cómputo: el artículo 56 del ET se refiere a años de servicio y la doctrina judicial excluye del cálculo de la indemnización por despido los períodos de excedencia, también de la forzosa –aunque ésta se computa a efectos de antigüedad– en línea con lo establecido por la STS de 26 de septiembre de 2001.

Finalmente, ¿y si los contratos temporales que se suceden, o alguno de ellos, son ilícitos? En estos casos, la respuesta debería ser la misma. Si los contratos temporales cuya sucesión determina la fijeza del trabajador hubieran sido liquidados y abonada la indemnización al trabajador ¿procede la devolución de estas cantidades o su descuento cuando, posteriormente, se produzca un despido indemnizado del trabajador? Según la STS de 31 de mayo de 2006, no procede esta compensación o descuento y, por tanto, tampoco parece posible exigir al trabajador que devuelva tal indemnización cuando se produce la conversión en indefinido.

Nuevas soluciones normativas pero, también, nuevos problemas a resolver. Es el sino del eterno retorno de lo jurídico.

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

Algunas cuestiones sobre la protección de los derechos fundamentales y el contrato de trabajo en la jurisprudencia de la Sala Cuarta (2005-2007)[1]

JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA

Magistrado del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta

Resumen

Algunas cuestiones sobre la protección de los derechos fundamentales y el contrato de trabajo en la jurisprudencia de la Sala Cuarta (2005-2007)

Es sabido el reproche que tradicionalmente se efectúa al recurso de unificación de doctrina en el Orden Social, consistente en el gran número de inadmisiones que genera tal y como ha quedado configurado por la doctrina de la Sala Cuarta, y la consecuencia de que determinados asuntos, por ejemplo, el despido o la protección de derechos fundamentales, no tengan un fácil acceso al Tribunal Supremo atendidas las situaciones tan particulares y difícilmente comparables con otras que suelen concurrir en este tipo de asuntos, lo que impide superar el filtro de la existencia de contradicción. No obstante, si se analiza con detenimiento la Jurisprudencia de la Sala, descubriremos no pocos pronunciamientos sobre la posición que el Tribunal adopta en la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación de trabajo, tanto en unificación de doctrina como con mayor facilidad en casación ordinaria, incluso podremos aventurar, desde la falta de contradicción, lo que quizá y con las debidas precauciones podrían ser los criterios del Tribunal, de haber entrado a conocer del fondo del asunto, así como advertir de los próximos pronunciamientos que se esperan en esa materia. Al repaso de estas y otras cuestiones, en relación con la jurisprudencia en el período 2005/2007 van dirigidas las presentes líneas.

(1) Este trabajo constituye, debidamente completado y matizado, el material utilizado por el autor para la mesa redonda que sobre Jurisprudencia de la Sala Cuarta tuvo lugar en Madrid, días 24 a 26 de abril de 2007, en el Curso de Formación del Consejo General del Poder Judicial.

Abstract

Some questions about the protection of the fundamental rights and the contract of work in the jurisprudence of the Fourth Hall (2005-2007)

It is known the reproach that traditionally is made to the appeal of doctrine unification in the Social Order, consisting in the great number of inadmisiones that it generates such as it has been configurated by the doctrine of the Fourth Hall, and in consequence that certain matters, for example the lay off or the protection of fundamental rights, don't have an easy access to the Supreme Tribunal attended the situations so particular and difficultly comparable with others that usually converge in this type of matters, what prevents to overcome the filter of the contradiction existence. Nevertheless, if it is analyzed the Jurisprudence of the Hall thoroughly, we will discover no few pronouncements on the position that the Tribunal adopts in the protection of the fundamental rights inside the work relationship, so much in doctrine unification as with more easiness in ordinary cassation, we will even be able to venture, from the contradiction lack, what maybe and with the due cautions could be the Tribunal´s criteria, if it would have entered to know of the bottom of the matter, as well as to notice of the next pronouncements that are expected in that matter.These lines are apply to the review of these and other questions, in connection with the jurisprudence in the period 2005/2007.

Sumario:

I. Introducción. II. Los derechos fundamentales y la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. III. Libertad de expresión y contrato de trabajo. IV. Principio de igualdad y no discriminación. A) Discriminación retributiva. a) Doble escala salarial. b) Contratos temporales y normalización igualitaria. B) Despido nulo de la mujer embarazada. C) Consecuencias de la nulidad del despido y de la resolución de contrato con vulneración de derechos fundamentales. a) Compatibilidad de la indemnización adicional. b) Indemnización de gastos jurídicos para la obtención de sentencia de despido nulo. V. Derechos fundamentales, exámenes médicos y nuevas tecnologías en la Jurisprudencia reciente del TS. A) Obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales. B) Correos electrónicos y uso de Internet. C) Tiques. D) Exámenes médicos. E) Controles biométricos F) Operativa bancaria. G) Teletrabajo. **VI. El acoso moral y**

sexual en la doctrina de la Sala. VII. Cuestiones pendientes de resolución.
VIII. El futuro que viene: el proyecto de ley orgánica de reforma del TC.
IX. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como tuve oportunidad de afirmar en algún momento[2], vivimos una época de hipersensibilización del ciudadano frente a las lesiones de derechos fundamentales, lo que supone un incremento de las demandas que interesan dicha tutela y, correlativamente, un mayor número de recursos de unificación de doctrina que plantean a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo diversas cuestiones a resolver, no obteniendo siempre del Alto Tribunal una respuesta de fondo, debido, esencialmente, al filtro de la contradicción, requisito imprescindible para la admisión del recurso.

Como es comprensible, la mayor parte de los pleitos en que se argumenta la vulneración de derechos fundamentales, ya sean por el procedimiento especial de tutela, ya sean tramitados por el ordinario o por los especiales a los que inexcusablemente remite el artículo 182 LPL, siempre van acompañados de un sustrato fáctico complejo y muy variado, lo que hace prácticamente imposible la apreciación de la contradicción en los términos en que esta exigencia del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) ha sido consolidada por la doctrina del Tribunal y que tan conocida es, vgr., respecto de los despidos. Aún así, en aquellos extremos en que la controversia pueda permanecer aislada de los condicionantes fácticos, el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina será posible.

VIVIMOS EN UNA ÉPOCA DE HIPERSENSIBILIZACIÓN DEL CIUDADANO FRENTE A LAS LESIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Y así ha ocurrido en algunos casos, bastantes más de los que pensamos, a cuyo relato y breve análisis crítico van dirigidas estas líneas. El repaso se centrará en **cuatro bloques** claramente diferenciados: primero, la influencia de la protección del derecho fundamental en los criterios para el trámite de admisión; segundo, los distintos pronunciamientos del Supremo

(2) "La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) en la actual normativa", Juan Manuel SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, *Revista Justicia Laboral*, núm. 20, noviembre 2004, Lex Nova, página 25.

–sin ánimo exhaustivo– en el período que analizamos relacionados con los derechos fundamentales y el contrato de trabajo (tanto en unificación de doctrina como en casación ordinaria, donde el acceso a dicha tutela se libera del lastre de la contradicción) pero dejando de lado la libertad sindical y la huelga, en tanto enmarcables en el derecho colectivo, así como la vertiente procesal de la tutela del derecho fundamental (objetos ambos de ponencias específicas); tercero, los pronunciamientos que es previsible se producirán próximamente, y por último, la situación que se avecina en relación a la actividad del TS en la protección de los derechos fundamentales de mantenerse el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en los términos en que en la actualidad contempla el nuevo incidente de nulidad de actuaciones.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sensibilidad de la Sala Cuarta respecto de la protección de los derechos fundamentales ha sido la causa de que una figura tan sólida como la "contradicción" y su ineludible exigencia entre la sentencia recurrida y la comparada o referencial ("identidad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones", según el artículo 217 LPL), viera, si quiera fuera momentáneamente, debilitada su resistencia en la **STS de 20 de abril de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 6701/2003, Sala General).**

La Sala, en un asunto en que la cuestión de fondo venía referida a los límites de la libertad de expresión de un empleado de El Corte Inglés (distribución de un panfleto o comunicado sindical en el que se contienen calificativos insultantes y frases despectivas y vejatorias contra la empresa y sus directivos, y otros sindicatos implantados en la empresa), salva el escollo que supone la apreciación de la existencia de la contradicción que es presupuesto para la admisión a trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina, al tratarse de la calificación de conductas a efectos de despido disciplinario, materia sobre la que la doctrina constante de la propia Sala venía declarando que carecía de interés casacional, por el casuismo y la necesaria individualización de las conductas y graduación de su gravedad, y la consiguiente dificultad de encontrar dos supuestos idénticos en el sentido y con el alcance del artículo 217 LPL.

Para debilitar la exigencia de contradicción, la Sala reelabora su doctrina sobre ésta señalando que si se invoca la nulidad del despido por lesión de derechos fundamentales, **no se trata tanto de la comparación y valoración individualizada de conductas motivadoras de un despido disciplinario, cuanto de determinar si el ejercicio del derecho ha desbordado o no los límites de la licitud, y se ha producido o no su lesión.** Y respecto de estas cuestiones, sí concurre la identidad sustancial necesaria. En definitiva, no hay que estar a los incumplimientos invocados en cada sentencia, esto es, a los hechos que sustentan la sanción de despido, sino a los hechos vinculados con la vulneración del derecho fundamental, pues en palabras de la propia sentencia: "el análisis comparativo encaminado a apreciar la igualdad sustancial de sus hechos, fundamentos y pretensiones

ha de versar sobre las circunstancias relevantes no de incumplimientos laborales, puesto que una de las sentencias no reconoce que se hayan producido, sino de los límites del ejercicio del derecho o derechos fundamentales invocados.

En este caso se entiende que desde esa perspectiva concurre la contradicción, y se entra en el fondo.

El **voto particular** contiene, a mi juicio, la crítica más sólida posible a la doctrina de esta sentencia: partiendo de la doctrina constante y uniforme de la Sala a este respecto, se reafirma en que no existe en este caso diferencia alguna con el enjuiciamiento de cualquier otro despido disciplinario, pues en definitiva se trata de valorar la conducta del trabajador, a la vista de las concretas circunstancias del caso, añadiendo la valoración sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental, labor que también exige una ponderación individualizada y gradualista, lo que se ilustra con numerosos casos tomados de la doctrina constitucional, del TEDH y de la propia Sala Cuarta, estos últimos referidos a despidos con invocación de lesión de derechos fundamentales en los que se apreció la falta de identidad y, consiguientemente, de contradicción.

El pronunciamiento que comentamos constituye un pronunciamiento único, que no ha sido seguido luego de ningún otro, antes al contrario, la Sala reaccionó luego en otra sentencia (bien es verdad que en ella no se suscitaba la vulneración de derechos fundamentales) donde de nuevo se extiende la barrera de la contradicción y, si se me apura, se da un paso más hasta casi configurar definitivamente la tesis de que en materia de despido disciplinario, ya no es que sea necesaria la contradicción y ésta sea casi imposible en la práctica[3], sino que lo que realmente acontece es que **no concurre el "interés casacional"**. En palabras de esta sentencia (**STS de 4 de mayo de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 1728/2004)** que reitera doctrina precedente en cuanto al alcance de la contradicción en los despidos disciplinarios abundando en lo que ya esta Sala tiene declarado en cuanto a la dificultad de construir en materia disciplinaria la identidad fáctica que el exige el artículo 217 LPL para que se produzca la oposición de pronunciamientos que abre la vía a este excepcional recurso "ese instrumento no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación".

Por último es interesante reseñar que desde la sentencia de Sala General que comentamos, el Gabinete Técnico ha seguido elaborando numerosos borradores de autos de inadmisión

(3) Sólo "casi" imposible, pues se acaba de informar de admisión por el GT de un recurso sobre despido disciplinario en que la "identidad" parece de laboratorio: los dos supuestos comparados son prácticamente iguales (operarios de mantenimiento y limpieza de aeronaves que son sorprendidos por el encargado de seguridad portando botellas de bebidas que habían sustraído del interior de una aeronave). Aquí la Sala se verá en la tesitura de fijar definitivamente la teoría de la falta de interés casacional, o dejar un portillo abierto a supuestos extremos de similitud.

en despidos disciplinarios donde se invocaba la vulneración de derechos fundamentales, enfatizando, eso sí, las diferencias existentes entre los casos comparados en la faceta atinente a la vulneración del derecho fundamental.

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO

La sentencia que acabamos de comentar, tras la apertura de la barrera de la contradicción en los términos en que tradicionalmente había venido siendo aplicada, entra en el fondo del asunto y ello permite al Tribunal Supremo el establecer una doctrina respecto del ejercicio de este derecho fundamental en el marco del contrato de trabajo, y las posibles modulaciones justificadas por la relación de fidelidad y por la condición de representante de los trabajadores.

Como es sabido, en el caso un grupo de trabajadores –representantes unitarios y sindicales– había repartido unos panfletos a la puerta de entrada a la Junta General de Accionistas, en los que se hacía referencia a los responsables de la empresa con calificaciones reiteradas de "mafia" y de "banda terrorista", acusándoles de imponer o mantener "el estado de terror que impera en la empresa".

La Sala, después de hacer un breve repaso por los pronunciamientos del TC y del TEDH sobre la cuestión, desciende al caso concreto y concluye que 1) El comunicado o panfleto objeto de enjuiciamiento **no contiene una denuncia mínimamente concreta de hechos de relevancia pública, sino una serie de descalificaciones.** La consideración de las expresiones descalificatorias incluidas en dicha hoja o panfleto como apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que atentan a la honorabilidad de la empresa y de sus dirigentes y directivos parece fuera de toda duda; 2) Los trabajadores despedidos **no son meros mensajeros de la opinión del sindicato**, pues deben conocer el significado de lo que reparten y no deben hacerlo si como en el caso contiene expresiones vejatorias; 3) **Ello no merma la facultad de crítica del sindicato** o de los representantes de los trabajadores; 4) No es excusa aceptable la apreciación incierta de que esas descalificaciones sean propias **del mundo del trabajo, y** 5) Ni tampoco que en la lucha sindical en la empresa demandada sean **habituales** tales apelativos, lo que no resulta probado, ni tampoco la tolerancia empresarial al respecto.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

A) Discriminación retributiva

a) Doble escala salarial

El problema de la **igualdad de trato en materia salarial** ha sido sin duda uno de los temas más recurrentes de los últimos años. Los criterios de la Sala Cuarta, para resolver los

problemas y dudas que suscitan las denominadas "dobles escalas" salariales no son quizá suficientemente claros ni permiten una elaboración doctrinal de criterios generales, ciñéndose en todos estos pronunciamientos a las concretas circunstancias concurrentes, lo que hace muy difícil, en los casos en que tales cuestiones se plantean en unificación de doctrina, aplicar como causa de inadmisión la falta de contenido casacional, pues la doctrina de la Sala, lejos de ser "general", está pegada al caso concreto.

En este aspecto, y sin ánimo de exhaustividad, es de destacar la **STS de 7 de julio de 2005 (recurso de casación 101/2004) que excluye el carácter discriminatorio o vulnerador del principio de igualdad** de las cláusulas convencionales o prácticas empresariales, en virtud de las cuales se **consolidan los ingresos concedidos en su día a los trabajadores ingresados en la empresa antes de una determinada fecha**, puesto que ello no supone el establecimiento de una doble escala o diferente tratamiento salarial injustificado o no razonable. Todo ello pone de manifiesto la dificultad de fijar criterios o soluciones estables y seguras en relación con este tipo de prácticas convencionales, que en definitiva parecen admitir la posibilidad de establecer condiciones personales para los trabajadores "veteranos", cuando se decide introducir en convenio o pacto de empresa modificaciones a la baja de las condiciones retributivas, aplicables a partir de un horizonte temporal y, por consiguiente, a los trabajadores de nueva contratación.

LA IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA SALARIAL HA SIDO SIN DUDA UNO DE LOS TEMAS MÁS RECURRENTES DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

Por su parte en la **STS de 15 de febrero de 2006 (recurso de casación 4/2005)**, se entiende que **no contraviene el principio de igualdad en materia salarial la creación de un nuevo nivel retributivo** (el Nivel XIII), dentro del Grupo Profesional I, del **Convenio colectivo de las Cajas de Ahorro para los años 2003-2006,** que percibe el 80% de la retribución que corresponde al Nivel XII. Las razones de la legitimidad de esa diferencia son, en esencia, su conexión con el nivel de **experiencia y capacidad, así como el carácter provisional o transitorio de la minoración.**

La **STS de 28 de febrero de 2006 (recurso de casación 92/2005)** descarta que exista discriminación en un supuesto de **negociación escalonada con el comité de empresa europeo de un grupo de empresas de un sistema de participación en beneficios**, que tiene en cuenta tanto los resultados en el conjunto del grupo como en las distintas divisiones nacionales. Entre otras razones, porque las diferencias resultantes de la implanta-

ción de dicho sistema y de los dispares resultados obtenidos en el grupo y en las filiales, además de ser algo natural y consustancial al propio sistema, no toma en cuenta criterio alguno de los mencionados en las normas antidiscriminatorias.

Mientras que la **STS de 14 de marzo de 2006 (recurso de casación 181/2004)**, compendio de doctrina constitucional y ordinaria sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales, declara igualmente que no existe discriminación por el hecho de que el convenio colectivo de la empresa Nissan Motor Ibérica, SA –objeto de impugnación– hubiese establecido una **garantía personal en virtud de la cual se mantenía para los trabajadores entonces en plantilla el importe de una serie de pluses que quedaban suprimidos para el futuro.** Una vez más, el hecho de suprimirse determinados conceptos retributivos pero manteniendo como garantía *ad personam* los importes que hasta ese momento vinieran percibiendo los trabajadores en activo, como ocurriera a raíz de la reforma de 1994 con los complementos de antigüedad, no se entiende una práctica negocial ilegítima. Ahora bien, en el caso se valora no sólo la existencia de acuerdo con el comité intercentros, ratificado a su vez por los comités de centro afectados, así como la contribución de los trabajadores ya empleados a la superación de una crítica situación empresarial –contribución que obviamente no han realizado los trabajadores de nueva contratación–, sino que la medida constituye una más de un conjunto mucho más complejo de decisiones. De ahí que la diferenciación retributiva se considere suficientemente fundada, objetiva y proporcionada, no encontrando base jurídica la pretensión de restaurar los pluses salariales suprimidos en virtud de la libertad de negociación y de la voluntad colectiva.

También, la **STS de 8 de mayo de 2006 (recurso de casación 179/2004)** desestima el recurso formulado por los sindicatos demandantes, que ponían en cuestión una decisión o práctica empresarial contenida en la denominada **"Normativa Laboral de La Caixa", en relación con la aplicación de las garantías de percepciones mínimas reconocidas a los empleados fijos al 28 de febrero de 1995 y no a los de nuevo ingreso con categoría inferior a la de Oficial de 1ª,** que consideran vulnera lo dispuesto en los artículos 14 CE y concordantes del ET.

Digna de mención es también la **STS de 25 de mayo de 2006 (recurso de casación ordinaria núm. 21/2005)** en la que se resuelve un supuesto de impugnación de determinadas previsiones convencionales que contemplaban ciertas ventajas salariales y sociales a los trabajdores de la empresa que hubiesen **adquirido acciones**, concluyendo el Tribunal que no es tolerable a la luz del derecho fundamental a la no discriminación tal dispar tratamiento por más que dichos trabajadores hubieran hecho un desembolso económico en su día para adquirir esas acciones, pues en su caso ya percibirán la correspondiente ventaja en forma de beneficios por reparto de dividendos, pero no es aceptable que además se les proporcione un mejor trato salarial o derechos laborales adicionales.

Y por último podemos citar una reciente sentencia dictada también en casación ordinaria de fecha **5 de marzo de 2007 (recurso de casación 187/2004),** que reitera la doctrina establecida para la misma empresa (CLH Aviación, SA) en una anterior Sentencia de 16

de enero de 2006 (recurso 213/2004), en virtud de la cual se rechaza la impugnación de los preceptos del convenio colectivo que contemplaban una especial ordenación de personal y clasificación profesional, promoción y desarrollo de carrera profesional, ascenso, duración y cómputo de jornada, excedencia y salarios, en función de si los trabajadores estaban ya al servicio de la empresa antes o después de una fecha, y ello con base en que se trata de una previsión razonable, visto que tal distinción tiene como base una **profunda transformación empresarial desde el monopolio en hidrocarburos al mercado abierto, la necesidad de adecuar sus estructuras organizativas y productivas y la necesidad de renegociar y respetar las condiciones *ad personam* de los trabajadores que provenían de CLH, SA y se integraban en la nueva empresa CLH Aviación, SA.**

b) Contratos temporales y normalización igualitaria

El TS en este período ha tenido que hacer frente a una gran cantidad de recursos en los que se planteaba la necesidad de un trato igualitario a los contratados temporales en particular con relación al complemento de antigüedad.

La primera de las sentencias que abordó de forma contundente esta cuestión, referida al complemento de antigüedad en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (que según convenio no se abonaba a los temporales), fue la **STS de 7 de octubre de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1/1213/2001),** donde expresamente se estableció que había que estar tanto lo dispuesto en la Directiva 1999/70 CEE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración indefinida como al artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores –resultado de las trasposición de aquélla– cuando dispone que "los trabajadores con contratos temporales y con duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con duración indefinida...", para precisar que, aun no aplicables tales preceptos a la situación contemplada en aquella sentencia ni en ésta por razones temporales, había que tenerlas en cuenta a la hora de interpretar los preceptos de cualquier Convenio anterior a la hora de resolver problemas concretos de aplicación de lo dispuesto en ellos a situaciones anteriores, en clara defensa de un principio de igualdad de trato entre fijos y temporales sin más excepciones que las contenidas en previsiones legales o en razones objetivas suficientemente justificativas de la diferencia de trato.

Esta sentencia fue seguida de otras, siendo de destacar la **STS de 7 de abril de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1149/2004)** que reconoce el derecho de los trabajadores temporales de la entidad Correos y Telégrafos, SA, a la **paga de resultados** correspondiente al año 2000, que vienen percibiendo el personal funcionario y el laboral fijo.

Con esos precedentes, en el período que nos ocupa, los pronunciamientos se han centrado en la determinación de si **el personal laboral temporal de las instituciones sanitarias de los Servicios de Salud de las correspondientes Comunidades Autónomas** tienen o no derecho al cobro de los trienios, a cuyo fin se han dictado varias series de sentencias, que,

pese a que en primera lectura pudieran parecer contradictorias, no lo son en absoluto. La sentencia clave para entender la doctrina de esta Sala al respecto, la configura la dictada en el recurso de **casación ordinaria número 101/2005, de 13 de julio de 2006,** que resuelve el derecho de los trabajadores del Imsalud (hoy Sermas) que tienen relación laboral temporal con un contrato que se remite en materia retributiva al RDL 3/1987, al cobro de los trienios propios del personal estatutario. En la doctrina sentada en esta sentencia se destaca cómo el Tribunal había denegado el cobro de esos trienios en casos aparentemente iguales (respecto del Instituto Catalán de Salud, en Sentencia de 13 de mayo de 2005), pero ello era porque ahí se reclamaban los trienios del Convenio Colectivo del personal laboral de la Red Hospitalaria de Utilización Pública, como también ocurrió en las diversas sentencias dictadas al respecto del personal laboral temporal del Servicio Canario de Salud (así en SS de 13 de mayo de 2005, 10 de febrero de 2006, 17 de febrero de 2006, 17 de marzo de 2006 y 13 de junio de 2006).

En definitiva, la remisión contractual al sistema retributivo del personal estatuario es válida siempre y cuando 1) se respete el mínimo de retribución que resultaría de aplicarse el convenio colectivo y 2) siempre que se respeten las normas laborales de Derecho necesario absoluto a las que pertenece el artículo 15.6 ET, que es la plasmación interna del contenido de la Directiva Comunitaria sobre normalización igualitaria ya citada, y cuya eficacia no puede eludirse por ese pacto contractual de aplicación en materia retributiva de lo previsto en el derogado RDL 3/1987, con lo que, en consecuencia, no se puede ver afectado por la previsión contenida hoy en el Estatuto marco del Personal Estatutario (artículo 44, que excluye del abono de trienios al personal estatuario temporal).

B) Despido Nulo de la mujer embarazada

Una de las sentencias que más repercusión ha tenido en el período que analizamos fue la **Sentencia, Sala General, de 19 de julio de 2006 (recursos de casación para la unificación de doctrina 387/2005 y 1452/2005**), que viene a establecer que para que el despido de una trabajadora embarazada pueda ser calificado como nulo en virtud de lo dispuesto en el artículo 55.5.b) ET es preciso que el empresario conociese la situación de embarazo. (Se acompaña de voto particular que insiste en el carácter objetivo de la calificación de nulidad, y se dictó también un auto de aclaración en una de ellas.)

Como esta sentencia habrá sido, sin duda, objeto de análisis en la ponencia referida al despido y extinción de contrato, no nos detendremos demasiado en ella. Baste señalar que, en la citada sentencia, se procede a una interpretación del artículo 55.5.b) del ET, del que podría hacerse ahora una lectura como sigue[4]:

> "será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha del comienzo del período de suspensión, **siempre y cuando al empleador**

(4) "La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados", Cristóbal MOLINA NAVARRETE, *Diario La ley*, de 12 de diciembre de 2006.

> **le conste antes del cese, cualquiera que sea el medio por el que adquiera tal conocimiento o pueda presumirse que lo conocía, el estado de embarazo de aquéllas".**

La Sala para llegar a esta conclusión utiliza cuatro niveles de argumentación**:**

1) Considera que el despido de la mujer embarazada es "un supuesto **particular** de "despido discriminatorio", esto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares".

2) Se acoge a una interpretación **gramatical** del precepto, cuando dice que "Será también nulo el despido en los siguientes supuestos..."

3) Se acude también a un argumento **histórico**: era tradicional en nuestro ordenamiento la existencia de nulidades de despido no vinculadas a supuestos discriminatorios (como el despido nulo del trabajador con contrato suspendido por IT) y el actual artículo 55.5.b) viene a establecer la nulidad para los despidos de trabajadoras en situación especial de debilidad contractual.

EN EL DESPIDO DE UNA MUJER EMBARAZADA EL DERECHO FUNDAMENTAL LESIONADO ES EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE SEXO O POR CARGAS FAMILIARES

4) Y, finalmente, se utiliza un argumento **conceptual**: La amplia y heterogénea gama de supuestos de despido considerados "adicionalmente" como nulos impide agotar el catálogo en despidos discriminatorios en general, y por razón de sexo en particular. Criterio al que añade otro, seguramente el de más peso aunque no lo diga así expresamente: el de la **seguridad jurídica**: ¿qué hacer en caso de que al tiempo del despido –como ocurrió en el supuesto que resuelve la sentencia– ni la propia trabajadora conociera su situación de embarazo? (así dice la sentencia: "**la certeza del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica**, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la … mujer embarazada").

Estos argumentos llevan a la mayoría de la Sala a entender que el citado precepto del ET lo que hace es contemplar la generalidad de los despidos nulos por vulneración de derechos fun-

damentales, y una especialidad para tales casos de embarazo, respecto de los que establece **no una nulidad objetiva, independiente del conocimiento del empresario o no, sino un refuerzo en el régimen probatorio aplicable:** si la trabajadora estaba embarazada y el empresario tenía conocimiento, por cualquier vía, se debe tener ya por acreditado el indicio de discriminación [que como es sabido hasta la reforma que introduce el artículo 55. 5.b), no bastaba sólo para acreditarlo con apoyarse en el hecho del embarazo en sí] correspondiendo entonces al empresario la acreditación de que el cese responde a propósito en nada vinculado al trato discriminatorio por el embarazo. Para la mayoría de la Sala, lo que hace el precepto es endurecer el reparto probatorio general en casos de vulneración de derechos fundamentales, eximiendo a la trabajadora de acreditar el indicio, bastando con que esté embarazada y el empresario lo sepa para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Estaríamos así, como dice la sentencia, ante *una presunción legal* **iuris et de iure***… del móvil discriminatorio*" (FJ 7º)[5].

Por su parte, el voto particular partiendo de un dato fáctico –que la prueba del conocimiento por el empresario del embarazo es "muy difícil"– y de una seria duda –posiblemente atentatoria a la dignidad de la mujer que no tiene por qué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo"–, concluye la irrelevancia del móvil discriminatorio, distinguiendo así una clase de despido nulo "objetivo", esto es, independiente de si la voluntad directa o indirecta del empresario fue menoscabar o no el derecho fundamental de no discriminación.

C) Consecuencias de la nulidad del despido y de la resolución de contrato con vulneración de derechos fundamentales

a) Compatibilidad de la indemnización adicional con la que corresponde por la extinción de contrato *ex* artículo 50 ET

Gran eco doctrinal ha obtenido la **sentencia de** fecha **17 de mayo de 2006, dictada en el recurso 4372/2004,** que viene a establecer la compatibilidad entre la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, y la obtenida por la extinción de contrato basada en incumplimiento grave y culpable del empresario, con la particularidad de que dicha compatibilidad sólo será posible si la invocación de la vulneración del derecho fundamental se hubiese hecho ya en la demanda. Como muy probablemente habrá sido objeto de análisis detallado en la ponencia relativa al despido, sólo haré algunas breves referencias a ella.

La citada sentencia, dictada en Sala General, fue llevada precisamente a esa Sala tras la alerta del Gabinete Técnico, pues se advirtió por éste a la Sala que en un supuesto casi

(5) La sentencia en este punto incide en alguna imprecisión, al hablar de la necesidad de un *tertium comparationis*, impropio de las situaciones discriminatorias, pues el mismo sólo es exigible para los casos de igualdad ante la ley, pero, frente a algún autor, que ha criticado la exposición de que se está ante una presunción que no admite prueba en contrario, con base en cómo no va a admitirse la prueba en contrario si el propio precepto acepta que el despido acabe siendo luego declarado como procedente, lo cierto es que la sentencia a lo que se refiere es a la prueba del "indicio de discriminación" no neutralizable por otra, lo que no deja de ser muy complejo.

igual (**STS de 25 de noviembre de 2004, recurso 6139/2003**) referido también a un caso de extinción de contrato por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, también de acoso moral invocado desde la propia demanda, la Sala había resuelto la incompatibilidad de las indemnizaciones postuladas, siguiendo la que era la tesis hasta entonces mantenida (**SSTS de 3 de abril de 1997, recurso 3455/1996 y 11 de marzo de 2004, recurso 3994/2002).**

Ya en esta última sentencia se hacía muy difícil la justificación de un resultado discordante con lo sostenido respecto de las sentencias por despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, donde hacía tiempo que se había aceptado la posibilidad de las indemnización adicional, y ello se puso de manifiesto en el voto particular que la acompañaba, que ya parecía alumbrar la posibilidad de admitir la compatibilidad con cualquier otra indemnización adicional, no sólo la resultante de la vulneración de un derecho fundamental *ex* artículo 180.1 LPL. En efecto el voto particular que acompaña a la sentencia del recurso 3994/2002 expresamente señala que:

> "la indemnización prevista en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido".

La sentencia que aquí comentamos, de 17 de mayo de 2006, superando el obstáculo que pudieran configurar aquellos otros pronunciamientos que negaban la posibilidad de la indemnización adicional, dado que en esos casos la extinción de contrato se había ya producido y la reclamación adicional indemnizatoria se articulaba en proceso posterior en base al arículo 1101 del CC, termina por aceptar la compatibilidad en los términos ya adelantados, y lleva voto particular de dos magistrados, pues entienden que debió haberse aprovechado para modificar ya plenamente el criterio de la Sala General de la sentencia de 11 de marzo de 2004 recaída en el recurso 3994/2002, dejar sentado ya que en los supuestos de conductas empresariales vejatorias es posible percibir, junto a la indemnización que pueda corresponder por la resolución del contrato, otra indemnización por los perjuicios morales producidos por esas conductas[6].

(6) Es preciso recordar que la Ley 51/2003, **de 2 de diciembre** (BOE del 3) de **Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad** ha señalado en materia de tutela judicial y protección contra las represalias por sufrir trato consistente en acoso discriminatorio por razón de discapacidad, que "la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente, **no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori***. La indemnización por **daño moral** procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión" (artículo 18.2). Esta previsión, sin duda extensible a la jurisdicción social dados los amplios términos en que esta ley va concebida, supone un elemento de distorsión importante respecto de la doctrina de la Sala que acabamos de relatar.

La doctrina no ha tardado en analizar las conclusiones de la sentencia que nos ocupa, insistiendo en la tesis del voto particular y cuestionando la auténtica naturaleza de la indemnización por despido o resolución de contrato, que por más que insista la jurisprudencia, se sostiene ya por algún autor[7] que no es plena ni tasada en su cuantía, sino más que en relación a lo que pretende reparar, esto es, la falta de readmisión y pérdida del empleo, pero que en consecuencia podría venir acompañada de una indemnización adicional reparadora de otros daños caudados por la decisión de despido, no sólo los que son frutos de trato vejatorio por parte del empresario.

Finalmente, es preciso destacar que la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres** ha modificado los artículos 27, 180 y 181 de la LPL para aceptar la **acumulación** en las demandas de despido y resolución de contrato, de la reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental, así como establecer con meridiana claridad la **compatibilidad** entre esa indemnización y la derivada del despido extinción.

b) Indemnización de los gastos jurídicos generados al trabajador para obtener una sentencia de despido nulo

La Sala Cuarta admitió, con informe en tal sentido del GT, el **recurso 588/2006** que acaba de ser resuelto por **Sentencia de 4 de abril de 2007.** En efecto, lo allí planteado era una acción de reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios, para compensar los causados como gastos y honorarios de letrado para la consecución de un despido nulo[8].

(7) "Naturaleza jurídica de la indemnización por despido improcedente y compatibilidad con la indemnización legal tasada e indemnización de daños y perjuicios", Comentario a la Sentencia de 17 de mayo de 2006 (recurso 4372/2004, Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 722, de 22 de febrero de 2007.

(8) Según relata el informe del letrado del GT –Enrique Reig– el actor fue objeto de un despido disciplinario declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao al haberse producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, interponiendo la empresa demandada recurso de suplicación del que desistió, dictándose por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el auto correspondiente. Por la actuación profesional del letrado en dicho procedimiento el actor abonó una minuta de 7.346,03 euros que reclamó a la empresa en la demanda inicial de las presentes actuaciones como daño material, así como otros 600 euros por daño moral. El Juzgado rechaza íntegramente la reclamación por este segundo concepto y en relación con el daño material –consistente en los gastos de asistencia letrada– estima sólo el abono de 601 euros referidos a la fase de recurso del procedimiento anterior (parece que con base en el artículo 233.1 LPL), pronunciamiento confirmado en suplicación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de diciembre de 2005 que desestima el recurso del actor. Dice la sentencia que la empresa vulneró un derecho fundamental del trabajador que acredita un perjuicio padecido pero concluye que "el importe de la reparación no puede concretarse en el importe de los honorarios del Letrado que la empresa no ha podido impugnar, sino que dicha reparación económica habrá de ser ponderada por el órgano judicial en el presente procedimiento", y confirma la cantidad de 601 euros establecidos en la instancia.

Recurre la parte actora en casación para la unificación de doctrina, proponiendo de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de diciembre de 2003. En lo que aquí interesa, dicha sentencia confirma la de instancia que había condenado a la empresa demandada a abonar al actor la cantidad de 8.082,66 euros importe de la minuta del letrado en procedimientos anteriores por despido en los que se declaró la nulidad de los mismos (hecho probado quinto). Considera la sentencia (fundamento sexto) que "se ha generado un gasto real y acreditado al que el trabajador ha tenido que hacer frente debido a la conducta empresarial, cuya radical inadecuación a derecho ha sido judicialmente afirmada".

La Sala desestima el recurso por falta de contradicción, pero, dado el interés del asunto, procede a establecer en un *obiter dicta* las razones que en cualquier caso hubieran llevado a la Sala a desestimar el recurso en cuanto al fondo. A tal fin establece que 1) el artículo 21 de la LPL sienta el principio de la asistencia letrada **facultativa** en la instancia, siendo de su cuenta el pago de los mismos; 2) pretender la condena en proceso aparte al abono de los honorarios de letrado supondría un fraude a ese principio de **gratuidad** del proceso laboral en la instancia, por el que el legislador ha optado por más que parezca justo que el que acude en defensa de sus interesas a los tribunales deba quedar indemne de todo perjuicio sufrido; 3) admitir el mecanismo de tal reclamación de honorarios abonados supondría la privación al interesado y condenado de **impugnar** los honorarios como excesivos (artículos 35, 245 y 246 LEC); 4) por otro lado, se abriría una puerta a la reclamación sin fin, pues esta reclamación de horarios derivada del despido nulo acarrearía nuevos honorarios, también reclamables y así en un **bucle** sin fin, y 5) otra cosa sería que se hubiese argumentado en el propio pleito de defensa de derechos fundamentales, donde sí se contempla la indemnización resarcitoria adicional.

No parece, de todos modos, que el Tribunal acepte esta última posibilidad más que como contraargumento para consolidar las razones de la hipotética desestimación de fondo.

EL PROBLEMA FUNDAMENTAL DE LAS PRUEBAS BASADAS EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ES QUE CON MUCHA FRECUENCIA SON TACHADAS COMO OBTENIDAS EN CONTRAVENCIÓN DE ALGÚN DERECHO FUNDAMENTAL

V. DERECHOS FUNDAMENTALES, EXÁMENES MÉDICOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Son precisamente las modernas tecnologías (informática, Internet, audio,vídeo, exámenes médicos y genéticos, teletrabajo) las que permiten unas mayores y más sutiles posibilidades de vulneración de los derechos fundamentales, ya previas al proceso (vgr., grabaciones para fundamentar un despido) y luego coetáneas a él (aportando como prueba el vídeo o audio obtenido), lo que provoca la necesidad de establecer con prioridad si la prueba que soporta la decisión empresarial ha sido obtenida o no con vulneración de derechos fundamentales (lo que supondría su inutilidad como tal prueba) y así mismo, en ocasiones lo que se plantea es si la medida de control adoptada por el empresario, y basada en las nuevas tecnologías, es respetuosa de los derechos fundamentales del trabajador.

La proliferación de este tipo de litigios ha supuesto también su llegada al Tribunal Supremo, donde de nuevo, la barrera de la contradicción ha impedido en la mayor parte de los casos su acceso al fondo del asunto. Aún así, algún pronunciamiento se ha producido al margen de los autos de inadmisión recaídos, y conforme luego veremos, existen algunos admitidos que podrían terminar por sentar doctrina en este particularmente interesante terreno.

A) Obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales

Como ya hemos señalado problema fundamental de este tipo de pruebas basadas en la nueva tecnología (acceso a los discos duros, Internet, correos electrónicos, pruebas con soporte audio/vídeo, etc.) es que con mucha frecuencia son tachadas en el momento de su proposición como **obtenidas en contravención de algún derecho fundamental** (esencialmente el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones)[9].

Cuando el Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse a recurso de unificación de doctrina que planteaba la ilicitud de la prueba obtenida, ha terminado siempre, hasta el momento, inadmitiendo por falta de contradicción, cosa por otro lado explicable atendidas

(9) A este respecto es conveniente recordar la jurisprudencia del **Tribunal Constitucional** sobre el particular, único referente hasta el momento, a falta de doctrina de la Sala Cuarta del TS en estas cuestiones:

a) Los Derechos Fundamentales, y de entre ellos el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE, se configura como un derecho vinculado a la propia personalidad, derivando sin duda de la dignidad de la persona que consagra el artículo 10.1 CE, y ello implica que "existe un ámbito propio y reservado frente a la acción y reconocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, y 202/1999, de 8 de noviembre, entre otras) y por ende, **este derecho a la intimidad es aplicable a las relaciones laborales** (STC 98/2000, de 10 de abril).

b) No obstante, ningún derecho fundamental es absoluto, por lo que **puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes** siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, y en todo caso, que sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994 y 143/1994).

c) Puede concluirse, en consecuencia, que el **poder de dirección del empresario**, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (artículo 20 ET), atribuye al empresario la facultad de adoptar medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto de la dignidad del trabajador.

d) Es preciso por ello, que exista el **necesario equilibrio** entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo para el trabajador en el ámbito –modulado por el contrato de trabajo, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional (STC 6/1998).

e) El control jurisdiccional para determinar si una determinada prueba ha sido obtenida con violación de un derecho fundamental debe partir del análisis de lo que el TC llama el "**Juicio de Proporcionalidad**": la medida adoptada para su obtención debe ser idónea (juicio de **idoneidad**), esto es, debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto, debe ser necesaria (Juicio de **necesidad),** es decir, que no exista otra media más moderada para obtener igual objetivo con idéntica eficacia, y finalmente la medida debe ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de **proporcionalidad estricto**).

Así el TC ha declarado como constitucionalmente obtenida y acorde al citado principio la prueba de una grabación mediante circuito cerrado de televisión porque existían razonables sospechas de la comisión de irregularidades por el trabajador, era necesaria pues configuraría la mejor prueba de tales sospechas, y proporcionada, pues se limitó a una zona (la caja) y por un tiempo determinado (STC 186/2000, de 11 de agosto), y sin embargo rechazó la medida empresarial (y con ella la obtención de prueba alguna a través de ella) de añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad donde ya existían otros sistemas de control de grabación de imágenes, pues en tanto no se había revelado una quiebra de los existentes ni resultaba indispensable para la seguridad del casino, más bien obedecía al propósito de controlar genéricamente el cumplimiento de sus obligaciones por los trabajadores (STC 98/2000).

las múltiples circunstancias que suelen incidir en estos pleitos y la dificultad de apreciar la contradicción en los términos del artículo 217 de la LPL[10].

Podemos recordar aquí el **Auto del TS de 14 de noviembre de 2006 (recurso 4542/2005)**, que inadmitió el recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Tenerife) de 15 de julio de 2005 (recurso 456/2005), recaída en un procedimiento por despido disciplinario seguido por la trabajadora demandante frente a la mercantil TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SA. La trabajadora había venido prestando servicios para la demanda con la categoría profesional de Técnico Comercial hasta que con fecha de 23 de julio de 2004 se le comunica el despido por motivos disciplinarios y en los amplios términos que por extenso recoge la narración histórica. La conducta sancionada quedó constreñida a la **divulgación de información de carácter personal de un cliente a favor de un tercero con el que la accionante tenía trabada una relación de amistad.** Dichos datos se obtuvieron de una **base de datos** de la demandada de acceso restringido**, acceso que tuvo lugar desde el equipo informático asignado a la actora y con su identificador.** Constaba así mismo que el día 16 de julio de 2004 la empresa inició la instrucción de un expediente disciplinario previo al despido, y carta de pliego de cargos de la misma fecha, acordándose como medida cautelar la suspensión de empleo y sueldo durante la tramitación del mismo. Con fecha 21 de julio de 2004 la trabajadora impugnó el pliego de cargos. La sentencia de instancia desestimó la pretensión siendo dicho pronunciamiento confirmado por la Sala de suplicación. La recurrente denunciaba en unificación de doctrina que las pruebas obtenidas directa o indirectamente, que hayan violentado los derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto y serán nulas a todos los efectos y que los documentos que hayan sido obtenidos directa o indirectamente violentando derechos fundamentales, devienen ineficaces, designando a los efectos de viabilizar su impugnación la sentencia dictada por la Sala homónima de Cataluña de 9 de julio de 2002 (recurso 7878/2001). La aludida sentencia había recaído asimismo sobre un despido disciplinario en el que se imputaba al trabajador la autoría de unos **determinados correos electrónicos ofreciendo a la empresa la venta de unos productos sobre los que ella misma estaba investigando y la emisión de un e-mail con ofensas y amenazas a un socio de la empresa.** La sentencia califica la decisión extintiva empresarial como improcedente con base esencialmente en que la demandada no justificó la autoría de los hechos imputados toda vez que la única prueba esgrimida no pudo valorarse al haberse obtenido ilícitamente. La Sala sentenciadora tras afirmar que la empresa tiene derecho a ejercer la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador y también a velar por el buen uso del sistema informático que pone a su disposición para el cumplimiento de sus obligaciones laborales así como de la utilización y acceso a las terminales de cada uno de los trabajadores, no puede, sin embargo, averiguar la dirección personal particular y privada del actor que en ningún caso se aprecia como emisor de los correos, máxime cuando las claves de acceso no habían sido facilitadas por el trabajador, sin que tampoco existiera la menor constancia de que para la emisión de los citados correos se utilizara

(10) Difícilmente se pueden colmar en forma plena las expectativas anunciadas por la doctrina, cuando se afirma que las nuevas tecnologías "van a oponer a prueba nuestra especial configuración procesal laboral de los recursos, en el sentido de poder ver los límites del recurso de casación para la unificación de doctrina ante decisiones de TSJ que están dando respuestas dispares a situaciones esencialmente asimilables". Salvador del REY GUANTER en "Reflexiones Introductorias" del libro *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, AAVV, editorial La ley, pág. 8.

ordenador o material informático de la empresa, lo que constituye a juicio de la Sala una vulneración del artículo 18.3 CE.

El auto de inadmisión se basó, esencialmente, en el diferente debate existente en ambas sentencias: en la recurrida la empresa para fundar el despido acudió a su propia base de datos, a través de la terminal informática de la actora, pero sin que conste la forma en que se accedió a ella, mientras que en la de contraste se deja meridianamente claro que la empresa "hurgó" en el ordenador del trabajador para averiguar su dirección de correo privada, y sin que hubiera constancia de que usara el despedido los medios informáticos de la empresa para enviar tal información.

Como se puede apreciar, la dificultad de que se den dos supuestos semejantes al respecto de esta materia ha hecho casi imposible la superación de la fase de contradicción. **No obstante, existe un recurso admitido sobre el que luego volveremos para exponer su particularidades**.

B) Correos electrónicos y uso de Internet

Como ya anticipé más arriba, las nuevas tecnologías son un campo propicio para la duda y la incertidumbre desde la perspectiva del ejercicio del poder disciplinario, y al mismo tiempo, dado su poder de control y acumulación de datos, campo abonado para la vulneración de derechos fundamentales, razón por la que la cautela ha de ser máxima en este terreno[11].

La posibilidad de comunicarse el trabajador con otros compañeros de trabajo, o con el exterior de la empresa, a través del ordenador de la empresa cuyo uso tiene atribuido mediante el correo electrónico, así como la posibilidad de acceder a información de Internet desvinculada con el contenido del trabajo está siendo, cada vez más, objeto de estudio por los tribunales en el análisis de reacciones disciplinarias de los empresarios[12].

Son dos los interrogantes que se nos plantean y que algunos autores ya han abordado[13]:

1) ¿Puede constituir un acto de vulneración de derechos fundamentales del trabajador (intimidad, honor, imagen, inviolabilidad de las comunicaciones) el acceso por el empresario al programa de correo electrónico instalado en el ordenador de aquél?

(11) "La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos", Juan Manuel SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, *Justicia Laboral*, mayo 2004, págs. 44 y ss.

(12) Estos dos aspectos (derecho al uso del correo electrónico y a la navegación en Internet) es lo que se ha dado en llamar los "derechos *on line*" de los trabajadores o "derechos informáticos de los trabajadores". Véase "Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional", de Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y José Luis LÁZARO SÁNCHEZ en el libro *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, pág. 12.

(13) "El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores", Álvaro SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, *Actualidad Laboral*, semana del 25 de octubre, 2001.

2) Si la primera pregunta tuviera una contestación afirmativa, la segunda sería irrelevante; pero si el empresario pudiera acceder a esa información ¿debería tener alguna cautela al hacerlo o tendría la facultad de poder acceder en cualquier momento?

Los distintos Tribunales superiores de Justicia han abordado estas cuestiones de modo dispar y atendiendo a las circunstancias del caso concreto. No pocos han sido los que han llegado al TS, y como ya anticipamos, en su inmensa mayoría han terminado en auto de inadmisión, y cuando el Gabinete técnico ha informado de admisión, la sentencia ha acabado por desestimar al apreciar la falta de contradicción. Por su parte, recientemente el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha dictado una **Sentencia de 3 de abril de 2007** en la que ha condenado a un Colegio inglés a indemnizar a una de sus trabajadoras por monitorizar y controlar sus comunicaciones sin informarla previamente (Copland vs United Kingdom, Apágs. no. 62617/00)[14].

LA POSIBILIDAD DE ACCEDER A INFORMACIÓN DE INTERNET DESVINCULADA CON EL CONTENIDO DEL TRABAJO ESTÁ SIENDO, CADA VEZ MÁS, OBJETO DE ESTUDIO POR LOS TRIBUNALES

Naturalmente la cuestión que abordamos conecta directamente con la analizada en el apartado anterior (la obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales) en lo referente al primer interrogante.

Los pronunciamientos de la Sala Cuarta que han abordado la cuestión que analizamos ahora son esencialmente dos: la **STS de 22 de noviembre de 2005 (recurso 4965/2004) y la de 28 de junio de 2006 (recurso 605/2005), la primera referida a un despido disciplinario por uso indebido –para fines particulares– del correo electrónico, y la segunda por uso indebido de Internet**[15], y las dos concluyeron con falta de con-

(14) El Colegio efectuaba control informático de toda la actividad de la empleada: llamadas telefónicas (números llamados, fecha y hora de la llamada, duración), correo electrónico (fecha y hora de envío o recepción, destinatarios) y hábitos de navegación en Internet (sitios visitados y duración). Además no existía una norma general de monitorización y control de la actividad general de los empleados, ni advertencia previa a la trabajadora de tal control. El tribunal entiende que la información sobre fechas, horas y números de teléfonos llamados forman parte del derecho a la intimad de la trabajadora, como también los correos enviados y las páginas visitadas en Internet, al amparo del contenido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, que literalmente reza así: **"Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.** 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Los correos electrónicos enviados y la navegación por Internet han de quedar igualmente protegidos".

(15) Como destaca la doctrina, los términos de la cuestión se identifican con la tensión entre las facultades de control y vigilancia del empleador, por un lado, y la existencia de un eventual derecho a la intimidad del trabajador sobre el "espacio virtual" integrado por los archivos informáticos de los ordenadores personales o los servidores de las empresas. ("El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa", Daniel MARTÍNEZ FONS, en *Relaciones Laborales y Nuevas Tenologías*, págs. 190 y ss.) En ese marco, no parece que sea lo mismo el acceso al e-mail por el empresario que la comprobación de las páginas visitadas en Internet, puesto que en este último se distinguen actos de comunicación pura y simple, y actos de localización de información. Sólo los primeros tendrían la protección derivada del artículo 18 de la CE.

tradicción, aunque habían superado el trámite de inadmisión con informe favorable del Gabinete Técnico.

En la primera de ellas se solicitaba la declaración de nulidad de un despido por vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el de libertad sindical, o, de manera subsidiaria, la declaración de improcedencia de la medida empresarial. La empresa había colocado en el tablón de anuncios una nota prohibiendo la utilización por los trabajadores del correo electrónico para asuntos particulares, advertencia que de idéntico contenido se hizo al demandante. El 27 de mayo de 2003, el actor fue sancionado por una falta muy grave y por otra falta grave y el 3 de junio de dicho año se le comunicó por escrito el despido por utilizar el correo electrónico para asuntos particulares. Después de presentado preaviso de elecciones sindicales en la empresa el 30 de mayo de 2003, el demandante presentó su candidatura por un sindicato, decidiendo el 3 de julio de 2003 dimitir como integrante de la candidatura a dichas elecciones. La sentencia de suplicación llegó a la conclusión de que no eran de apreciar indicios de vulneración de derecho fundamental alguno y de que, atendida la gravedad de la conducta del demandante, era merecedor del despido calificado como procedente.

La Sala Cuarta, tras analizar el requisito de la contradicción y comparar los hechos, fundamentos y pretensiones de la recurrida con la de contraste[16] llega a la conclusión de que no concurre la contradicción exigible, puesto que la demanda de la sentencia de contraste no solicitaba la declaración de nulidad del despido, por haberse vulnerado derecho fundamental alguno, sino sólo la improcedencia por dos motivos: primero, por haber obtenido la prueba de los incumplimientos con vulneración del derecho fundamental a la intimidad, con lo que no podría tenerse en cuenta ni probado el quebranto de la buena fe o abuso de derecho y, segundo, por la situación de acoso sufrido por el trabajador. La falta de contradicción centrada en este caso en la distinta petición de ambos recursos de suplicación (por más que en los dos se cuestionase el acceso por el empresario a la información que justificó el despido) de nuevo impidió a la Sala el pronunciarse respecto de tan interesante cuestión.

La **otra sentencia (recurso 605/2005) concluye igualmente en falta de contradicción** en un caso en el que la sentencia recurrida había declarado improcedente el despido de un trabajador a quien se le imputaba faltas de asistencia y puntualidad al trabajo, así como **la utilización irregular 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. Para ello la Sala del País Vasco afirma la ilicitud de la prueba utilizada para obtener la información causa del despido, rechazando los argumentos de la sentencia de instancia que defendió la licitud al no estar acreditado que la empresa haya accedido al contenido de los correos, pues simplemente identificó a la persona, fecha y

(16) Ésta resolvió un recurso de suplicación interpuesto contra la resolución de instancia que había estimado las dos pretensiones acumuladas de la demandante: la de rescisión del contrato de trabajo, al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, y la de despido calificado como improcedente, sin invocar como vulnerado derecho fundamental alguno. El recurso de suplicación fue desestimado y confirmada la sentencia de instancia.

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. Por su parte en la de contraste se declaraba la procedencia del despido del trabajador ingeniero técnico que tenía una cuenta de correo y acceso a Internet, sin limitación expresa alguna, al que en la carta de despido se le imputa la utilización de tales herramientas de trabajo en múltiples actividades personales que ninguna relación tenían con la empresa, estimando 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 del mismo, 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.

Los supuestos eran en extremo próximos y proporcionaban las sentencias repuestas dispares, pero la Sala Cuarta entendió que no había contradicción entre ellas, básicamente porque en la de contraste la imputación se centraba esencialmente en el abuso de derecho (la dedicación a navegar por Internet durante la jornada de trabajo) y que en ella *el acceso a los registros de páginas visitadas y el tiempo dedicado se efectuó en presencia de un representante de los trabajadores*, lo que a juicio de la Sala da más garantías.

Pudiera deducirse, aunque es muy arriesgado (puesto que el hecho relevante a los efectos de la contradicción no siempre coincide en intensidad con lo que sería relevante para la decisión de fondo) que aunque la sentencia termina en falta de contradicción**, la Sala Cuarta entendería extensibles las garantías del artículo 18 del ET al ordenador del empleado**, aunque lo cierto es que se efectúa esa afirmación vinculada a la garantía sobre la veracidad del resultado **(materia de prueba)** no tanto en razón a que dicha garantía fuera exigible para proteger el derecho de la intimidad del trabajador**, puesto que ello exigiría considerar las carpetas informáticas archivadas en el disco duro del ordenador del empleado como "efectos personales"**[17]**, y hasta ahí no llega la Sala.**

C) Tiques

Buena prueba de la hipersensibilidad que nos invade en materia de derechos fundamentales lo constituye el caso que resuelve la **STS de 18 de diciembre de 2006, dictada en el recurso de casación ordinaria núm. 112/2005.**

(17) La doctrina que ha analizado el tema se ha inclinado por asimilar las carpetas archivadas en el disco duro del ordenador con los "efectos personales", descartando su asimilación a la "taquilla". Daniel MARTÍNEZ FONS en la obra citada.

En efecto, unos sindicatos formulan demanda de conflicto colectivo para que se declarase nula la práctica de empresa (El Corte Inglés) **de hacer constar en los tiques, resguardos o justificantes de compra que se entregan a los clientes, el nombre y apellido, o apellidos, del trabajador vendedor que interviene en la operación de venta, así como las expresiones, siglas o abreviaturas "Sr./Srta."**, que anteceden en su caso a los datos personales anteriores y que tal decisión ha modificado la práctica o uso empresarial mantenido de forma inveterada hasta el año 2003, consistente en que en el resguardo de compra sólo aparecía **un número que identificaba al vendedor.** Para ello se argumentaba que dicha práctica empresarial constituye intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad personal, al no estar expresamente autorizada por la Ley, y no existe un interés empresarial o de tercero que justifique la plasmación en un documento comercial de tales datos personales, cuando además, la celebración del contrato de trabajo no implica la limitación de tal derecho, pues los poderes de dirección y organización del empresario no pueden ejercerse en menoscabo o limitación de los derechos fundamentales del trabajador y, por otra parte, se trata de una decisión empresarial que no es necesaria o imprescindible.

La AN desestimó la demanda, y también el TS desestima el recurso de casación ordinaria, proporcionando la oportunidad de que el Tribunal, liberado del obstáculo de la necesidad de contradicción, ofrezca doctrina sobre el derecho a la intimidad del trabajador en la relación de trabajo y sus límites.

Pare ello el Tribunal comienza por recordar que en la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del honor, la intimidad y propia imagen se contempla como intromisión ilegítima "**la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga**" (artículo 7.6).

En el caso que se resuelve, dice el Tribunal, se trata de la utilización del nombre del trabajador por la empresa en el tique de venta, pero **ese uso no tiene un fin publicitario, comercial o de naturaleza análoga, sino que su finalidad es la de dar a conocer al cliente la identidad del trabajador** que intervino en la operación mercantil, sin ofrecer una imagen de cualesquiera otros de los aspectos vinculados a la intimidad, como puedan ser domicilio, edad, estado civil (pues de la expresión "**Aten. Sr./Srta."** cuyo uso es de trato social respetuoso, no cabe deducir aquella circunstancia, ni aun de forma implícita dado que además de comprender ambos sexos, se utiliza tanto para referirse a persona soltera, casada, viuda o divorciada), por lo que no lleva la puesta en peligro de la esfera de la intimidad del interesado y en consecuencia no quebranta el contenido esencial del derecho como afirma la sentencia de instancia.

Además, todos los empleados de la mercantil demandada que lo desean llevan **un broche en su uniforme con su nombre y apellidos o sólo apellidos,** y no puede aceptarse que la inclusión del nombre del empleado en el tique suponga un riesgo adicional de lesión de su intimidad con base en que el soporte físico, frente a la chapa identificativa que llevan prendida, pudiera ser proporcionado a terceros, pues ello debe conjugarse

con la necesidad de mejorar la atención al público y fidelizar al cliente, de manera que con sólo ver el tique pueda identificar al empleado que le atendió, y sin que pueda entenderse que esa información pueda ser utilizada por el cliente en la búsqueda de otros datos personales del empleado, pues el acceso a registros públicos puede efectuarse ya con la información visual que el propio cliente tiene de la chapa identificativa que muestra el empleado.

Recuerda el Tribunal la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad y su modulación en las relaciones laborales, y termina por señalar que, en las relaciones comerciales, el dato del nombre del empleado queda en el triángulo empresas-empleado comercial y cliente, y ello justifica de forma plena que en el caso concurre en la aludida práctica el **requisito de racionalidad**, a lo que cabe añadir que tal información a la que se accede continuamente en las relaciones sociales, no permite confeccionar un perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole que sirvan para cualquier otra utilidad que constituya un potencial perjuicio para el individuo, extendiéndose luego la sentencia en la apreciación de que el **uso del nombre es garantía frente a la cosificación,** para terminar rechazando la pretensión y desestimando el recurso.

LA VIGILANCIA DE LA SALUD TENDRÁ QUE IR CONECTADA A LOS RIESGOS INHERENTES AL TRABAJO, CUALQUIER CONTROL AL MARGEN DE ESTE OBJETIVO SERÍA INCONSTITUCIONAL

D) Exámenes médicos

Como ya expuse en otra ocasión[18] la vigilancia de la salud del trabajador es sin duda una posible fuente de conflictos, y acarreará serios problemas probatorios cualquier decisión que se adopte con base en datos obtenidos o almacenados relativos a esa faceta de la intimidad del empleado, pues como ha dicho la doctrina[19], en principio **las características biológicas de la persona**, sus condiciones físicas y estado de salud pertenecen al estricto ámbito de su intimidad, lo cual supone el derecho de cada persona a ocultar sus defectos físicos o su situación patológica, salvo cuando deba considerarse excepcionalmente justificado el conocimiento de tales defectos, y con las limitaciones que éstos requieran. Esta postura es la que ha mantenido el Tribunal Constitucional (vgr., SS 37/1988 y 20/1992).

Y es que **la Ley de Prevención de Riesgos Laborales** establece en su artículo 22 la obligación del empresario de "garantizar

(18) "La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos", ya citada.

(19) SÁNCHEZ PEGO, "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", *AL*, núm. 2, 1997, pág. 23.

a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud" señalando a continuación que dichas medidas de vigilancia y control se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y a la confidencialidad de toda la información relativa a su estado de salud".

En consecuencia, dicho control de la salud del trabajador tiene que venir **consentido por el trabajador**, salvo en aquellos casos en que por la naturaleza del trabajo en conexión con los riesgos fuera imprescindible someterse a dicho control atendida la situación de un riesgo potencial para el propio trabajador o sus compañeros, o cuando venga impuesto por disposición legal o cuando resulten imprescindibles para minorar los riesgos del trabajo. La vigilancia de la salud tendrá que ir conectada a los riesgos inherentes al trabajo, **cualquier control al margen de ese objetivo sería inconstitucional** y, por ello, inconstitucional la aportación como prueba de la información médica así obtenida y nulo el despido acordado en base a esos datos.

Además los datos médicos obtenidos deberán ser **notificados al trabajador**[20] y no deberán salir del servicio médico de la empresa, debiendo el empresario sólo conocer las conclusiones del reconocimiento en lo tocante a la aptitud del trabajador para el desempeño de su trabajo o si es necesario adoptar medidas preventivas.

Pues bien, en ese marco, el TS ha tenido la posibilidad de acercarse en dos ocasiones a esta materia en el período que analizamos.

La primera fue con ocasión de la **Sentencia de 22 de julio de 2005 (recurso 1333/2004),** en la que se decidía un recurso sobre un **despido objetivo por ineptitud sobrevenida** y que la sentencia recurrida había declarado nulo debido a que **no se comunicó al trabajador la patología que tuvo en cuenta la empresa para adoptar su decisión ni cuál fuese la razón** por la que su dolencia, afectante a una rodilla, fuese tenida como impedimento para el desempeño profesional, ya que se estimó no bastaba para ello la mera referencia genérica a un Real Decreto que regula la totalidad de las aptitudes físicas, psíquicas y sensoriales requeridas para poder realizar tales servicios y obtener la licencia para el uso de armas, así como los centros autorizados para practicar los reconocimientos y valorar la aptitud, y esta indefensión causada, dice la Sala de suplicación, no se justifica en base al derecho a la intimidad del trabajador afectado (derecho a no publicitar sus dolencias).

La Sala Comienza **por recordar la previsión legal** (artículo 22.1 LPRL) en virtud de la cual se establece la obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, excluyéndose la necesidad de que el trabajador afectado preste su consentimiento cuando, entre otros supuestos y previo informe de los representantes de los trabajadores, la realización del reconocimiento sea

(20) En el derecho comparado se consideran tales datos sobre la salud "supersensibles", de tal suerte que en algunos ordenamientos (Francia) ni siquiera se concede al trabajador, directamente, la posibilidad de acceder a los mismos si no es a través de un médico de su confianza, por lo difícilmente inteligibles y altamente distorsionantes que los meros datos médicos pueden llegar a ser.

imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

A continuación se afirma que de la normativa aplicable se infiere **la idoneidad del medio al que acudió la empresa para constatar si el trabajador conservaba, o no, la aptitud necesaria para su desempeño profesiona**l, sin que pueda considerarse preceptivo remitir al trabajador a su reconocimiento en los centros autorizados para practicar las pruebas de aptitud para el uso de armas y para desempeñar las funciones de vigilancia de seguridad privada, frente a lo afirmado por la sentencia recurrida, y por ello, y a la luz de la previsión de los apartados 2 al 4 del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –que establecen que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se lleven a cabo respetando el derecho a la intimidad del trabajador y "la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud", a la que sólo tienen acceso el personal médico y las autoridades sanitarias competentes, debiendo ser comunicados al trabajador los "resultados" de los reconocimientos, pero no así al empresario, que únicamente será informado "de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo– llega a la conclusión de que el empresario cumplió con su obligación de informar de la causa del cese por ineptitud dentro de los límites de sus posibilidades para no afectar al derecho a la intimidad del actor, y que no puede considerar dañado **su legítimo derecho a la defensa porque** al haberle hecho saber que tal decisión venía determinada por el dictamen del Servicio de Vigilancia de Salud de la Mutua de Accidentes de Trabajo consecuente al reconocimiento médico practicado en virtud de lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el trabajador pudo recabar de dicho servicio la comunicación del "resultado" del reconocimiento, cuyo derecho le viene conferido por el artículo 22.3 de dicha Ley.

El segundo pronunciamiento destacable al respecto lo constituye la **STS de 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación ordinaria 140/2005) dictada en proceso de impugnación del I Convenio colectivo de Correos y Telégrafos,** en el que, además de atacar la configuración de determinadas comisiones, se pretendía la declaración de ilegalidad de la previsión consistente en el **examen médico obligatorio** que exige el apartado a), párrafo quinto, de los Anexos III de los Acuerdos de 27 de febrero de 2004, **con carácter previo a la contratación del personal laboral, por considerar que menoscababa el derecho a la intimidad de los futuros empleados de Correos.**

El Tribunal resuelve **que no se ha producido la vulneración denunciada**, para lo cual procede a un exhaustivo repaso de la doctrina del TC sobre la materia [en el sentido de que el derecho a la intimidad resulta plenamente aplicable en el ámbito del contrato de trabajo, según recoge el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y, de otra, que al empresario le está vedada una intromisión en la esfera privada del individuo] pero resaltando cómo ello hay que conectarlo con la **obligación legalmente impuesta al empresario de velar por la salud** de los trabajadores, y ese cuidado "se lleva a la práctica mediante los reconocimientos médicos adecuados y que tales reconocimientos llevan en sí una intromisión en la esfera privativa del trabajador, lo que puede suponer una agresión

a su intimidad personal garantizada en el artículo 18.1 de la Constitución Española (CE), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo humano quisiera imponerse sobre la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento".

Tras recordar el Tribunal **la voluntariedad para el trabajador** de estos reconocimientos médicos (que figura también, además de en la LPRL, en el artículo 14.2 de la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, del Consejo de la UE, Directiva "Marco" de Seguridad y Salud en el Trabajo), señala no obstante que dicha voluntariedad cede cuando dichos reconocimientos **son imprescindibles** para evaluar los riesgos que sobre la salud puedan tener las condiciones de trabajo, o cuando el estado de salud del empleado pueda, atendidas las tareas a realizar, suponer un riesgo para sí o terceros, o cuando una disposición legal o reglamentaria así lo contemple. Reflexiona el Tribunal en este punto que la amplitud de los supuestos **deja la voluntariedad prácticamente reducida a cero, salvo supuestos de fraude,** que no pueden presumirse nunca de soluciones convencionales, y siempre que se **"respete la dignidad y la confidencialidad de la salud** a que se refieren los apartados 2 y 4 del repetido artículo 22 y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo", por lo que concluye que "solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir aquella finalidad o las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal, lo que no ocurre en el caso que ahora se examina".

E) Controles biométricos

Los avances tecnológicos en la aplicación de medidas de control han alcanzado un nivel extraordinario, dejando muy disminuida la importancia de las grabaciones sonoras o videográficas, estando ahora en pleno apogeo el control mediante **GPS, o los controles biométricos de presencia** (toma de patrones corporales personales e inconfundibles, como la huella dactilar, para incorporarlos a un sistema de acceso y salidas).

El TS ha tenido oportunidad de pronunciarse (STS de 19 de diciembre de 2005, recurso 138/2005) al respecto de la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de una demanda que cuestionaba las órdenes emanadas de la Consejería de Obras públicas de Andalucía de recogida de datos biométricos sin consentimiento de los trabajadores para el establecimiento de un sistema de control, sin audiencia del comité de empresa y que, en consecuencia, se anularan las disposiciones de la empresa y anularan los datos recogidos. La Sala de suplicación había anulado inicialmente la de instancia, declarando la competencia del orden social, y el juzgado de instancia había insistido en la incompetencia, a lo que en el segundo recurso de suplicación la Sala de Andalucía respondió desestimando el recurso. El TS defiende la competencia del orden social de la jurisdicción y ordena la devolución de las actuaciones al Juzgado para que se pronuncie sobre las cuestiones planteadas en el pleito.

F) Operativa bancaria

Aunque tangencialmente vinculada con las nuevas tecnologías, merece destacarse también un reciente pronunciamiento de la Sala **(STS de 7 de marzo de 2007, recurso de casación 132/2005),** que ha tenido lugar en el marco de una demanda de conflicto colectivo interpuesta por la "Asociación de Inspectores de Entidades de Crédito de España" (AIECA) y del "Sindicato Autónomo de Trabajadores de España" (SATBE), en pleito en el que la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2005, desestimando pretensión –principal– relativa a la solicitud (había otras, pero no interesan en este momento) de la declaración de **nulidad de la Circular Interna 10/2002 (18 de octubre), mediante la que se aprueba el "Código de Conducta para el Personal del Banco de España".**

La Sala procede en primer lugar a descartar problema alguno por el hecho de que el Banco de España haya emitido **una circular interna que regule aspectos laborales**, puesto que "no existe obstáculo alguno de orden lógico o jurídico para que tal normativa de autoordenación no se extienda también a materias de innegable naturaleza laboral, pues ello no significaría más que el simple ejercicio del poder de dirección que al empresario corresponde *ex* artículo 20 ET ('instrucciones adoptadas... en el ejercicio regular de sus facultades')."

EL PODER DE DIRECCIÓN NO PUEDE MINORAR LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR, INVIOLABLES TALES COMO EL RESPETO A LA DIGNIDAD PERSONAL Y EL DE GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Por otra parte, dice el Tribunal, la pretensión de los actores se limita exclusivamente a la **obligación de efectuar declaraciones anuales que se impone a los empleados que "tengan o puedan tener información privilegiada"**, respecto de titularidad y operaciones realizadas con valores o instrumentos financieros; con lo que se evidencia que lo realmente impugnado no es la Circular, como ejercicio de una potestad reglamentaria, sino más bien parte de su contenido, y además no puede atribuirse a dicho código falta de cobertura legal porque, en lo que toca al tema aquí discutido, cuenta con el inequívoco apoyo que representa el **RD 629/1993,** de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y que tiene el objetivo confesado –Exposición de Motivos– de "contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores", y que en su artículo establece que todas las sociedades y agencias de valores "deberán elaborar un reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento, que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes", para el que se establece un mínimo que incluso excede de las previsiones contenidas en el Código de Conducta aprobado

por la Circular 10/2002, objeto de debate. Concluye así la Sala que la Comisión Ejecutiva del BE **tenía habilitación legal** suficiente para redactar –mediante Circular Interna– el Código de Conducta relativo al deber de comunicación de operaciones financieras, y consecuentemente, por fuerza ha de ser que **tal materia no era de obligada negociación colectiva.**

Entrando ya en lo que al objeto de este trabajo más importa, la Sala aborda entonces si el citado Código de Conducta, en el aspecto ya mencionado, supone una vulneración del arículo 20 del ET (por exceder el *ius variandi*) y del artículo 18 de la CE, por significar una vulneración del derecho fundamental a la intimidad de los empleados afectados.

El Tribunal, tras recordar que el poder de dirección no puede minorar los derechos del trabajador –inviolables– que están garantizados por la Constitución, tales como el respeto a la dignidad personal (artículos 10 CE y 20.3 ET) y el de garantía de la intimidad (artículos 18 CE y 18 ET), procede a efectuar un **repaso por la doctrina del TC** al respecto del juego del poder de dirección del empresario y el respeto de los derechos de los trabajadores en el seno de la relación de trabajo.

A la luz de esa doctrina, el Tribunal concluye que el contenido de dicho código de conducta no supone extralimitación del poder directivo del empresario, siendo de destacar que más puede calificarse de "irregular" ejercicio de las facultades directivas el cumplimiento –por el empresario– de normas internas (antes, el RD 629/1993; en la actualidad –tras la Ley 62/2003– el artículo 6 bis LABE) y comunitarias (las indicadas "Orientaciones" del BCE). En realidad, con la aprobación del Código de Conducta, el BE más que materializar expresión alguna del poder de dirección, propiamente **se limita a ajustar su actuación empresarial al imperio de la ley y con ello a acatar el principio de legalidad.**

Y finalmente, aborda una cuestión delicada: dicho código de conducta contempla la obligación de informar de las operaciones bancarias efectuadas por el propio trabajador **por sí mismo o por persona interpuesta**, señalando que se entenderá como "persona interpuesta, en todo caso, al cónyuge, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, la pareja de hecho, los hijos, tanto los menores de edad como los mayores que vivan en el domicilio familiar...", y la Sala se plantea, en el marco del correspondiente motivo de casación, **si ello configura una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, concluyendo que no es así.** Para ello, se repasa la doctrina del TC en esta materia, en general y al respecto de la relación de trabajo (el juego de las medidas de control y el pleno respeto al derecho a la intimidad, a través del llamado "juicio de proporcionalidad"), y se concluye que **la cláusula que fundamentalmente se cuestiona en el presente procedimiento (la relativa al concepto de "persona interpuesta") supera sin dificultades los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** que la doctrina exige en toda medida restrictiva de un derecho fundamental. Y ello, dice el Tribunal, porque **1)** "sólo extendiendo la obligación de comunicar las operaciones con valores a las realizadas por familiares en segundo grado (convivientes) y por la pareja (de derecho o hecho), puede conseguirse evitar el posible conflicto de intereses, siendo así que

la actividad financiera de personas tan próximas (en el sentimiento y en la convivencia) afecta a la economía familiar tanto como la del empleado y en todo caso por fuerza ha de vivenciarse por éste como si fuese propia; ello al margen de que una elemental cautela –se trata de garantizar la imparcialidad– aconseja una solución con la que se evita toda suspicacia y también la tentación de fraude interpositorio"; 2) porque no se alcanza a encontrar medida distinta que proporcione igual resultado de forma menos invasiva, y 3) porque tampoco es desproporcionada ya que tiene una limitada proyección familiar y que no se extiende al íntegro patrimonio, sino exclusivamente al extremo que guarda íntima relación con la información confidencial que pudiera tenerse sobre la negociación con "valores o instrumentos financieros emitidos por entidades sometidas a supervisión del Banco de España".

G) El teletrabajo

Es fácil imaginar la cantidad de problemas que provocarán los pleitos que tengan como fundamento la decisión de convertir a un trabajador ordinario en teletrabajador, así como el control de los "teletrabajadores"[21] que, por esencia, desempeñan sus tareas en su propio domicilio. Existen Convenios colectivos que contemplan la posibilidad de control del concreto puesto de trabajo mediante visita del empresario a la casa del trabajador previa advertencia y con asistencia de un representante de los trabajadores.

Los Convenios colectivos que recogen esta figura del teletrabajador contemplan la obligación del trabajador de permitir el acceso a su domicilio del empresario o a quien él designe para el mantenimiento del equipo, a los delegados de seguridad para vigilar el cumplimiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, y los encargados de analizar la calidad productiva, pero siempre exigiendo el "mayor respeto al domicilio del teletrabajador" y "previa comunicación a los sindicatos".

En tales casos el control empresarial por medio de la informática exige, según ha señalado la doctrina que se ha ocupado del tema, que sea preciso que se acredite plenamente el "interés empresarial", es decir, que se pruebe una necesidad productiva objetiva **en instalar los medios de control oportunos,** así como demostrar el carácter de necesario, suficiente, razonable y proporcionado, esto es, que no haya otra fórmula más respetuosa para los derechos fundamentales del trabajador[22].

En el marco doctrinal que describimos, y desde la perspectiva normativa, es también destacable en esta materia el **Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo** de fecha 16 de julio de 2002, que quedó incorporado al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 pactado entre CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, publicado por Resolución de la DGT de 31 de enero de 2003, BOE de 2 de febrero[23].

(21) Alfonso Carlos ALIAGA CASANOVA, en "El Teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad", artículo publicado en el *Boletín del Ministerio de Justicia,* núm. 1902.

(22) Juan José HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO. *Utilización y control de datos laborales automatizados,* edición de la Agencia de Protección de datos, pág. 82.

(23) Dicho Acuerdo Marco ofrece una definición del teletrabajo: "El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo,

Pues bien, el TS ha tenido la oportunidad de analizar indirectamente la figura del teletrabajo en su **Sentencia de 11 de abril de 2005 (casación ordinaria 143/2004).**

Dicha sentencia resuelve un conflicto colectivo planteado contra la empresa TPI (Páginas Amarillas) en impugnación del Acuerdo efectuado entre la Dirección y la llamada Comisión de la Oficina virtual, por el que, en definitiva, se venía a acordar que el trabajador comercial del Canal de Venta Directa realizase las funciones administrativas en su propio domicilio con las compensaciones que se pactan.

La Sala comienza por despejar algunas dudas suscitadas en el recurso, en particular la referida a si el acuerdo impugnado supone una vulneración del derecho a la **inviolabilidad del domicilio**, cuestión sobre la que la doctrina se había mostrado sensible[24]. Para el Tribunal "Es obvio que no hay vulneración del artículo 18.2 de la Constitución. Este precepto contiene, según la doctrina constitucional, dos garantías: la primera y más general supone que el domicilio, como espacio privado, debe resultar 'inmune a cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos' y la segunda consiste en una aplicación concreta de la primera garantía y 'establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliar', de forma que 'fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial' [STC 22/2003 (RTC 2003\22) y las sentencias que en ella se citan]. Pues bien, el acuerdo colectivo impugnado no contiene la habilitación de ninguna acción que pueda ser calificada como una invasión del domicilio. Lo que se reprocha al acuerdo es otra cosa: que los negociadores hayan pactado una obligación de prestar el trabajo en el propio domicilio del trabajador; algo que, según la parte recurrente, excede de sus facultades de disposición. Pero el que pueda producirse esta actuación *ultra vires* no significa en absoluto que el simple hecho de obligarse a trabajar en el domicilio 'sin más precisiones' pueda configurase como una infracción de la inviolabilidad del domicilio".

Para resolver la segunda imputación que se efectúa en el recurso al acuerdo impugnado (vulneración y desbordamiento del artículo 41 ET), la Sala establece que, dado que se trata de vendedores, que, por esencia, pasan la mayor parte de su jornada fuera de los cen-

en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular", y en lo que a nosotros nos importa ahora, contempla dos pautas de relevancia, de un lado, la obligación del "empleador de informar al teletrabajador, en especial de todas las restricciones sobre el uso de los equipos o útiles informáticos tales como Internet, y de las sanciones en caso de no respetarlo". Así mismo, se establece el marco del respeto a los derechos del trabajador ("El empleador respeta la vida privada del teletrabajador"), y finalmente establece que si "se coloca cualquier tipo de sistema de control, ha de ser proporcional al objetivo e introducido conforme a la Directiva 90/270/CEE sobre pantallas de visualización de datos".

(24) Así, por ejemplo, XAVIER SOLÁ, en "La introducción del teletrabajo en la empresa", en el libro *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, AAVV, págs. 51 y ss., donde señala lo cuestionable que sería una decisión unilateral del empresario de convertir en trabajador a domicilio a un trabajador ordinario, por lo que supone inevitablemente de transformaciones del domicilio de éste, la ubicación allí de material de la empresa, así como porque el límite esencial de la movilidad geográfica, tenga o no cambio de residencia, está en el centro de trabajo disponible por el empresario, y no goza evidentemente de tal disposición del domicilio del trabajador. Se recuerda también una famosa sentencia de la Court de Casation francesa de 2 de octubre de 2001, que negó la conversión unilateral de un trabajador interno en teletrabajador.

tros de la empresa (visitando clientes) y sólo de vez en cuando acuden a los locales de ésta para realizar el trámite administrativo (gestión de pedidos de anuncios en páginas amarillas, facturación, etc.), y sólo a esta pequeña parte de las funciones afecta el cambio (pues pasarían a realizar esas tareas administrativas en sus domicilios, con un ordenador de la empresa), ello significa que no pueda aceptarse, por tanto, la tesis de la parte recurrente de que lo que existe es un **cambio completo de modalidad contractual en la medida en que de un contrato de trabajo común se ha pasado a un contrato a domicilio**. Sin embargo, aunque no sea así tampoco es aceptable –dice el Tribunal– la posición de la empresa recurrida que considera que estamos ante una modificación del sistema de trabajo –"de la herramienta o medio de trabajo empleado"– que afecta a un elemento no esencial de la prestación.

Procede el Tribunal ahora a un análisis comparativo entre el teletrabajo y el trabajo a domicilio, dos figuras próximas, pero distintas, con regulaciones diferentes (artículo 13 ET frente al Acuerdo Europeo del Teletrabajo), entre las que existe un punto de conexión que la doctrina ha dado en llamar el "nuevo contrato a domicilio", y eso es lo que acontece en el presente caso: no consta en el Acuerdo impugnado un sistema de control informático del empresario de la actividad a desarrollar en el domicilio por el vendedor, y es inevitable la conclusión de que asistimos a un cambio de condiciones de trabajo que rebasa el límite del artículo 41 del ET, no sólo ya porque afecta al propio régimen contractual, sino porque supone una afectación inevitable de la intimidad del trabajador, porque cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en centro de trabajo, en lugar de producción, el propio espacio donde se desarrolla la vida privada del trabajador y esto no sólo supone **un coste adicional**, que puede quedar sin retribución, como en el caso de que haya que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares, sino que también puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que **deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, como también de las decisiones de la autonomía colectiva**, que han de operar sobre las materias colectivas [Sentencias de 11 de abril de 2000 (RJ 2000\3946), 30 de abril de 2002 (RJ 2002\5688) y 20 de octubre de 2004], pero no sobre aquellas que pertenecen a la vida privada del trabajador.

CUANDO SE CONVIERTE EL DOMICILIO EN UN LUGAR DE TRABAJO SE ESTÁ OBLIGANDO AL TRABAJADOR A PONER A DISPOSICIÓN DEL EMPLEADOR ALGO MÁS QUE LA FUERZA DEL TRABAJO

En atención a todo ello el tribunal procede a anular el acuerdo en cuanto establece con carácter obligatorio la aplicación del teletrabajo a domicilio para el personal del canal de venta directa, sin perjuicio de que este personal pueda voluntariamente aceptar ese cambio en las condiciones que establece el acuerdo y sin perjuicio también de que en su caso puedan aplicarse las medidas previstas para el resto del personal.

VI. EL ACOSO MORAL Y SEXUAL EN LA DOCTRINA DE LA SALA

Son muy numerosos los pleitos laborales que tienen conexión con el acoso moral, y muchos han alcanzado el recurso de unificación de doctrina, aunque en su inmensa mayoría han sido inadmitidos[25].

Aun así, es conocido que la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en dos ocasiones: una, la de la STS ya citada (**17 de mayo de 2006, dictada en el recurso 4372/2004)** relativa a la compatibilidad de la indemnización entre la resolución de contrato y la adicional por daños y perjuicios (en un caso de acoso moral). La otra en la **STS de 5 junio de 2005 (recurso 1838/2004),** que resolviendo un recurso contra la sentencia que había resuelto una demanda de tutela de derechos fundamentales por acoso sexual en la que se solicitaba una indemnización por la lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral, siendo que al mismo tiempo se había formulado denuncia penal ejercitando conjuntamente la **acción civil derivada del delito** de acoso sexual.

Según señala la Sala, se trata de responder a la pregunta de si ese pronunciamiento puede hacerse independientemente y duplicado en los procesos penal y social o, dicho de otra manera, si cabe el ejercicio simultáneo de la acción civil en ambos procedimientos, cuyo trámite concurrente es perfectamente posible[26].

El tribunal acaba fijando **dos conclusiones** de importancia: 1ª) En aplicación de lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144, 1563), **es posible la tramitación simultánea de las acciones originadas en normas penales o laborales, aun referidas a unos mismos comportamientos**, ante los órdenes penal y social, y 2ª) Ejercitada la acción **civil** para el resarcimiento de daños y perjuicios en vía penal, **hasta que ésta no concluya, no puede reiterarse ante el orden social** de la jurisdicción. Y todo ello recordando, entonces, que el ejercicio de la acción civil en vía penal, interrumpe la prescripción de la acción social de indemnización, apreciando una litispendencia, que por consiguiente (aunque no se aclara en la sentencia) viene a impedir en definitiva el ejercicio de la acción social resarcitoria una vez ya obtenida indemnización civil por el delito de acoso, lo que no se compadece con la cita de la

(25) En el período de enero de 2005 a marzo de 2007 se ha dictado un total de 62 autos de inadmisión referidos a recursos relacionados, de una u otra manera, con el acoso moral o *mobbing*. En el mismo período se han dictado 8 autos de inadmisión por acoso sexual.

(26) Recuérdese la doctrina del TC al respecto, representada, por todas, por la Sentencia 24/1984, de 23 de febrero.

doctrina de la Sala al respecto del *quantum* indemnizatorio en materia de accidentes de trabajo (necesidad de tomar en cuenta, para el cálculo de unas indemnizaciones, lo recibido ya en tal concepto por otra vía).

VII. CUESTIONES PENDIENTES DE PRÓXIMA RESOLUCIÓN

En la actualidad se encuentran pendientes de decisión de la Sala algunas cuestiones de gran trascendencia sobre el tema que nos ocupa, y aunque haber superado la fase de inadmisión no es garantía de que el Tribunal entre al fondo del asunto pues aún cabe en sentencia apreciar la existencia de defectos formales o de falta de contradicción que provoquen la desestimación sin analizar la cuestión debatida, es lo cierto que las probabilidades de obtener sentencia de fondo son altas.

Son numerosos los recursos planteados y admitidos y pendientes al respecto del posible trato **discriminatorio y vulnerador de la garantía de indemnidad** que sufren los empleados temporales de **Correos y Telégrafos** en el caso de que hubiesen demandado contra sus ceses sentencia declarando la improcedencia del despido, pues en tal caso, y según contempla un Acuerdo incorporado al Convenio colectivo, son excluidos de la Bolsa de trabajo o lista de espera. Todos ellos, no obstante, deberán ser respondidos a la luz de la reciente sentencia dictada en Conflicto colectivo sobre la misma cuestión (STS de 9 de marzo de 2007, recurso de casación 108/2005), que ha resuelto la constatación de que dicha previsión de exclusión de la bolsa, si bien no supone vulneración de la garantía de indemnidad (pues no existe ya relación laboral viva) sí que supone una vulneración del principio de igualdad. Es de destacar que la Sala había tenido ya la oportunidad de analizar una cuestión semejante en el **Conflicto Colectivo 1706/1996,** donde se solicitaba la declaración de la ilegalidad de una exclusión muy parecida a la que aquí se contempla, pero en tal caso recogida en una Circular que se extralimitaba del Acuerdo sobre listas de espera también de Correos y Telégrafos, resolviéndose en sentido estimatorio por sentencia dictada en Sala General de fecha 23 de junio de 1997.

Respecto de **acoso moral** consta admitido un **recurso (2543/2006)** en el que el núcleo de contradicción radica en decidir si en un pleito sobre acoso moral tiene **legitimación pasiva o no el acosador.** No olvidemos que, como tuve oportunidad de reflexionar en otro trabajo[27], uno de los problemas habituales en este tipo de pleitos de acoso es la duda que se plantea, tanto a la parte actora como al Juzgador, consistente en si debe ampliarse la demanda contra el acosador cuando esté perfectamente identificado, esto es, cuando el sujeto activo del acoso es uno de los jefes, o un compañero de trabajo y éstos concentran todo el protagonismo de la actuación destructiva. Razones de orden práctico nos han llevado en múltiples ocasiones a **aceptar la ampliación** de la demanda (por el riesgo de generar indefensión a un sujeto, que va a poder ser identificado como protagonista de una

(27) "La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) a la luz de la actual normativa", obra citada.

acción incluso constitutiva de delito[28] en un pleito en donde no se le ha dado posibilidad de alegar ni probar nada al respecto).

Con ocasión del **acoso sexual**, esta cuestión se planteó también con bastante frecuencia y la solución adoptada en la mayoría de los casos fue la de codemandar al acosador junto con la empresa que conocía y había tolerado la situación. En tales circunstancias era habitual que se alegase la **incompetencia de jurisdicción por razón de la materia** por parte de la defensa letrada del acosador, o también la falta de legitimación pasiva, al amparo de la consideración de que si se demanda al acosador, cuando es compañero de trabajo (no el propio empresario) se está configurando el litisconsorcio para un pleito ajeno al campo subjetivo del artículo 2.a) LPL (competencia de la jurisdicción social para conocer de **las cuestiones litigiosas que se promuevan entre los empresarios y trabajadores como consecuencia de su contrato de trabajo**). La doctrina judicial en tales casos había siempre expresado la indudable competencia del orden social para el conocimiento de tales litigios, así como, en su mayoría, había apreciado la necesidad de codemandar al acosador (vgr., la STSJ de Galicia de 14 de enero de 1998, recurso 4949/1997). Y la doctrina que ha abordado el tema viene aconsejando normalmente la extensión de la demanda al acosador (*mobber*), invocando para ello razones de orden práctico [29]:

Al respecto de la **obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales** se encuentra admitido el **recurso 966/2006,** en el que el núcleo a debatir será si el acceso al ordenador que usa el empleado se debe o no realizar con respeto de las previsiones contenidas en el artículo 18 del ET (que tenga lugar en horas de trabajo, que sea imprescindible para garantizar la protección del patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores, que se respete al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y que se cuente con la asistencia de un representante legal de los trabajadores, o en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa).

Finalmente, se encuentra en trámite de admisión un **recurso (8/2007)** en el que se plantea si la declaración en una sentencia estimatoria de tutela de derechos fundamentales del derecho a percibir un determinado plus, con carácter general y a modo de condena de futuro, exime ya del planteamiento de pleitos posteriores sobre idéntica cuestión, siendo suficiente la extensión en ejecución de los efectos de la sentencia de tutela a las cuantías vencidas.

(28) Establece el **artículo 173 del Código Penal** lo que sigue:

"1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años". Por su parte, el artículo **314** del mismo cuerpo legal, en la redacción en vigor desde el 1 de octubre de 2004 configurada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal, señala que: "Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses".

(29) ESCUDERO MORATALLA, y POYATOS MATAS en "Acoso laboral. Diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción", *Actualidad Laboral*, núm. 47, año 2003, tomo 3, pág. 803. Igualmente, ambos autores en la monografía: Mobbing: *análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, págs. 181 y ss.

VIII. EL FUTURO QUE VIENE: EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL[30]

Por último, sólo quiero abordar unas breves consideraciones en torno a la reforma de la LOTC y las consecuencias que ello tendrá sobre la cuestión relativa a la atención que el TS presta a los derechos fundamentales.

En efecto, el Proyecto 121/000060 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, contempla, en lo que aquí nos interesa, una modificación del incidente de nulidad de actuaciones. En palabras de la Exposición de Motivos de dicho proyecto: "con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico".

EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA LO 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CONTEMPLA UNA VARIACIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Efectivamente, como señala la doctrina[31] la necesidad de reformar el recurso de amparo es obvia, pero no lo es menos que la inmensa mayoría de los recursos de amparo se inadmite, que el 87% de los recursos de amparo se centra en la infracción del arículo 24 de la CE, y que muy pocos son los amparos estimados –lo que justifica que la tutela de los derechos fundamentales por la justicia ordinaria es bastante buena, y que un tercio de los recursos de amparo tiene sentencia del TS, lo que demuestra que su intervención no aminora el impulso a acceder al TC–. En este contexto, alterar la regulación del inci-

(30) Un mes después de elaborado el presente artículo y antes de su publicación, ha tenido lugar la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (BOE del 25) por la que se modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificando sustancialmente la redacción que contenía el Proyecto de Ley Orgánica en la Disposición Adicional Primera modificando el incidente de nulidad de actuaciones, y afortunadamente, despejando los problemas que en ese punto dicho proyecto planteaba y se analizaban en este apartado.

(31) "La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo", Aurelio DESDENTADO. Trabajo pendiente de publicación al tiempo de redactarse estas líneas.

dente de nulidad de actuaciones, con la intención de ofrecer una tutela de amparo directa por el órgano judicial ordinario, se adivina como un desplazamiento del problema y un previsible colapso del TS.

Repárese en que la nueva regulación, tras comenzar con la consabida afirmación de que "no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones", señala seguidamente que "Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario".

En consecuencia, cuando la Sala de lo Social del TS se pronuncie en un recurso de unificación de doctrina o de casación ordinaria en el que la pretensión venga ya encaminada a la tutela de un derecho fundamental, la resolución –contra la que por esencia, no cabrá recurso alguno– podrá ser cuestionada en nulidad de actuaciones por vulneración de derecho fundamental siempre que se trate de una vulneración que no haya podido denunciarse antes. Es por ello patente que en tales concretos casos sólo podrá ir vinculada a una vulneración del artículo 24 de la CE (cualquier otro derecho fundamental ya vendría invocado en el recurso correspondiente) causada por el propio Tribunal. En los demás casos, en que el recurso verse sobre cualquier otra cuestión ajena a la tutela de derechos fundamentales, es difícil imaginar que la sentencia del TS haya podido lesionar cualquiera de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la CE, distinto del contenido en el artículo 24 de la CE.

Pero lo que es indudable es que, dada la gratuidad en el orden social de la jurisdicción, el número de incidentes de nulidad de actuaciones con invocación del artículo 24 de la CE será grande (igualdad en la aplicación de la ley, incongruencia, error patente, etc.) y ello no evitará la posterior demanda de amparo ante el TC. Se avecinan tiempos duros para el TS sin que ello garantice una mejor tutela de los derechos fundamentales.

IX. BIBLIOGRAFÍA

– AAVV, *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, CGPJ, Madrid, 2005.

– ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo" *Aranzadi Social*, núm. 2, 2006.

– BAZ TEJEDOR, José A., *La Tutela Judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Lex Nova, 2006.

– BORRAJO DACRUZ, Efrén, "Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos", *Actualidad laboral*, núm. 3, 2004.

– CASAS BAAMONDE, M.E., "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe", *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2004.

– GONZÁLEZ MACIÁ, Ángel Manuel, "El valor de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. ¿Es el Derecho del Trabajo la 'hermana pobre' del Derecho?", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2004.

– PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en AAVV (SEMPERE NAVARRO, A.V., dir./MARTÍN JIMÉNEZ, R., coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 229 y ss.

– RIVERO LAMAS, J., "Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional", en AAVV (MONTOYA MELGAR, A., coord.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

– RODRÍGUEZ-PIÑERO Miguel y BRAVO-FERRER, "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", en AAVV, *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

– SAGARDOY Y BENGOECHEA, Juan Antonio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005.

– TÁRRAGA POVEDA, José, "Trabajador o siervo. (O, definitivamente, sobre la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo)", *Aranzadi Social*, núm. 16, 2004.

– VALDÉS DAL RÉ, F., "Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003.

"Persona del trabajador, Constitución, principio de igualdad", en AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

Ajustes unilaterales en las condiciones económicas por excesiva onerosidad sobrevenida

ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA

Profesora Agregada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pontificia Comillas de Madrid
Facultad de Derecho (ICADE)

Resumen

Ajustes unilaterales en las condiciones económicas por excesiva onerosidad sobrevenida

En el presente trabajo se analizan los distintos tipos de medidas de ajuste en las condiciones económicas que puede adoptar unilateralmente el empresario desde situaciones de "excesiva onerosidad sobrevenida" en sentido amplio. Desde esta perspectiva se estudia exhaustivamente la facultad extraordinaria de introducir modificaciones sustanciales peyorativas prevista en el artículo 41 del ET: dedicando singular atención al presupuesto causal que ineludiblemente ha de concurrir para su ejercicio; sometiendo a un riguroso test de viabilidad jurídica las medidas unilaterales más traumáticas y controvertidas imaginables (esto es, las consistentes en una reducción directa del salario) y poniendo de relieve las zonas de contacto y fronteras que la separan de otros mecanismos y técnicas de ajuste salarial, reglados (compensación y absorción y descuelgue) y no reglados (la vieja cláusula rebus sic stantibus *y las doctrinas civiles afines).*

Abstract

Unilateral adjustments in the economic conditions because excessive overtaken onerousness

In the present work are analyzed the different types of adjustment measures in the economic conditions that can be unilaterally adopted by the businessman from situations of "excessive overtaken onerousness" in wide sense. From this perspective it is exhaustively studied the extraordinary ability to introduce pejorative substantial modifications foreseen in the article 41 of the ET: dedicating singular attention to the causal budget that unavoidably must converge

for its exercise; subjecting to a rigorous test of juridical viability the more traumatic and more controversial unilateral measures (this is, those consisting in a direct reduction of the wage) and emphasizing the contact areas and frontiers that separate them of other mechanisms and techniques of salarial adjustment, ruled (compensation and absorption and take down) and not ruled (the old clause rebus sic stantibus and close civil doctrines).

Sumario:

I. Introducción. II. Obstáculos generales para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y otras doctrinas civiles afines como respuesta a situaciones de "excesiva onerosidad sobrevenida" en el ámbito laboral. III. Las modificaciones sustanciales de las condiciones económicas por iniciativa empresarial al amparo del artículo 41 del ET. A) Tipos de modificaciones posibles al amparo del artículo 41 del ET. a) Modificación del sistema salarial. b) Modificación de la estructura de la retribución aplicable. c) Modificación de las percepciones o beneficios extrasalariales. d) Modificación de las variables, bases, o factores de cálculo del salario. e) Modificación del medio de pago o condiciones de disfrute de percepciones en especie (salariales o extrasalariales). f) Modificación del régimen de liquidación y pago. g) Modificación peyorativa de la cuantía salarial –de determinadas partidas o de derechos económicos cuantificados en función del salario– o del importe de las percepciones extrasalariales. B) Fuentes de condiciones económicas que pueden verse afectadas por decisiones empresariales tendentes a su supresión o modificación *in peius*. C) Entidad de la modificación necesaria para su calificación como sustancial. D) Presupuesto causal necesario para considerar justificada la modificación unilateral. E) Proyección del ajuste salarial. a) Proyección subjetiva. b) Proyección temporal.

IV. La aplicabilidad residual de la cláusula *rebus sic stantibus* en materia retributiva. A) Atendiendo a la fuente. B) Atendiendo a la entidad de la modificación pretendida. C) Atendiendo a la causa esgrimida.

I. INTRODUCCIÓN

Habida cuenta de la frecuencia y rapidez con que tienen lugar cambios en el contexto económico y empresarial en el que se desenvuelven las relaciones laborales, resulta imprescindible para las empresas disponer de recursos, técnicas o mecanismos que les permitan proceder a un ajuste en las condiciones de trabajo de manera ágil; y ello, con el fin de que puedan adoptar con la urgencia debida las medidas que estimen apropiadas para asegurar su competitividad y, a la postre o, en su caso, su viabilidad y la supervivencia de las relaciones de empleo.

Nuestro Derecho Laboral permite la puesta en práctica de tales ajustes, también respecto de condiciones económicas, pero establece las debidas limitaciones, garantías y mecanismos de control. Ahora bien, es preciso poner de relieve que en nuestra legislación no se incluye una regulación normativa ordenada y acabada sobre el particular. Por el contrario, simplemente nos encontramos con preceptos dispersos que inciden en la materia: artículo 41 del ET –que faculta al empresario para modificar unilateral y sustancialmente las condiciones de trabajo cuando ello venga justificado por razones económicas, organizativas, técnicas o productivas; artículo 82.3 del ET –que permite al empresario descolgarse del régimen salarial del convenio sectorial aplicable–; y, con sumisión al ritmo de la negociación colectiva: artículo 26.5 del ET –que contempla la clásica técnica de "compensación y absorción salarial"–; y artículos 82.4 y 86 del ET –que ordenan el proceso de revisión y sucesión de convenios colectivos, permitiendo que se alcancen acuerdos regresivos–. Y junto a estos dos últimos mecanismos reglados de ajuste, en la práctica –y en el marco de la negociación colectiva– se vienen aplicando otras técnicas racionalizadoras de costes (así, las llamadas "dobles escalas salariales" y las cláusulas sobre compensación y absorción "global", flexibilizadoras de la clásica jurisprudencia en la materia).

LAS MODIFICACIONES QUE INCIDEN EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LOS TRABAJADORES NO ESTÁN SOMETIDAS A UN RÉGIMEN JURÍDICO UNITARIO

Y a la vista del referido marco normativo de referencia podemos avanzar que en nuestro ordenamiento las modificaciones que inciden en el régimen económico aplicable a los trabajadores no están sometidas a un régimen jurídico unitario, sino diversificado, en cuanto a sus límites, así como desde el punto de vista procedimental. La determinación del aplicable en cada caso concreto se hace depender de varios factores: a) Alcance de la modificación pretendida: sustancial *vs.* no sustancial; b) Sujetos que toman la iniciativa y marco en el que se decide/

acuerda la modificación (unilateral *vs.* pactada); c) Fuente de la que emanan las condiciones que se pretenden modificar; d) Aspecto o vertiente del régimen económico que se pretende modificar (sistema salarial, variables de cálculo, cuantía, etc.), y d) Causa última desencadenante de la decisión empresarial modificativa o extintiva. Y de la elección que haga el empresario, acertada o desacertadamente, van a desprenderse importantes consecuencias en el terreno procesal. En efecto, la vía de impugnación de las medidas concretas de ajuste que adopte el empresario cambia radicalmente (procedimiento especial para impugnación de modificaciones sustanciales, conflicto colectivo, proceso ordinario, impugnación de convenio colectivo) con todas las consecuencias (plazos, recurribilidad de la sentencia, etc.)

En el presente trabajo dedicaremos nuestra atención exclusivamente a los ajustes en las condiciones económicas aplicables en un momento dado a los trabajadores, en las distintas variantes que tales ajustes pueden revestir (reducción directa de la cuantía salarial, aplicación de medidas de congelación salarial articuladas a través de la inaplicación del incremento salarial previsto en el convenio colectivo, alteración de la estructura de la retribución, así como, en general, cualesquiera modificaciones de carácter peyorativo que afecten bien al salario, bien a las partidas extrasalariales, etc.) decididos unilateralmente por el empresario y motivados por "excesiva onerosidad sobrevenida"[1]. Y a efectos de nuestro estudio acogemos una acepción amplia o vulgar de esta última expresión, entendiendo que concurre una situación de "excesiva onerosidad sobrevenida" cuando al empresario le supone, de manera repentina, un sacrificio desproporcionado o imposible de asumir el cumplir con sus obligaciones en materia económica, cualesquiera que sean las causas desencadenantes de tal situación –externas o internas; previsibles o imprevisibles– y su proyección –general o particular–.

No nos ocuparemos, por tanto, de los ajustes que responden a distintas causas –organizativas, técnicas o productivas– aunque este otro tipo de causas está estrechamente vinculado a las económicas. En efecto, buena parte de las necesidades empresariales de tipo organizativo, técnico o productivo responden a una necesidad de tipo económico previa o bien, de no haberse adoptado o resultar ineficaces o ineficientes las medidas adoptadas en respuesta a aquellas necesidades –medidas de reestructuración, racionalización, modernización o ampliación de la actividad productiva– se desencadena un proceso posterior de desestabilización económica de la empresa. Así, muchas veces la situación de excesiva onerosidad sobrevenida es la desembocadura de un proceso complejo en el que concurren varias causas, y no sólo las estrictamente económicas; por lo que la separación puede resultar hasta cierto punto artificial.

(1) No debe confundirse lo que es una medida de ajuste unilateral con la simple desatención o cumplimiento defectuoso de obligaciones (sea o no consecuencia de una situación de dificultad empresarial previa), lo que tiene gran trascendencia a efectos procesales (STSJ de Aragón de 19 de julio de 1999 –AS 1999, 2443–) ni con la simple adaptación del régimen económico a un nuevo convenio colectivo, aunque su ámbito de aplicación sea distinto al del anteriormente aplicable (STS de 17 de diciembre de 1997 –recurso 874/1997–).

Nuestro propósito es, pues, determinar:

1º) El alcance de las modulaciones que los principios *pacta sunt servanda* (artículos 1091, 1256 y 1278 del CC) y el de intangibilidad de condiciones más beneficiosas pueden experimentar ante cambios de circunstancias que provoquen excesiva onerosidad para la empresa: a) bien el mantenimiento de compromisos económicos concretos (asumidos, ya sea por pacto con los trabajadores o sus representantes, ya por decisión unilateral del propio empresario), o b) bien el mantenimiento de condiciones más beneficiosas introducidas voluntaria e informalmente, y consolidadas después en la esfera retributiva.

2º) Asimismo pretendemos esclarecer qué tipo de medidas de ajuste puede adoptar el empresario unilateralmente: a) ante un cambio de rumbo económico de la empresa que coloque a ésta en una situación crítica de tal intensidad que imposibilite *de facto* el cumplimiento exacto y puntual de la totalidad de sus obligaciones en materia económica en aras de evitar una situación concursal (situación de *excesiva onerosidad sobrevenida con impacto generalizado*) o bien b) ante una situación de inestabilidad económico-financiera o de pérdida de competitividad –actual o inminente– que, sin imposibilitar el cumplimiento, aconseje la adopción inmediata de medidas racionalizadoras de costes (situación que podría calificarse como de **mayor onerosidad sobrevenida con impacto generalizado**) o bien, por último, c) desde una **situación sobrevenida de desequilibrio interno de los contratos individuales**, provocada por la aparición de nuevas circunstancias que, sin embargo, no tengan ese efecto desestabilizador de la empresa en su conjunto, ni necesariamente un impacto colectivo o generalizado. Y a tal efecto, será preciso:

1º. Dilucidar si, además de los mecanismos de ajuste salarial previstos expresamente por nuestro ordenamiento laboral (tanto en el nivel legal, como en el convencional) la llamada cláusula *rebus sic stantibus* –que la doctrina y la jurisprudencia civil considera implícita en los contratos onerosos de tracto sucesivo– resulta aplicable o no a efectos de implementación de medidas de ajuste salarial directas y unilaterales (y, en su caso, bajo qué presupuestos y con qué límites).

2º. Precisar qué tipos de modificaciones unilaterales en las condiciones económicas son viables y quedan sometidas al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET y cuáles, en su caso, quedan enmarcadas en la esfera del *ius variandi* empresarial (teniendo presente la tendencia de la negociación colectiva a flexibilizar el alcance de aquella facultad empresarial, aunque ciertamente este tipo de cláusulas tienen escasa proyección, hoy por hoy, en la esfera retributiva) poniendo de relieve las interconexiones e interferencias con las restantes vías y mecanismos de ajuste salarial.

II. OBSTÁCULOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* Y OTRAS DOCTRINAS CIVILES AFINES COMO RESPUESTA A SITUACIONES DE "EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA" EN EL ÁMBITO LABORAL

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia civil, los presupuestos para la aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* o, si se prefiere, de las construcciones que

legitiman una revisión contractual a iniciativa de la parte que resulta perjudicada por un cambio de las circunstancias existentes en el momento de contratar[2] (doctrina de la presuposición, teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio, teoría de la equivalencia de las prestaciones, teoría del riesgo imprevisible o de la excesiva onerosidad sobrevenida)[3] son los siguientes:

1º. Cambio radical y absolutamente imprevisible de las circunstancias que en su momento rodearon la introducción de la prestación económica o, en general, la asunción de un compromiso determinado en materia económica, por acaecimiento de circunstancias extraordinarias nuevas y externas a la relación jurídica –pero no reconducibles necesariamente a la categoría de fuerza mayor–.

2º. Desequilibrio exorbitante –fuera de todo cálculo, que traspase los límites tolerables para la economía contractual– entre las prestaciones y contraprestaciones recíprocas, resultante de tal cambio brusco de circunstancias y generador del correspondiente perjuicio a una de las partes.

3º. Inexistencia de otro mecanismo para restablecer el equilibrio contractual.

A la vista de tales presupuestos debe concluirse forzosamente que en el ámbito de las relaciones laborales difícilmente va a encontrar hueco la referida cláusula, tanto a efectos de desatención o modificación de obligaciones económicas con un alcance generalizado, como a efectos de desatención o modificación de obligaciones y compromisos concretos con determinados trabajadores. Y ello, no sólo por la necesidad de aplicar restrictivamente la **cláusula implícita**, sino sobre todo por cuatro razones: en primer lugar, porque la normativa laboral vigente contempla mecanismos reglados de ajuste salarial, como ya se ha apuntado; en segundo lugar, por la propia configuración jurídica de la relación contractual laboral; en tercer lugar, por obstruir su aplicación generalizada las reglas le-

(2) *Vid.*, por todos, LLUÍS y NAVAS BRUSSI, J., *La llamada cláusula* rebus sic stantibus *como delimitadora del alcance de que los pactos han de ser observados*, *RGLJ*, octubre, 1956; CANDIL, F., "La cláusula *rebus sic stantibus* (Estudio del Derecho Español)", Madrid, 1946; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., "Derecho de resolución por alteración de las circunstancias. Desaparición de la base del negocio", *Rev. Jurid. Catal.* 1933, págs. 115 y ss.; LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (trad. a cargo de C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), Comares, Granada, 2002; DE AMUSÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula* rebus sic stantibus, Tirant lo blanch, Valencia, 2003. En la doctrina iuslaboralista, CRUZ VILLALÓN, J., "Las modificaciones de la prestación de trabajo", *MTSS*, Madrid, 1983, págs. 110 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., "Vías de extinción-modificación de la condición más beneficiosa", *RL*, núm. 22, 1988, págs. 23 y 24, y BEJARANO HERNÁNDEZ, A., en *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 172 y 173, y en "La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*", *REDT*, núm. 96, 1999, págs. 520 y 521.

(3) Aunque las distintas teorías formuladas presentan fuertes diferencias –básicamente en cuanto al modo de operar y en cuanto al fundamento y/o presupuestos que justifican una revisión no consensuada de los términos originarios del contrato–, nuestro TS ha acogido formalmente de forma mayoritaria la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero permitiendo que actúe en supuestos distintos de los que la vieja **cláusula implícita** estaba llamada a resolver; y a la postre, confiriendo importancia variable a factores subjetivos. A tal efecto se recurre de forma generalizada al obligado recurso a la equidad (artículo 3.2 del CC) al artículo 1258 del CC (en el que se reconoce, como se sabe, el papel que la buena fe desempeña en la integración del clausulado de los contratos) a la interdicción del enriquecimiento sin causa y/o a la doctrina de la causa –versión objetivista–; y, en ocasiones, a la letra del artículo 1283 del CC (a cuyo tenor, "cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él casos distintos y cosas diferentes de aquéllas sobre que los interesados se propusieron contratar")–versión subjetivista–. *Vid.* STSJ de Navarra de 31 de enero de 1997 (recurso 105/1996).

gales de ordenación del singular sistema de fuentes de las obligaciones jurídico-laborales; y en cuarto lugar, por el papel que se reserva por la legislación laboral a la representación de los trabajadores para actuar en defensa de los intereses de los trabajadores y en la fijación y revisión de las condiciones de trabajo aplicables (artículos 64.1.9º y 41 del ET y Título III del ET). En efecto:

1º. La excesiva onerosidad sobrevenida o alteración de la base del negocio como justificativa de una modificación directa y automática de las condiciones económicas que resulten exigibles en un momento dado (en particular, del sistema de remuneración, de la cuantía salarial o de la estructura de la retribución y, en general, de cualesquiera percepciones económicas reconocidas a los trabajadores en un momento dado) no puede venir determinada por circunstancias pertenecientes a la "esfera de riesgo normal" del empresario, puesto que se exige que se trate de circunstancias radicalmente imprevisibles.

LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA POR UNA MODIFICACIÓN DIRECTA Y AUTOMÁTICA DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS NO PUEDE VENIR DETERMINADA POR CIRCUNSTANCIAS DE LA "ESFERA DE RIESGO NORMAL" DEL EMPRESARIO

Y deben entenderse comprendidas dentro de la esfera de riesgo normal: no sólo aquellas vicisitudes que entran dentro del **área de influencia del empresario**[4], sino asimismo todas aquellas que, por más que escapen a su poder de influencia, debe asumir naturalmente el empresario, aunque actúe de buena fe y con la diligencia debida, en cuanto que el trabajador en el marco del contrato de trabajo se sitúa en posición de ajenidad en los riesgos (lo que, a la postre supone un reparto desigual de los riesgos, institucionalizado, y aceptado por el empresario en el momento de contratar al trabajador); ajenidad, que sólo puede ser suavizada o atenuada, en provecho del empresario, cuando así resulte de una norma habilitante y en los términos y por los cauces previstos por la norma en cuestión (así, artículos 82.3 y 41 ET) o cuando así se haya pactado de modo expreso, siempre que del marco legal o convencional no deba deducirse otra cosa.

A nuestro modo de ver, a falta de precisión jurisprudencial al respecto, son subsumibles en el área de influencia empresarial todas aquellas circunstancias que razonablemente deban considerarse previsibles, aunque su acaecimiento no dependa de la voluntad empresarial y aunque escapen a su poder de control (*v.gr.*, oscilaciones en el nivel de ventas o en el precio

(4) Se refieren a la "esfera de influencia" del empresario la STS de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5758) y la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de junio de 1999 (AS 1999, 2297).

de las materias primas); incluyéndose, por supuesto, todas las circunstancias que, aun no habiendo sido previstas por el empresario, estén vinculadas a decisiones libremente adoptadas por éste (en particular, si se deben a la deficiente o, en su caso, fraudulenta o negligente, actuación o gestión del empresario o de las personas en quien éste delegue sus poderes[5]). Parece, pues, que ha de tratarse de circunstancias que ni el empresario más diligente y previsor podría haber previsto.

Pero el TS parece aceptar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no sólo en el caso de imprevisibilidad del acaecimiento de la circunstancia, sino también en supuestos en los que, entrando dentro de lo previsible la materialización de la vicisitud, no sea previsible que se presente con fuerte intensidad[6].

2º. La excesiva onerosidad sobrevenida ha de ser consecuencia de un aumento exorbitante del sacrificio económico que supone al empresario cumplir en sus términos los compromisos económicos asumidos frente a sus trabajadores y, en definitiva, de una perturbación grave del equilibrio patrimonial entre la prestación laboral debida y la contraprestación económica; no de la pérdida –total o parcial– de utilidad final de la prestación de servicios a cargo de los trabajadores y la consiguiente pérdida del margen de lucro esperado por el empresario (disminución de la rentabilidad, crisis empresarial o de alguna unidad productiva)[7], ni de la imposibilidad de recibir la prestación convenida (artículo 30 del ET).

3º. Además, debe tratarse de circunstancias sobrevenidas que afecten o tengan impacto directo sobre la concreta condición económica que se pretende modificar –y en concreto, sobre su **base negocial**[8]– convirtiendo en excesivamente oneroso el mantenimiento en sus términos de dicha condición (lo que genera serias dificultades para su cómoda aplicación)[9].

(5) (Endeudamiento innecesario o irresponsable; actuaciones contrarias a la legalidad vigente de las que se derive responsabilidad patrimonial, etc.) Obviamente, a estos efectos, será irrelevante que se haya producido un cambio en la cúpula directiva o gestora de la empresa.

(6) Así, por ejemplo, es previsible que el coste de las materias primas se eleve, pero no que lo haga rompiendo los márgenes de normalidad –STS de 22 de noviembre de 2005 (recurso 42/2005)–.

(7) Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones…*, cit., págs. 113 y 114.

(8) Entendiendo por tal el conjunto de circunstancias –objetivas y subjetivas– tenidas en cuenta para introducir una determinada prestación económica y que actúan, a un mismo tiempo, como condición motriz (no como simple motivo o como auténtica causa jurídica) del nacimiento de la voluntad concesiva, y como condicionante implícito de la subsistencia del compromiso. El tenor del artículo 1283 del Código Civil ofrecería cobertura a las modificaciones introducidas por alteración en la base negocial.

(9) Las distintas prestaciones económicas debidas por el empresario en el marco del contrato de trabajo, lejos de constituir un todo unitario, en la mayor parte de los casos conforman un conjunto heterogéneo, desintegrado, atendiendo a distintas referencias (fuente de la que emanan, justificación causal, motivación o finalidad, configuración y naturaleza jurídica) por lo que cada una de aquéllas debe ser considerada aisladamente para decidir sobre la pertinencia de su revisión al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*. Y a estos efectos –de delimitación de la "base negocial" de referencia– no puede conferirse relevancia alguna, con carácter general, a la forzosa integración sucesiva de los pactos económicos libre y expresamente asumidos por el empresario con las restantes fuentes de obligaciones económicas, individuales y colectivas –empresariales o supraempresariales–. Ahora bien, para evitar un imparable crecimiento salarial, el empresario dispone de la facultad –acausal, aunque sujeta, *ex* jurisprudencia, a limitaciones de carácter objetivo– de neutralización de sus mejoras con cargo a las sucesivas subidas de los mínimos legales y convencionales (artículo 26.5 del ET).

Pero el simple incremento progresivo (y natural) del coste empresarial vinculado a la financiación de determinados bienes o servicios no previstos en convenio ni en contrato tampoco justificaría por sí mismo la supresión de tales beneficios, siendo igualmente ineficaz a tales efectos el hecho de que la empresa juzgue como excesivamente oneroso su mantenimiento a partir de un momento dado[10]; y ello con independencia de cuál sea la proporción que aquel coste represente respecto de los costes laborales totales. En definitiva, no basta que estemos ante un supuesto de "mayor onerosidad", sino que esa mayor onerosidad ha de resultar "excesiva", "extrema" o "irrazonable", además de "sorpresiva".

Y tampoco bastaría la existencia de un incremento de costes vinculado al cumplimiento de otras obligaciones económicas, salvo que se hubiera previsto expresamente que la base económica de referencia al introducir la prestación que se pretende alterar o suprimir se extiende a la más amplia formada por un conjunto determinado (o la totalidad) de las percepciones económicas debidas en un momento dado a los trabajadores. Así pues, por regla general, no podría apoyarse en una situación sobrevenida de mayor onerosidad con impacto o proyección generalizada generada por factores sin incidencia directa sobre la condición que se pretende modificar[11]; ni en una agravación o enquistamiento de una situación de pérdidas ya existente en el momento de introducir la condición que pretende modificarse o suprimirse[12].

4º. Inexistencia de otro instrumento para reequilibrar las prestaciones. Existiendo mecanismos jurídico-laborales alternativos y reglados (bien en sede legal –artículos 41, 82.3 y 26.5 del ET– bien en sede convencional) para poder llevar a cabo los ajustes que sean necesarios en materia económica para afrontar situaciones de excesiva onerosidad sobrevenida, no parece aceptable con carácter general que el empresario pueda ampararse en la cláusula *rebus sic stantibus* para decidir y ejecutar por sí solo una modificación peyorativa.

5º. La fuerza vinculante del convenio colectivo (artículo 37 CE y artículo 82.3, párrafo 1, del ET) junto al carácter de mínimo indisponible del régimen económico y cuantía del salario y demás percepciones económicas previstas en el convenio colectivo aplicable y el protagonismo que al convenio corresponde como fuente de determinación de los salarios (artículos 26.3 y 3.5 del ET), junto a su esencial indivisibilidad –a fin de preservar el equilibrio interno del mismo–, obstruyen de manera singular la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a efectos de implementar una medida de ajuste salarial unilateral, cuando se trate de condiciones económicas procedentes de convenio colectivo.

6º. El empresario no puede hacer valer la referida cláusula, puenteando a la representación de los trabajadores y desconociendo las facultades de intervención que el ordenamiento laboral les reconoce en el proceso de revisión (ordinaria y extraordinaria) de condiciones

(10) Así, en la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 21 de noviembre de 1996 (AS 1996, 4625); STS de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562); STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de febrero de 1996 (AS 1996, 1124).

(11) Ésta parece ser la postura defendida en el voto particular a la STS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335), y en las SSTS de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5758) y 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562).

(12) Implícitamente, en la STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1995 (AS 1995, 667).

de trabajo colectivas aplicables; ni siquiera podría dejar en manos del órgano jurisdiccional la decisión revisoria –ejercitando la correspondiente acción declarativa para conseguir el reajuste–[13]. Con todo, en la práctica podría ocurrir que el empresario hubiera tomado y ejecutado una decisión modificativa. En tal caso, la cuestión sólo se sometería a revisión judicial si fuera impugnada por los trabajadores o sus representantes; y el juez no podría convalidar la medida de ajuste cuando de condiciones colectivas se trate, puesto que estaría dejándose en sus manos la solución de un conflicto económico y no jurídico, que sólo a los sujetos colectivos corresponde solventar.

Sin embargo, nuestros tribunales han aceptado –bien es verdad, que de manera absolutamente excepcional– la aplicación de la referida cláusula: bien, en solitario[14]; bien como argumento para justificar modificaciones sustanciales articuladas por la vía del artículo 41 del ET en prestaciones económicas, por desaparición del presupuesto causal de abono de las mismas, como consecuencia de procesos de ajuste empresarial de condiciones laborales no económicas[15]; bien sólo en abstracto[16].

III. LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS POR INICIATIVA EMPRESARIAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 41 DEL ET

El artículo 41 del ET recoge, como se sabe, un listado de materias o condiciones "esenciales" susceptibles de ser modificadas sustancialmente por iniciativa de la empresa, entre otras, por razones económicas. Tras el examen de la jurisprudencia de nuestro TS y de los pronunciamientos dictados por nuestros TTSSJ en la materia podemos extraer una serie de conclusiones sobre: a) los tipos de modificaciones sustanciales en condiciones económicas que pueden introducirse por iniciativa empresarial; b) la fuente que puede verse afectada; c) el alcance que han de tener tales modificaciones para considerarlas "sustanciales" y, por ende, sometidas a los requerimientos materiales y procedimentales establecidos por el artículo 41 del ET; d) el presupuesto causal necesario para considerar justificada una eventual modificación sustancial, y e) la proyección del ajuste.

(13) Que, parece, es el cauce a utilizar para conseguir la revisión contractual al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*. Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *op. cit.*, págs. 23 y 24. *Vid.* un ejemplo en STSJ de Extremadura de 6 de noviembre de 1998 (recurso 648/1998.I).

(14) STS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335); STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de mayo de 2004 (recurso 3686/2003); STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 1995 (AS 1995, 443).

(15) STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2004 (recurso 151/2001) –desvirtuando, así, la funcionalidad de la **cláusula implícita**, por faltar la imprevisibilidad–.

(16) Por todas, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de febrero de 1996 (AS 1996, 1124); STSJ de Navarra de 31 de enero de 1997 (AS 1997, 754); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 4 de octubre de 2002 (recurso 305/2002); STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2004 (Sentencia núm. 2533/2004).

A) Tipos de modificaciones posibles al amparo del artículo 41 del ET

Dentro del listado legal de condiciones "esenciales" modificables *ex* artículo 41 del ET, se incluye el "sistema de remuneración", concepto jurídico este, de carácter indeterminado, que ha sido objeto de una interpretación amplia, por no decir amplísima, por parte de nuestros Tribunales. Así, en palabras del TSJ de Cataluña[17], son modificaciones que afectan al "sistema de remuneración" aquellas que "inciden en la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos que pueden percibir los trabajadores, de manera que se altere el sistema hasta entonces aplicado para el devengo de los diferentes pluses y complementos, afectando a su importe, alcance o naturaleza".

Ahora bien, dicho listado es de carácter abierto, tal y como se desprende sin violencia alguna de la letra del propio artículo 41 del ET, al indicar que aparecen revestidas de carácter "sustancial", "entre otras", las modificaciones que afecten a las materias o condiciones expresamente incluidas en el elenco legal. Por ello, no puede descartarse ni la viabilidad, ni la calificación como sustancial de otros tipos de ajustes o modificaciones decididas por el empresario con impacto –directo o indirecto– en las condiciones económicas de los trabajadores, sean éstas salariales o extrasalariales, y cualquiera que sea el aspecto, dimensión o vertiente de las mismas afectado por la decisión empresarial modificativa[18].

DEBE ENTENDERSE POR SISTEMA SALARIAL, EL CONJUNTO DE FACTORES, VARIABLES O CRITERIOS QUE PUEDEN UTILIZARSE PARA RETRIBUIR EL TRABAJO EFECTIVO

Partiendo de tales premisas, y atendiendo a un criterio objetivo, se consideran viables, además de sustanciales, por regla general, las siguientes modificaciones por causas empresariales:

a) Modificación del sistema salarial

Debe entenderse por tal, según viene aceptando la doctrina, el conjunto de factores, variables o criterios que pueden utilizarse para retribuir el trabajo efectivo, que se agrupan en dos categorías, combinables entre sí (salario por unidad de tiempo y salario por unidad de obra) y que determinan que la retribución salarial sea –en todo o en parte– fija o, por el contrario, variable. Este tipo de modificación conecta estrechamente con otro tipo de modificación expresamente prevista: la relativa al

(17) STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2005 (AS 2006, 220). *Vid.* también STS de 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 7325); STS de 4 de abril de 2006 (RJ 2006, 4665).

(18) En este sentido, STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de noviembre de 1998 (recurso 1054/1997).

"sistema de rendimiento". Aunque no llega a identificarse con ella, normalmente van unidas, pues la modificación del sistema salarial se corresponde con aquella que incide sobre el tipo de variable empleado para la determinación del salario base o del importe de cualquiera de los complementos, mientras que las modificaciones en el sistema de rendimiento suponen la modificación de las variables empleadas para medir el rendimiento, de manera que en la práctica normalmente toda modificación del sistema de rendimiento tendrá impacto en la esfera retributiva; y, al mismo tiempo, el cambio del sistema de cuantificación del salario supone a la postre un cambio en la forma de valorar el trabajo (y el rendimiento normal o esperado).

b) Modificación de la estructura de la retribución aplicable

Por supresión[19] o por sustitución[20] de partidas salariales en sentido estricto –*ex* artículo 26, apartados 1 y 3, del ET– (del salario base, o de cualquiera de los complementos salariales); siendo irrelevante a estos efectos que se trate de conceptos no consolidables (ni en el concepto, ni en la cuantía). No entraña modificación sustancial, en cambio, la simple refundición de pluses en un concepto único[21]; ni la suscripción de un pacto de salario global, siempre y cuando se asegure que en esta cifra se integren todos y cada uno de los conceptos previstos en el convenio[22].

c) Modificación de las percepciones o beneficios extrasalariales

Igualmente, por supresión[23] o sustitución por partidas nuevas –salariales[24] o extrasalariales[25]–. El TS las considera comprendidas en el ámbito de las modificaciones sustanciales; y ello parece lógico en la medida en que una reducción o supresión de las mismas tiene o podría tener a la postre el mismo impacto desestabilizador de la economía personal o familiar del trabajador que una reducción directa del salario en sentido estricto (e incluso superior, si la modificación afecta a prestaciones sociales de devengo y disfrute diferido, en la medida en que las mismas suplen al salario en situaciones de inactividad[26]).

(19) *Vid.* STSJ de Málaga de 26 de octubre de 1998 (AS 1998, 3828) respecto de unos pluses de disponibilidad y polivalencia; STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 75256) respecto de un "pago variable vacaciones", y STSJ de Aragón, de 14 de octubre de 2003 (recurso 416/2003) respecto de una gratificación.

(20) STSJ de Cantabria de 5 de abril de 2006 (JUR 2006, 137348) –sustitución de un complemento no ligado a resultados por una prima por producción–.

(21) STS de 27 de julio de 2005 (RJ 2005, 8940).

(22) STS de 2 de julio de 1997 (recurso 3646/1996).

(23) *Vid.*, por ejemplo, en relación con la eliminación de un economato laboral, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de febrero de 1996 (AS 1996, 1124); respecto de la supresión de un servicio de autobús, la STS de 16 de abril de 1999 (RJ 1999, 4429) y STSJ de Madrid de 4 de abril de 2001 (recurso 914/2001).

(24) STS de 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 7325) en un supuesto en el que se pretendía eliminar unos pluses de comida y de transporte y su sustitución inmediata por unos incentivos salariales del mismo importe.

(25) STS de 9 de abril de 2001 (recurso 4166/2000).

(26) *Vid.* STS de 19 de marzo de 2001 (recurso 1573/2000). Debe tenerse presente que, aun tratándose de mejoras voluntarias, las mismas no pueden ser objeto de modificaciones unilaterales, por impedirlo la normativa de Seguridad Social (en particular, *vid.* artículo 192 de la LGSS). Por una parte, si la mejora está establecida a nivel convencional, queda sometida a

d) Modificación de las variables, bases, o factores de cálculo del salario

Son aquellas que, no suponiendo necesariamente una modificación del "sistema" o "forma" de remuneración, inciden directamente en el proceso de determinación del salario (así, las modificaciones de los tipos, bases de cálculo[27], tarifas, escalas o tablas de referencia[28] y, en general, la alteración de los presupuestos objetivos concretos de devengo y cuantificación de las distintas partidas[29] por adición de nuevos factores de referencia, por reemplazo de las viejas variables por otras nuevas, por escisión de un complemento de importe fijo en dos partidas, una fija y otra variable ligada a resultados[30], por cambio de criterios de asignación de la retribución variable[31], etc.)

e) Modificación del medio de pago o condiciones de disfrute de percepciones en especie (salariales o extrasalariales)

Considerándose viable este tipo de modificación por causas empresariales, no se ha mantenido, sin embargo, una postura uniforme por nuestros tribunales en cuanto a su carácter sustancial o no, si bien se tiende a situar el centro de atención, a efectos de calificación, en el volumen final de los ingresos percibidos por los trabajadores[32].

f) Modificación del régimen de liquidación y pago

Debe reputarse viable, además de sustancial, con carácter general este tipo de modificación, tanto en lo que respecta a partidas salariales (*v.gr.*, decisión de diferir el pago de retribuciones variables y/o de carácter supramensual[33]) como en lo que respecta a parti-

la dinámica de la negociación colectiva, pese a su eventual carácter voluntario originario; y en ningún caso puede suponer un ataque a derechos adquiridos (*vid.* voto particular a la STS de 16 de julio de 2003 –recurso 862/2002–). Y si la mejora unilateral se mantiene en la esfera extraconvencional, aunque la misma sea susceptible de ser modificada unilateralmente por la vía del artículo 41 del ET, no pueden tampoco atacarse derechos adquiridos, ni siquiera cuando la empresa atraviese una situación crítica. De tratarse de complementos de pensiones la empresa está obligada, como se sabe, a exteriorizar sus compromisos, de manera que incluso ante una situación de insolvencia sobrevenida deben quedar intactos los derechos ya adquiridos. Sobre la cuestión, por todos, *vid.* DESDENTADO BONETE, A., "Cuestiones de enjuiciamiento en la modificación de las condiciones de trabajo", *Revista Poder Judicial*, núm. 57, 2000, págs. 500-504, –y la abundante bibliografía citada–.

(27) *Vid.* STS de 11 de mayo de 2004 (recurso 95/2003); STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006 (AS 2006, 886); SSTSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006 (AS 2006/7 y 12).

(28) STS de 11 de mayo de 1999 (recurso 3350/1998).

(29) STSJ de Madrid de 26 de julio de 2004 (AS 2004, 2935).

(30) STS de 6 de mayo de 1996 (recurso 2682/1995).

(31) STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de noviembre de 1998 (recurso 1054/1997).

(32) Así, en la STSJ de Cataluña de 28 de junio de 1997 (AS 1997, 3064) y la STS de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9163) –sustitución de un "cheque-regalo" por un sistema de descuento en compras–; y la STSJ de Galicia de 6 de junio de 2003 (recurso 1598/2003) –sustitución de un servicio de transporte colectivo gestionado y financiado por la empresa por la cobertura de gastos de transporte público y utilización de taxi– porque tiene escasa repercusión final en las condiciones de disfrute, amén de no existir quebranto económico. Sin embargo, no es un criterio que se baraje en todos los casos. Así, en la reciente STS de 4 de abril de 2006 (RJ 2006, 4665) se considera sustancial la modificación del sistema de préstamo de vehículo y kilometraje aplicado anteriormente para su sustitución por un sistema de *renting*, pese a que se establecía un régimen transitorio a efectos de asegurar la indemnidad de quienes habían disfrutado del viejo sistema. *Vid.* también STS de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 446) sobre alteración del régimen de utilización de los vehículos facilitados por la empresa. *Vid.* también sentencias citadas en nota núm. 69.

(33) *Vid.* STSJ de La Rioja de 27 de marzo de 2006 (AS 2006, 1176), aunque la motivación en este caso es de índole organizativa –implantación de un nuevo sistema de confección de nóminas–, no puede descartarse que las empresas adopten

das extrasalariales (*v.gr.*, cambio en el régimen de liquidación y abono de dietas y otros gastos vinculados al trabajo, o de ayudas de carácter social) en la medida en que, aun no modificándose la cuantía a percibir, repercute de forma inmediata en el nivel de liquidez de los trabajadores.

g) Modificación peyorativa de la cuantía salarial –de determinadas partidas o de derechos económicos cuantificados en función del salario– o del importe de las percepciones extrasalariales

La modificación de la cuantía al amparo de lo establecido en el artículo 41 del ET debe reputarse no sólo sustancial[34], sino además, viable, pese a que es una cuestión sumamente controvertida en la doctrina, como intentaremos justificar a continuación.

En efecto, en contra de lo que se ha defendido por algunos autores (BEJARANO HERNÁNDEZ[35], COSTA REYES[36]) no constituyen, a nuestro modo de ver obstáculos insalvables los siguientes: 1º. La imposibilidad de reconducir a la categoría de modificaciones sobre el "sistema de remuneración" a que hace referencia expresa y exclusiva el artículo 41 del ET, en lo que a condiciones económicas concierne, aquellas que inciden exclusivamente sobre la cuantía. 2º. La consideración del importe del salario no como condición esencial sino como elemento esencial del contrato. 3º. El tenor del artículo 1256 del Código Civil, que impide dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento exacto de los compromisos asumidos y, a la postre, en lo que a nosotros interesa, la determinación de la cuantía de las obligaciones económicas que se asumen en el marco de la relación laboral.

Por el contrario, en línea con lo defendido por otro sector doctrinal[37], parece que deben considerarse procedentes las modificaciones que inciden directamente en la cuantía de los componentes de la remuneración total (en sentido amplio). De hecho, incluso el TS[38] considera que la modificación peyorativa consistente en la aplicación de descuentos fija-

este tipo de medidas con el fin de afrontar una situación transitoria de dificultad de tesorería. *Vid.* también la STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2001 (recurso 3371/2001).

(34) Son contados los pronunciamientos en los que se estima, con discutible criterio, que la modificación directa de la cuantía, amén de ser viable, no alcanza el rango de sustancial (así, la STSJ de Asturias de 8 de febrero de 1999 –AS 1999, 226–, respecto de una reducción de una ayuda por vivienda de aproximadamente el 20% de su importe último).

(35) Para este autor "los derechos económicos del trabajador pueden resultar afectados de "forma indirecta o traslativa, nunca principal como consecuencia de una alteración sustancial", BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 45. El mismo autor, en *Principio…*, *cit.*, págs. 159 a 165 –considerando necesario que se alcance un acuerdo al efecto con el trabajador–.

(36) COSTA REYES, A., *El crédito salarial*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2005, págs. 231 y 232.

(37) Algunos autores admiten la modificación de la cuantía cuando se trata de condiciones extraconvencionales. *Vid.* en este sentido: SALA FRANCO, T., "El alcance aplicativo del artículo 41 del ET: Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en AAVV, Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, págs. 135 y 136; CRUZ VILLALÓN, J., "El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994", *RL*, núm. 17-18 (núm. especial monográfico sobre "La Reforma del Estatuto de los Trabajadores"), septiembre 1994, págs. 127-128 y 140-146. *Vid.* también GALA DURÁN, C., "Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial", *AS*, 1996-II, pág. 2475 –para quien sería posible incluso la modificación de la cuantía prevista en el convenio estatutario de empresa, si expresamente se abre esta posibilidad desde el convenio–.

(38) STS de 17 de diciembre de 2001 (recurso 4876/2000).

dos en términos porcentuales sobre el salario bruto convenido con el trabajador es aceptable e incardinable entre las modificaciones del sistema retributivo:

1º. Aunque efectivamente pudiera entenderse que la modificación no encaja cómodamente en las modificaciones que afectan al "sistema de remuneración" (si se interpreta como "el conjunto de cualidades o notas, destinos o variedades que inciden a su determinación"[39]) no puede perderse de vista que el legislador ha configurado el elemento objetivo sobre el que puede actuar esta facultad modificativa extraordinaria de manera abierta (incluyendo un listado meramente ejemplificativo) –salvo para el caso de modificación del régimen económico diseñado en el convenio colectivo estatutario, como veremos, en que el listado se acorta y se cierra–. Por ello, y con la salvedad apuntada, pueden modificarse no sólo condiciones distintas de las remuneratorias, sino también la remuneración en un sentido distinto de lo que es modificación del sistema o forma de retribuir.

SIENDO INCUESTIONABLE QUE EL SALARIO CONSTITUYE UN ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO, ELLO NO SIGNIFICA QUE SEA ABSOLUTAMENTE INMODIFICABLE EN SU CUANTÍA

2º. Siendo incuestionable que el salario constituye un elemento esencial del contrato, ello no significa, sin embargo, que sea absolutamente inmodificable en su cuantía. Cuestión distinta es que pueda ser considerado elemento particularmente "sensible" a cambios peyorativos, en cuanto que con su modificación peyorativa se resiente no sólo el núcleo básico del contrato de trabajo (pues se modifica el nivel de ingresos, incluso sin que se modifique la carga de trabajo, el nivel de resultados exigible, etc.) sino la propia estabilidad económica del trabajador y su familia. Ello puede tener trascendencia a efectos de que el rasero por el que se mida la pertinencia de las medidas de ajuste en condiciones económicas decididas por el empresario sea más alto que el exigido para otro tipo de cambios; pero no parece servir de sustento a tesis contrarias a la modificación del salario en todo cuanto suponga salirse de las modificaciones del "sistema de remuneración" –de acuerdo con la acepción más restrictiva de esta última expresión–.

3º. No parece tener sentido ni justificación que se permita al empresario modificar en sentido peyorativo las condiciones de devengo, los criterios para el cálculo o la estructura misma de la retribución (modificaciones, todas ellas, que en principio van a tener un impacto igualmente peyorativo en la cuantía de los salarios futuros o, cuando menos, en la estabilidad

(39) STSJ de Madrid de 6 de junio de 1996 (AS 1996, 3182).

económica del trabajador) y rechazar las modificaciones que, no suponiendo una alteración de los presupuestos de devengo, ni de la estructura, ni de los criterios de cálculo de las distintas partidas que conforman la retribución, supongan una reducción directa de su cuantía total. En particular, en situaciones de inestabilidad o debilidad económica no parece razonable que se permitan sólo los ajustes indirectos (esto es, "a remolque" de cambios en otras condiciones de trabajo –funciones, horarios, rutas, turnos, sistema de rendimiento, etc.–) y no los ajustes directos, que ofrecen una respuesta más inmediata a los problemas económicos de la empresa. La inclusión en la Reforma de 1994 de la causa económica podría avalar nuestra interpretación[40].

4º. La determinación de la cuantía del salario y de las percepciones extrasalariales que lo complementan (operando como "retribuciones indirectas"), así como la elección de las variables que en cada caso permiten su determinación y, en definitiva, la fijación del valor en términos monetarios de la prestación de trabajo a cargo del trabajador se produce recurriendo a técnicas y referencias variadas. A estos efectos juegan un papel importantísimo no sólo los salarios medios de mercado –del sector y para el nivel profesional de que se trate– y los valores mínimos indisponibles de referencia –SMI y salarios mínimos convencionales– sino también valoraciones de índole subjetiva. Lo normal, prudente y razonable es que el proceso de determinación salarial venga condicionado de forma particularmente intensa por factores o variables vinculados a la situación financiera, productiva y comercial de la empresa y, en general, por la rentabilidad de la mano de obra esperada o conseguida, por los objetivos de la política empresarial de recursos humanos, por la necesidad de integración del conflicto, etc.–; y en definitiva, por factores, condicionantes, motivaciones o fines de carácter económico-empresarial–; y sólo a partir de ciertos niveles o en puestos clave, influye la capacidad y estrategia de negociación del trabajador; y por ende, sólo en supuestos residuales incide la valoración que el trabajador haga de su aportación personal al proceso productivo y de sus necesidades económicas[41].

No siendo posible, en definitiva, fijar un valor cierto que asegure la equivalencia de las prestaciones en términos absolutos, debe concluirse que la reducción del importe que en un momento dado percibe el trabajador como contraprestación de sus servicios no supone necesariamente una desestabilización del contrato que vicie la causa. Nada impide, por tanto, que se lleven a cabo modificaciones a la baja buscando un nuevo punto de equilibrio entre las prestaciones y contraprestaciones recíprocas (desde luego no cuando se trate de modificaciones fruto de acuerdo; pero tampoco cuando la modificación se introduzca unilateralmente si la misma puede considerarse razonable –por resultar justificada objetivamente, además de proporcionada–) cuando existan necesidades empresariales de tipo económico que lo justifiquen. Y ello, por más que resulte incuestionable la esencialidad del salario, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo –atendidas las

(40) SALA FRANCO, T., "El alcance aplicativo...", *cit.*, pág. 136; y GALA DURÁN, *op. cit.*, pág. 2481.

(41) Por todos, *vid.* ROMÁN DE LA TORRE, Mª.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ed. Grapheus, Valladolid, 1992, págs. 269 y ss.; (sobre la supuesta o pretendida correspondencia entre prestación laboral y salario y los factores externos que influyen en su determinación, así como sobre el papel del contrato de trabajo y el margen dejado al efecto por la negociación colectiva); y MERCADER UGUINA, J.R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral*, Aranzadi, Elcano, 1996 –en especial, págs. 73 y ss.–.

necesidades de cada trabajador y la valoración personal de su propio trabajo–. Siendo tales modificaciones peyorativas en muchos casos el único recurso en manos de la empresa para superar una situación de crisis y, por tanto, una alternativa idónea, por menos traumática, a otras medidas, como las suspensiones de contratos o su extinción misma, parece razonable aceptar este tipo de medidas de ajuste salarial directo. En efecto:

Partiendo de un salario dado que se sitúe por encima de los mínimos garantizados por el convenio colectivo vigente (y, en defecto de éste, por encima del SMI) y una vez tomada por el empresario la iniciativa de ajustar las condiciones económicas aplicables, de alcanzarse acuerdo peyorativo, bien con los trabajadores, bien con sus representantes, el mismo debe considerarse lícito por regla general. En efecto, no puede considerarse que ello sea constitutivo de una renuncia o disposición ilícita de derechos, en la medida en que queden a salvo los mínimos indisponibles –legales o convencionales–, respetándose, no sólo la cuantía, sino también la estructuración convencional (artículos 3.5 y 26.3 del ET). Los problemas de ilicitud derivarán, en su caso: a) de que el empresario contrate individualmente y "en masa" con los trabajadores a tal efecto, ignorando el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET y puenteando a la representación laboral, cuando le corresponda intervenir por la dimensión colectiva de la modificación pretendida[42] –con vulneración, en su caso, de los derechos a la negociación colectiva y a la libertad sindical–[43] o b) de que los representantes estén disponiendo de derechos "contractualizados"[44] sin establecer compensaciones homogéneas.

Incluso la ley permite, como se sabe, que se produzca el descuelgue temporal del régimen salarial previsto en el convenio colectivo supraempresarial (artículo 82.3 ET). Y aunque el empresario no puede descolgarse unilateralmente en ningún caso, lo que es innegable es que indirectamente se reconoce que el equilibrio trabajo-retribución es siempre relativo; y, además, puede verse afectado por la situación de la empresa[45]. Y parece que el artículo 41 del ET abre una vía de ajuste salarial menos traumática para este tipo de supuestos, en la medida en que, como se verá después, el legislador preserva expresamente de las decisiones unilaterales modificativas el régimen salarial previsto en convenio colectivo

(42) Sobre la licitud de pactos individuales modificativos de las condiciones salariales previstas en contrato individual antes de la adopción de una decisión unilateral modificativa con proyección individual o plural, *vid.* STSJ del País Vasco de 15 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 71279).

(43) Acuerdos en masa que adolecerán de ilicitud, con independencia de su carácter peyorativo o favorable, y de que exista o no un comportamiento empresarial antisindical consciente. *Vid.* STC 238/2005, de 26 de septiembre; STC 107/2000, de 5 de mayo; STC 225/2001, de 26 de noviembre; STC 208/1993, de 28 de junio, y STC 105/1992, de 1 de julio. *Vid.* también, por todos, ELORZA GUERRERO, F., "El poder del empresario y la fijación de los salarios", AS, núm. 2/2001 (consultado en www.westlaw.es, BIB 2001/512).

(44) *Vid.* STS de 17 de diciembre de 2001 (recurso 4876/2000) respecto de una reducción salarial acordada en convenio colectivo extraestatutario. Debe entenderse que las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo no se "contractualizan", por lo que debieran reputarse disponibles en sede colectiva –aunque no es éste el criterio generalizado en la jurisprudencia–. *Vid.* por ejemplo, las SSTSJ de Madrid de 28 de julio de 1999 (AS 1999, 2929); de Cantabria de 11 de diciembre de 2000 (AS 2001, 647); de Navarra de 23 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3142) y de Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2001, 1825). *Vid.*, no obstante, la más reciente STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 75256) en la que se sostiene que detrás de una condición más beneficiosa de disfrute colectivo subyace un interés colectivo, por lo que, mediante acuerdo colectivo podría acordarse su supresión (pese a partir de la premisa de la contractualización de la condición en cuestión).

(45) Y es que no tiene sentido que, existiendo causa económica, la empresa pueda descolgarse del pago de los salarios mínimos de convenio colectivo y no pueda, en cambio, "descolgarse" de las mejoras nacidas del contrato individual (Cfr. SALA FRANCO, T., "El alcance aplicativo...", cit., pág. 137).

–al menos el estatutario–, cualquiera que sea su ámbito (sectorial[46], de empresa o inferior), permitiendo sólo: a) las modificaciones pactadas y b) en la medida en que afecten en exclusiva al "sistema de remuneración" (en el sentido restringido de la expresión ya comentado).

Así pues, no puede objetarse que admitir la reducción unilateral de la cuantía salarial –en lo que afecta a las mejoras introducidas bien por contrato o por decisión empresarial, formal o informal, y de alcance individual, plural o colectivo– implementada por el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET– suponga dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento mismo del contrato (con la consiguiente vulneración de los artículos 1901 y 1256 del Código Civil). En efecto, la modificación de la cuantía decidida por el empresario está sometida a control judicial, de manera que se verá privada de eficacia si, impugnada la medida empresarial, el juez la considera injustificada (por falta de causa o por insuficiencia de la causa esgrimida[47]) o estima que resulta desproporcionada y/o inidónea para la consecución del fin legítimo perseguido por la empresa (y, a la postre, determinante de un desequilibrio contractual inaceptable)[48].

Y el punto de equilibrio habrá que buscarlo huyendo de la lógica contractual pura, sin aferrarse a planteamientos propios del Derecho Común de obligaciones y contratos, y aceptando que el legislador progresivamente ha ido sometiendo al contrato de trabajo a la lógica económica –de forma particularmente intensa a partir de la Reforma Laboral de 1994–. De esta manera, al trabajador se le puede hacer partícipe (indirectamente) de los riesgos de empresa, a través de la introducción de las modificaciones peyorativas que ahora estudiamos. Digamos que en el artículo 41 del ET se instaura una vía de ajuste unilateral de condiciones de origen extraconvencional, facilitando la "reversibilidad" de mejoras introducidas en su momento por el empresario, cuando el contexto económico ha cambiado de manera sustancial –sin esperar a que se revisen al alza los mínimos normativos, y sin exigir el establecimiento de compensaciones, a diferencia de lo que ocurre cuando el empresario pretende aplicar el mecanismo legal de compensación y absorción –artículo 26.5 del ET–, en cuyo caso, y salvo que por convenio colectivo se haya acordado otra cosa, la jurisprudencia exige que en el marco del proceso de sucesión normativa se introduzcan compensaciones homogéneas u homogeneizables[49]–.

(46) Sin perjuicio de la posibilidad de descolgarse del "régimen salarial" y de la posibilidad de llegar a acuerdos con la representación laboral de modificar el "sistema de remuneración".

(47) No basta aducir causas empresariales, sino que las mismas deben acreditarse debidamente (por todas, STS de 27 de junio de 2005 –RJ 2005, 7325–).

(48) Como señala CRUZ VILLALÓN con carácter general (en "El artículo 41…", *cit.*, pág. 122) el test de proporcionalidad debe efectuarse tomando como parámetros de referencia: a) la *intensidad cualitativa* "en cuanto que debe advertirse un razonable equilibrio entre la gravedad de la situación que desea afrontar la empresa y el tipo de cambios a realizar"; b) la *intensidad cuantitativa* "en cuanto que debe constatarse una relación entre el alcance de las razones justificativas y el número de trabajadores afectados", y c) su **duración**, "en el sentido de que si se pretenden introducir modificaciones de carácter permanente, también han de alegarse circunstancias de carácter estructural y no meramente coyuntural".

(49) Sobre la tendencia a la relajación de la exigencia de homogeneidad, *vid.* THIBAULT ARANDA, J., *La compensación y absorción de salarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 72 a 75; MERCADER UGUINA, J.R., "Compensación y absorción como método de ajuste salarial en la negociación colectiva", en AAVV (Mercader Uguina, J.R., dir.) *El contenido económico de la negociación colectiva*, MTAS-CCNCC, *Informes y Estudios*, núm. 72, Madrid, 2005, págs. 273 y ss.; y LLOMPART BENNÀSSAR, M., "La

A estos efectos el órgano jurisdiccional debe determinar cuál de los valores enfrentados debe primar –si el de los trabajadores a mantener el régimen y nivel retributivo (en sentido amplio) anterior o, por el contrario, el de los empresarios a adoptar medidas que pongan a salvo o sean susceptibles de contribuir a poner a salvo la empresa o de garantizar su viabilidad en el medio/largo plazo. Y esa ponderación de intereses debería efectuarla, como se verá, analizando la "eficiencia económica" previsible de las medidas propuestas y finalmente adoptadas por la empresa (y no sólo la intensidad del perjuicio económico que se causa a los trabajadores); y sin perder de vista la función que el artículo 41 de ET está llamado a cumplir –sin olvidar, en definitiva, que constituye una pieza más del puzzle normativo que trata de ordenar desde la perspectiva laboral la crisis de empresa y sin desvincular dicho precepto del contexto normativo más amplio que es el Derecho de la Crisis empresarial.

RESULTA DECISIVO EL ESFUERZO PROBATORIO DE LA EMPRESA ENCAMINADO A CONVENCER AL ÓRGANO JURISDICCIONAL, NO SÓLO DE LA IDONEIDAD Y "EFICIENCIA ECONÓMICA" DE LA MEDIDA MODIFICATIVA ADOPTADA, SINO TAMBIÉN DE SU "ADECUACIÓN SOCIAL"

En definitiva, resulta obligado plantearse si no resulta más eficaz a efectos de salvar la empresa y las relaciones de empleo y/o salvaguardar su competitividad (y con ello, asegurar a más largo plazo su supervivencia y la de las relaciones de empleo) admitir modificaciones peyorativas en las condiciones económicas que, por traumáticas que resulten, reduzcan el riesgo de que la empresa se vea abocada inexorablemente a una situación insuperable de crisis (a) bien por incapacidad de satisfacer las deudas o de satisfacerlas puntualmente –con el consiguiente encarecimiento de costes laborales vinculado a la obligación de satisfacer intereses de demora (artículo 29.3 ET) y con el "riesgo" de que los trabajadores que no ven satisfechos puntualmente sus salarios interpongan casi inmediatamente demandas de resolución indemnizada al amparo del artículo 50.1.b) del ET[50] –indemnizaciones estas, mucho más elevadas que las previstas para los casos de despido por causa empresarial, y cuyo pago desde una situación empresarial crítica puede imposibilitar definitivamente la supervivencia de la empresa[51]– (b) bien por

absorción y compensación del incremento del salario profesional", *AL*, núm. 19, noviembre 2006, págs. 2320 y ss. –con abundantes citas jurisprudenciales–.

(50) El TS tiene establecido que si concurre una situación de crisis económica impeditiva del cumplimiento de la obligación de pago puntual de salarios, la norma estatutaria posibilita acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción *ex* artículos 41, 47, 51 o 52.c) ET; pero el empresario no puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual *ex* artículo 50.1.b) ET a instancia de los trabajadores afectados (por todas, SSTS de 25 de enero de 1999–RJ 1999, 898–; y de 28 de septiembre de 1998 –RJ 1998, 8553–).

(51) El "riesgo" añadido de que en situaciones críticas extremas se pueda perjudicar el interés de acreedores laborales y no laborales concurrentes –y, en su caso, el de que se elimine toda posibilidad de reflotar de la empresa– se ha neutralizado parcialmente por el legislador –artículo 64.10 de la LC– sólo para aquellas empresas que estén ya en situación de concurso.

verse forzada a adoptar medidas suspensivas o extintivas, con los correspondientes costes (medidas estas, sumamente costosas, amén de mucho más traumáticas que la consistente en una modificación *in peius* de las condiciones económicas, y que en último término pueden también hacer inviable definitivamente la continuidad de la actividad empresarial o el mantenimiento de las inversiones necesarias para poder competir en el mercado, etc.) Por ello, resulta decisivo el esfuerzo probatorio de la empresa encaminado a convencer al órgano jurisdiccional, no sólo de la idoneidad y "eficiencia económica" de la medida modificativa adoptada, sino también de su "adecuación social".

La aceptación de este tipo de ajustes como remedio a situaciones críticas o como respuesta a amenazas serias sobre su estabilidad plantea, no obstante, dos problemas adicionales: a) el potencial fracaso o ineficiencia final de la medida (pues el sacrificio salarial no habrá sido útil para conseguir los fines legítimos pretendidos; y además, tendría un impacto negativo sobre las indemnizaciones a percibir si la empresa se viera obligada a extinguir las relaciones laborales). Pese a ello, salvo prueba de abuso o fraude, el salario regulador sería el vigente en el momento de la extinción, y b) el trabajador no cuenta con la posibilidad de optar por la resolución indemnizada de la relación aunque le resulte excesivamente oneroso continuar prestando servicios bajo el nuevo régimen económico.

Pero, aun así, y teniendo igualmente presentes los inconvenientes que desde el punto de vista de la motivación del personal presentan este tipo de medidas (y el posible impacto negativo en la productividad) creo que deben admitirse este tipo de ajustes.

B) Fuentes de condiciones económicas que pueden verse afectadas por decisiones empresariales tendentes a su supresión o modificación *in peius*

Según se desprende de lo dispuesto expresamente en los artículos 41 y 82.3 del ET, las modificaciones –sean o no peyorativas– de condiciones económicas previstas en convenio estatutario –o su inaplicación[52]– sólo son posibles si se alcanza el correspondiente acuerdo con los representantes de los trabajadores –sin perjuicio de que el convenio colectivo puede establecer procedimientos para resolver las eventuales discrepancias que puedan surgir (artículo 85.1 del ET) o encomendar a la Comisión Paritaria la toma de una decisión, en el particular supuesto de que no existiera representación–[53].

Sobre la cuestión, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "La incidencia de la reforma concursal en el ámbito laboral", *Revista ICADE*, núm. 61, enero-abril 2004, págs. 131 a 133.

(52) La fricción entre los artículos 41 y 82.3 del ET debe ser resuelta atendiendo a la diversidad de funciones y fines perseguidos por ambos preceptos; de manera que mientras el artículo 82.3 exige "daño a la estabilidad de la empresa", el artículo 41 exige la presencia de una justificación económica mucho más flexible, comprendiendo el objetivo de preservar o mejorar su posición competitiva en el mercado (MERCADER UGUINA, J.R., "Estructura de la negociación colectiva y salario", en AAVV, *El contenido económico…*, cit., pág. 70).

(53) Como ha sugerido SALA FRANCO (*cit. ab* ESTEVE SEGARRA, *op. cit.*, pág. 237). Si no existiera representación de los trabajadores, la empresa no podría introducir los cambios pretendidos unilateralmente o mediante pacto con los afectados, sino que debería nombrarse una representación *ad hoc*.

Además, la modificación pactada al amparo del artículo 41 del ET sólo puede alcanzar al "sistema de remuneración" convencional en sentido estricto[54] tal y como se desprende de una interpretación literal; en definitiva, sólo pueden verse afectados directamente la estructuración y sistema retributivo previstos en el convenio (sin perjuicio de que ello pueda impactar negativamente en la cuantía final a percibir). Y no podrán modificarse, en cambio, otros aspectos o vertientes de las condiciones económicas, aunque no lo haya entendido así nuestro TS[55]; ni es viable a su amparo la eliminación lisa y llana de otras condiciones económicas –de carácter no remuneratorio– previstas en el convenio; ni es posible reducir directamente la cuantía de los distintos conceptos, ni inaplicar las cláusulas de revisión salarial.

El TS[56] ha señalado que la referencia a los convenios estatutarios se corresponde, pese a la falta de precisión del artículo 41 del ET al respecto, con los de ámbito superior al de empresa; defendiendo, en suma, que lo que establece la referida norma es una regla especial de concurrencia, otorgando preferencia aplicativa al acuerdo de empresa[57] siempre que concurra el presupuesto causal previsto en ella.

Ahora bien, es preciso introducir una serie de matizaciones:

1º. Nada impide que, concurriendo el presupuesto causal del artículo 41 del ET, la empresa promueva la revisión del clausulado del convenio de empresa en lo que toca al "sistema de remuneración"; en tal caso, surgiría un deber de negociar a cargo de la representación laboral.

2º. Si la empresa pretendiera modificar el convenio estatutario de empresa o ámbito inferior en términos distintos de lo que constituye una pura modificación del "sistema de remuneración", por regla general, deberá respetar el régimen de denuncia previsto por el propio convenio, esperando al momento oportuno.

3º. Pero si la parte social que suscribió el convenio de empresa[58] se aviene a renegociar anticipadamente el régimen económico diseñado en el mismo[59], no cabría oponer tacha

(54) MERCADER UGUINA, J.R., *Modernas tendencias…*, cit., págs. 59 y 60. En cambio, al amparo del artículo 82.3 se puede modificar el "régimen salarial" (y, por tanto, es posible incidir directamente sobre la cuantía, suprimiendo conceptos, reduciendo los mínimos de convenio, congelando los salarios durante la vigencia del convenio, etc.)

(55) En la STS de 11 de mayo de 2004 (recurso 95/2003) se considera cubierta por el artículo 41.2 del ET la modificación pactada de la base de cálculo de un complemento salarial concreto. *Vid.*, no obstante, el voto particular formulado por DESDENTADO BONETE, en el que se defiende que sólo son viables aquellas modificaciones sobre el sistema de remuneración que supongan un "cambio en la forma de calcular determinadas retribuciones" (pero) "sin afectar a su existencia ni a su cuantía final".

(56) Aunque en este punto la doctrina no mantiene una posición unánime. Por todos, en este sentido, MERCADER UGUINA, J.R., *Modernas tendencias…*, cit., pág. 57; del mismo autor, "Estructura…", cit., págs. 69 y 70. En contra, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., "El artículo 41...", cit., pág. 131, y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo", *RL*, 1996-II, pág. 362.

(57) STS de 11 de mayo de 2004 (recurso 95/2003).

(58) La empresa no podría cambiar arbitrariamente a tal fin el cauce de negociación, negociando con sujetos colectivos distintos la modificación pretendida.

(59) Pero debe tenerse presente que, como recuerda, entre otras, la STS de 30 de junio de 1998 (recurso 2987/1997) la vigencia del convenio colectivo, como la de toda norma, puede terminar anticipadamente (esto es, antes de consumir

de ilicitud a dicho acuerdo, ni sería exigible el cumplimento de las rígidas exigencias de orden causal previstas en el artículo 41 del ET.

4º. Y si denunciado extemporáneamente el convenio de empresa, la parte social se opusiera a negociar, sólo podrá tenerse por válida la denuncia extemporánea –y surgiría el correspondiente deber de negociar, con todas sus consecuencias– si concurren efectivamente los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[60]. Podemos adelantar ahora, no obstante, que la concurrencia de los presupuestos de aplicación de la referida cláusula no justificarán ni debieran justificar jamás, en cambio, la modificación directa y unilateral del régimen económico diseñado en el convenio de empresa, ni de la cuantía de los distintos conceptos contemplados en él, ni del régimen de revisión o actualización salarial pactado –de manera que a los representantes les asiste un derecho de veto de la modificación convencional pretendida *ante tempus*–; y que podrá alcanzarse un acuerdo de revisión peyorativo anticipado sin sujeción a limitación objetiva de clase alguna (esto es, que exceda de lo que son modificaciones del "sistema de remuneración", sin que los trabajadores perjudicados puedan impugnar la modificación).

Tras una primera lectura del artículo 41 del ET, el acuerdo con los representantes no parece resultar necesario, en cambio, cuando se trata de modificar condiciones procedentes de un convenio extraestatutario (sin distinción en función de la motivación que conduce en cada caso concreto a su calificación como extraestatutario; y salvo que del tenor del clausulado del convenio colectivo se desprenda otra cosa). Una relectura del texto de la norma en "clave constitucional", sin embargo, parece conducir a exigir el acuerdo con la representación laboral para que la modificación sea viable[61]. Pero finalmente, y atendiendo a una interpretación literal y a la evolución normativa en la materia[62] hemos de decantarnos por la primera opción interpretativa, aunque la cuestión

íntegramente el período de vigencia inicialmente pactado) por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango. Y añade que del artículo 41.2.3 del ET tampoco cabe deducir la conclusión contraria, pues se trata de una regla sobre negociación de decisiones empresariales, no de una disposición de carácter general; y aunque se formule de forma general, está concebida para el supuesto de un convenio colectivo de ámbito supraempresarial que ha de modificarse en una unidad empresarial. Para ello se exigen condiciones de justificación especiales, que no serían necesarias en caso de un convenio de empresa que fuera modificado por otro convenio de empresa. Aunque en el voto particular a dicha sentencia se mantiene una tesis diametralmente opuesta (básicamente, por el perjuicio que se causa a los representados y porque considera aplicable el artículo 41 del ET para toda modificación de convenio colectivo de empresa, con las correspondientes restricciones en cuanto a motivaciones y en cuanto a las materias susceptibles de modificación) la tesis mayoritaria ha sido la que ha prosperado (así, en SSTS de 27 de enero de 2003 –recurso 63/2002–; STS de 18 de octubre de 2004 –recurso 191/2003– y STS de 21 de febrero de 2000 –recurso 686/1999– esta última, respecto de un acuerdo alcanzado en el marco de un ERE en una empresa inmersa en un procedimiento de suspensión de pagos).

(60) De la misma forma que ante un cambio radical de circunstancias puede acudirse a la huelga (STC 11/1981, de 8 de abril –FJ núm. 14–).

(61) Entre otros, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., "El artículo 41…", *cit.*, pág. 136; BEJARANO HERNÁNDEZ, "La supresión…", *cit.*, págs. 534 y 535; GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 2478.

(62) Aunque, según consta en la Memoria del Proyecto de Reforma del ET de 1994, la expresa mención a la negociación colectiva estatutaria como ámbito intangible a falta de acuerdo con los representantes responde a exigencias de adaptar nuestra legislación a la doctrina constitucional (de manera que no cabe pensar que se persiga directa y abiertamente canalizar toda la negociación colectiva hacia el cauce estatutario por su mayor eficacia homogeneizadora y por su mayor transparencia).

genera disfunciones[63] (en particular, si se trata de un convenio sectorial).

Las condiciones procedentes de los restantes tipos de fuentes colectivas (usos de empresa, reglamentaciones internas o circulares de empresa y, en general, cualesquiera otras formas de expresión o exteriorización de decisiones unilaterales de la empresa con proyección colectiva) pueden ser modificadas sin necesidad de alcanzar acuerdo al efecto con la representación de los trabajadores; si bien es preceptivo someter la cuestión a consultas con los representantes –por estar en juego un interés colectivo–; no teniéndose por cumplimentado el trámite si la empresa se limita a darles audiencia, pues sobre la misma pesa un auténtico deber de negociar)[64]. Y todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos[65].

Por último, las condiciones económicas reconocidas a título individual o plural (bien informalmente –condiciones más beneficiosas individuales o plurales–, bien mediante pacto expreso) pueden verse afectadas por esta facultad extraordinaria de modificación unilateral, sin necesidad siquiera de negociar con los representantes (pues éstos carecen de facultades de disposición de condiciones individuales "contractualizadas"[66]) y/o con los afectados. Tan sólo se exige que la decisión se notifique a los trabajadores afectados y sus representantes, con una antelación mínima de 30 días naturales a la fecha de efectividad del cambio, expresando cuál es la situación empresarial de partida y cuáles las razones por las que se estima que la medida de ajuste contribuirá a su mejoría.

LAS CONDICIONES ECONÓMICAS RECONOCIDAS A TÍTULO INDIVIDUAL O PLURAL PUEDEN VERSE AFECTADAS POR ESTA FACULTAD EXTRAORDINARIA DE MODIFICACIÓN UNILATERAL SIN NECESIDAD DE NEGOCIAR CON LOS REPRESENTANTES O CON LOS AFECTADOS

(63) Por esta vía escapan a la dinámica de la negociación colectiva condiciones de origen pactado con la representación laboral, lo que plantea singulares problemas si se trata de convenios extraestatutarios sectoriales; no así, cuando se trata de convenios de empresa, pues en tal caso es prácticamente inexistente la diferencia, salvo, en su caso, en cuanto a la intensidad de la informalidad se refiere, con respecto a las fuentes colectivas extraconvencionales contempladas en el artículo 41 del ET.

(64) Sobre el alcance de este deber, *vid.* STSJ de La Rioja de 27 de marzo de 2006 (AS 2006, 1176). *Vid.* también, por todos, CRUZ VILLALÓN, J., "El artículo 41...", *cit.*, pág. 150. Y si no existiera representación laboral, creemos que la solución ha de ser la misma que la aplicable en el caso de condiciones convencionales. *Vid.*, no obstante, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., en *op. cit.*, pág. 368, para quien en estos supuestos la empresa podría negociar directamente con los trabajadores o bien "saltarse" el trámite.

(65) ESTEVE SEGARRA, A., "La modificación sustancial de condiciones de trabajo por causas económicas: problemas de enjuiciamiento", en AAVV, "Crisis de empresa y Derecho del Trabajo", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 88, CGPJ, 2006, págs. 216 y 217.

(66) Por todos, *vid.* DÍAZ AZNARTE, Mª.T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 237 y 238.

C) Entidad de la modificación necesaria para su calificación como sustancial

No toda modificación que afecte a condiciones esenciales o sustanciales es, por ello, sustancial[67], puesto que, como ha precisado el TS[68], el calificativo "sustancial" se corresponde con aquel que incide sobre aspectos básicos –no accesorios– de la condición modificada, pasando ésta a ser otra distinta de forma notoria; valorándose, además, el contexto individual en que se produce (y de modo especial, su impacto último en la esfera individual; en definitiva, el nivel de perjuicio o sacrificio experimentado por los trabajadores).

En otro caso, la modificación se considera puramente "accidental", tangencial o de escasa trascendencia, e incardinable en el ámbito de ejercicio (unilateral y no reglado) del *ius variandi* –aunque, como se verá, nuestra jurisprudencia parece partir de la premisa de que también este segundo tipo de modificaciones ha de contar con una causa objetiva y razonable que la sustente–.

Pero a la postre el TS parece considerar, en lo que a condiciones económicas se refiere, que la medición del alcance de la modificación debe efectuarse atendiendo a la lesividad de la alteración pretendida por el empresario. Y ésta se mide generalmente, aunque no siempre[69], a través de la observación del binomio **esfuerzo productivo realizado por el trabajador-cuantía del salario y restantes percepciones económicas efectivamente percibidas o devengadas**, antes y después de la adopción de la decisión modificativa (esto es, suponiendo que no cambian las funciones, el nivel de esfuerzo aplicado, ni el rendimiento mínimo exigible, en función de que se resienta o no la cuantía del salario y de las demás percepciones económicas –y se acredite por la parte interesada–); de manera que, aun modificándose radicalmente los presupuestos de devengo o las bases de cálculo de la retribución[70] o el medio de pago empleado, si finalmente los trabajadores van a percibir el mismo nivel de ingresos que con anterioridad, se reputa no sustancial la modificación[71] y, por ende, se entiende que escapa a los límites materiales y procedimentales del artículo

(67) Por todas, STS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006, 3105).

(68) Por todas, en la STS de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9163) y STS de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7308) recordando doctrina del extinto TCT, a tenor de la cual es sustancial "aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad de las prestaciones con un perjuicio comprobable".

(69) *Vid.*, por ejemplo, STS de 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 7325) en la que la lesividad parece medirse en función de la apreciación o valoración–siempre subjetiva– de los empleados sobre el impacto en su esfera patrimonial de la modificación (eliminación de una ayuda de comida y un plus de transporte para su sustitución por un incentivo salarial); y STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2006 (recurso 62/2006) sobre supresión de un servicio de transporte privado y sustitución por el abono del precio del "bonobús". *Vid.* también STS de 11 de mayo de 1999 (recurso 3350/1998) –en un supuesto de modificación unilateral de las tablas de referencia para el cálculo de comisiones previstas en convenio, con garantía de indemnidad–. *Vid.* también sentencias citadas *supra* (en nota núm. 32).

(70) Así, con discutible criterio, en la STS de 22 de junio de 1998 (RJ 1998, 5703) y STS de 21 de marzo de 2006 (recurso 194/2004) –respecto de un supuesto de modificación de los criterios generales tomados en consideración para el abono de mejoras unilaterales, voluntarias en su concesión y cuantía–. En contra, *vid.* STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2004 (AS 2004, 3458) en un supuesto de modificación de la "baremación en cuanto a criterios para estimar devengada o no la retribución por cumplimiento de objetivos".

(71) Así, en la STSJ de Cataluña de 28 de junio de 1997 (AS 1997, 3064) ante la sustitución de un cheque regalo por un sistema de descuento aplicable en compras efectivas realizadas. En el mismo sentido, STS de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9163).

41 del ET, considerando que la alteración es viable y entra dentro del ámbito objetivo de ejercicio del *ius variandi* ordinario[72].

Y ello resulta sumamente discutible, en tanto que en determinados casos la modificación de las bases de cálculo de las remuneraciones aunque no suponga una reducción directa y en términos absolutos de la retribución percibida con anterioridad por los trabajadores, puede suponer una minoración definitiva, no coyuntural o episódica, de sus perspectivas o expectativas legítimas y capacidad real de ganancia; de manera que, aunque tal tipo de modificación no suponga un ataque a retribuciones consolidadas (habida cuenta del carácter no consolidable de las retribuciones ligadas a resultados) sí supondría un ataque a derechos reconocidos por contrato, convenio extraestatutario o acuerdo de empresa[73].

Pese a lo indicado, en varios pronunciamientos recientes[74], la medición del alcance de la modificación que se proyecta sobre condiciones esenciales se efectúa analizando las características de la modificación misma en su triple vertiente de: a) importancia cualitativa; b) alcance temporal, y c) eventuales compensaciones. Parece, pues, oportuno, entrar a valorar críticamente esta nueva tendencia jurisprudencial.

a) Importancia cualitativa: parece que toda modificación en las condiciones económicas, cualquiera que sea la forma concreta en que se articule es sustancial, en la medida en que tenga incidencia sobre la cuantía final a percibir por todos los conceptos o suponga alteración del grado de estabilidad de cualquiera de los componentes de la estructura retributiva de los afectados (reducción directa de su importe, cambio de los presupuestos de devengo o bases de cálculo, sustitución de partidas fijas por conceptos no consolidables en el concepto o en la cuantía, etc.); y a la postre, en la medida en que incida sobre la capacidad real de ganancia del trabajador. Y no puede perderse de vista que ciertos derechos económicos se calculan en función de la masa salarial o de una base retributiva predeterminada por las partes (así, en el caso de indemnizaciones legales y cualesquiera retribuciones, directas o indirectas). Por ello, efectivamente, la valoración desde una perspectiva cuantitativa debe complementarse siempre con el análisis desde la dimensión cualitativa; y ambas operaciones deben efectuarse de forma global y dinámica (valorando el impacto indirecto de la modificación sobre otros derechos económicos del trabajador).

(72) *Vid.*, por ejemplo, un supuesto de refundición de pluses, sin impacto en la cuantía de la retribución fija, ni en cómputo anual, ni en cómputo mensual, y sin incidencia probada en el cálculo del salario pensionable –STS de 27 de julio de 2005 (RJ 2005, 8940)–.

(73) Y es que no debe confundirse el derecho a la prestación retributiva con las prestaciones retributivas que del mismo derivan en ejecución de contratos, como el de trabajo, de tracto sucesivo. *Vid.* la STS de 22 de noviembre de 2005 (recurso 42/2005) ya citada, en la que se considera que la reducción de las tarifas de las comisiones en la misma proporción en la que se incrementó el precio de venta de los materiales vendidos por los comisionistas escapa al artículo 41 del ET, entre otras razones, porque "no afecta al régimen de remuneración, que se mantiene invariable" (puesto que no se había minorado el nivel de ingresos disfrutado con anterioridad). Las particularidades del caso justifican la solución adoptada; pero no puede aceptarse con carácter general (así, por ejemplo, si se reducen las tarifas de las comisiones como consecuencia de una subida de los precios y ello se traduce en una disminución significativa del nivel de ventas; en tal caso, el binomio esfuerzo productivo-capacidad de ganancia se resentiría claramente como consecuencia de una traslación inaceptable del riesgo de empresa).

(74) STS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006, 3105) y STSJ de La Rioja de 27 de marzo de 2006 (AS 2006, 1176). *Vid.* también, STSJ de Málaga de 3 de diciembre de 1999 (recurso 1622/1999).

b) Introducción de eventuales compensaciones: parece incuestionable que las decisiones empresariales encaminadas, no ya a la modificación peyorativa, sino a la eliminación lisa y llana de una condición, beneficio o ventaja económica son sustanciales, cualquiera que sea la función y causa de abono a la que respondan las prestaciones económicas suprimidas (retributiva, familiar, asistencial, compensación de gastos vinculados –aun indirectamente– al trabajo, etc.) Si, por el contrario, la decisión empresarial de eliminación va acompañada de compensaciones (bien porque se haya introducido una nueva prestación equivalente en cuanto a su causa y valor monetario, bien porque se asuma el compromiso de respetar el importe percibido en la última etapa de vida laboral, creando un nuevo concepto "consolidado") aquélla no deja, por ello, de ser sustancial, ni escapa, por tanto, a las exigencias procedimentales impuestas por el artículo 41 del ET[75], ni encuentra cobertura en el artículo 26.5 del ET (cuya aplicación, a la postre, conduce en muchos casos a una modificación de la estructura retributiva). En efecto, debe recordarse que el mecanismo legal de compensación y absorción sólo es operativo a los efectos de neutralizar incrementos de los salarios mínimos –legales o convencionales–; y ello supone tanto como afirmar que el empresario no puede modificar o suprimir, al amparo de su letra, condiciones extraconvencionales introduciendo unilateralmente nuevas condiciones extraconvencionales "compensatorias", actuando a estos efectos al margen del artículo 41 del ET. Cuestión distinta es que, sometiéndose a lo establecido en este último precepto, su disponibilidad para establecer compensaciones, facilite la superación del *test* de proporcionalidad si se impugna la medida modificativa.

c) Alcance temporal: resta plantearse si el carácter **sustancial** sólo es predicable de la decisión –de modificar o suprimir condiciones económicas– que o bien tenga carácter definitivo/indefinido, o bien sea de "larga duración" (y no de aquellas que tengan carácter coyuntural o episódico). En la medida en que el legislador no se apoya expresamente en el elemento temporal para acotar las modificaciones sustanciales y teniendo en cuenta la esencialidad absoluta del régimen retributivo (en sentido amplio) debe hacerse abstracción de esta referencia a efectos de calificar la modificación, aunque ciertamente sean más traumáticas las medidas operativas durante un largo período de tiempo, o de carácter definitivo o indefinido, que las de carácter coyuntural (en particular, si se aplican durante un corto espacio de tiempo predeterminado). El factor temporal jugará, no obstante lo señalado, un papel decisivo a la hora de aplicar el *test* de proporcionalidad a efectos de valorar si la modificación peyorativa cuenta o no con justificación y si resulta idónea o no para la consecución de los fines empresariales pretendidos.

D) Presupuesto causal necesario para considerar justificada la modificación unilateral

El artículo 41 del ET – según redacción dada al mismo por la Ley 11/1994– exige que concurran probadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para que el empresario pueda hacer uso de esta facultad extraordinaria de revisión de condiciones

(75) STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2003 (recurso 7119/2002). *Vid.*, no obstante, la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2006 (AS 2006, 1911).

vigentes en un momento dado. Y se advierte que "se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"[76].

Siendo plausibles, tanto el esfuerzo clarificador del legislador en este punto, como la incorporación expresa de la causa económica al texto legal[77], sin embargo, no facilita la respuesta a todas las dudas interpretativas que pueden plantearse (en particular, cuando se aduzcan causas económicas). En efecto, y a los efectos de valorar si cuentan con respaldo legal las modificaciones de las condiciones económicas decididas por el empresario por razones económicas, el artículo 41 del ET admite una doble interpretación: a) en términos flexibles y, a la postre, flexibilizadores de los poderes de gestión empresarial (puesto que cualquier modificación peyorativa de las condiciones económicas aplicables en un momento dado conlleva una reducción de costes de personal y, con ello, un aumento de su competitividad); o b) en términos restrictivos, como medida de ajuste en respuesta a una situación o tendencia negativa previa.

EL ARTÍCULO 41 ET EXIGE QUE CONCURRAN PROBADAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN PARA QUE EL EMPRESARIO PUEDA HACER USO DE LA FACULTAD DE REVISIÓN DE LAS CONDICIONES VIGENTES EN UN MOMENTO DADO

En este punto la doctrina no ha venido manteniendo una interpretación uniforme, moviéndose entre tres posiciones: a) Exigencia de una situación grave de pérdidas (GALA DURÁN[78]; BEJARANO HERNÁNDEZ[79]); b) Suficiencia de una situación de desequilibrio no circunstancial (MARTÍNEZ EMPERADOR[80]; c) Suficiencia de la producción de cambios en el contexto empresarial que aconsejen la adopción de medidas para salvaguardar su nivel de competitividad en el corto plazo y su viabilidad y la de las relaciones de empleo en el medio plazo; de manera que sólo serían rechazables por falta de causa las modificaciones

(76) Texto este, introducido como consecuencia de la enmienda formulada al texto del Proyecto por el Grupo Socialista, con un propósito aclaratorio (Enmienda núm. 194, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 42-4, de 22 de febrero de 1994, pág. 130).

(77) En la redacción anterior no se contemplaba expresamente la causa económica, si bien la jurisprudencia entendió comprendida la misma [así, en el caso de Galerías Preciados: STS (3ª) de 24 de octubre de 1991 –Sentencia núm. 3071/1991–]. El Grupo IU-IC propuso la supresión de este tipo de causa (Enmienda núm. 340- BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 42-4, de 22 de febrero de 1994, pág.168).

(78) GALA DURÁN, C., *op. cit.*, págs. 2464 y 2482.

(79) BEJARANO HERNÁNDEZ, A., "La supresión…", *cit.*, pág. 527.

(80) MARTÍNEZ EMPERADOR, R., "La modificación sustancial de condiciones de trabajo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1994, CGPJ, págs. 241 y 242.

peyorativas introducidas por el empresario en las condiciones económicas bajo el pretexto de la conveniencia de incrementar la productividad y competitividad empresarial si el contexto en el que se fijaron las condiciones no ha cambiado[81] (CRUZ VILLALÓN[82]).

De todas las tesis formuladas resulta más convincente la última si se atiende a la evolución de nuestra normativa y, en especial a las razones y objetivos inspiradores de la última reforma en este punto[83]. Podemos decir que el artículo 41 del ET se erige en nuestro sistema de relaciones laborales en un mecanismo flexibilizador de las condiciones de trabajo existentes en un momento dado, cuya funcionalidad no se constriñe a la de salvamento de empresas en crisis. Su funcionalidad es, por el contrario, doble: a) contribuir a salvar empresas en situación de crisis actual o inminente y b) potenciar el crecimiento y la competitividad de las empresas (pero no como valores en sí mismos, ni a cualquier precio, sino en la medida en que sirvan al fin prioritario e inspirador de la Reforma de 1994 –de conservación y, en su caso, creación de nuevos empleos–). Son, pues, en todo caso, valores supraindividuales los tenidos en consideración y protegidos singularmente por el legislador mediante estas disposiciones flexibilizadoras de los poderes empresariales[84], haciéndolos primar sobre el interés individual de los trabajadores de conservación y mejora de las condiciones de trabajo, y sacrificando para ello, aunque con las debidas garantías y límites, los principios de *pacta sunt servanda* y de intangibilidad de condiciones más beneficiosas.

Ahora bien, cuando la causa esgrimida sea económica, habida cuenta que la ley exige, para considerar justificada cualquier modificación sustancial (cualquiera que sea la causa en la que se apoye el empresario) que la medida modificativa proyectada por el empresario "contribuya" a "mejorar" la situación empresarial, parece necesario que la empresa se halle en el momento de introducir la modificación en cualquiera de las dos situaciones siguientes: a) bien en una situación –actual– de debilidad o inestabilidad económica (la medida cumpliría, así, una función paliativa) o b) bien en una situación de debilidad económica potencial (esto es, que en razón de la aparición de nuevas circunstancias, pueda ya considerarse amenazada su estabilidad a medio plazo); en este segundo caso la medida cumpliría una función preventiva de una situación de crisis.

Así pues, la causa económica presenta perfiles propios desde esta perspectiva; y podemos defender que el nivel de exigencia a efectos de considerar legítima la medida modificati-

(81) (contexto favorable o no). En efecto, si la situación de partida –en el momento de introducir la condición económica que se pretende modificar o suprimir– era ya negativa, debería admitirse la modificación *ex* artículo 41 del ET en supuestos de agravación o enquistamiento de dicha situación de debilidad.

(82) CRUZ VILLALÓN, J., "El artículo 41...", *cit.*, págs. 121 y 122.

(83) *Vid.* la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por la que se modifican determinados artículos del ET y del Texto Articulado de la LPL (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 42-1, de 4 de enero de 1994) –apartado 2–. *Vid.* la Memoria del Proyecto de Ley en Documentación núm. 114 preparada por la Secretaría General del Congreso de los Diputados, págs. 655 a 658. *Vid.* también el *Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el Siglo XXI* (Parte B III. Empleo, Capítulo 8) –COM (93) 700 final, 5 de diciembre de 1993–.

(84) *Vid.* también MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 64.

va, se eleva inevitablemente respecto del aplicable cuando se trata de medidas adoptadas por razones organizativas, técnicas o productivas; máxime cuando la medida a adoptar consista precisamente en un ajuste directo en las condiciones económicas, como ya se ha avanzado.

Partiendo de tales premisas y a efectos de considerar legítimo un ajuste salarial determinado, podemos concluir que:

1º. No es preciso que la empresa afronte una situación de imposibilidad absoluta de mantenimiento de las prestaciones que desea modificar o suprimir, so pena de incurrir en una situación concursal, aunque debe aceptarse que si es previsible o inminente esa situación de crisis extrema, la medida ha de considerarse justificada objetivamente.

Si la situación concursal es ya una realidad en la empresa, sólo si se trata de modificaciones de carácter colectivo habrá que someter la cuestión a los trámites procedimentales especiales previstos en el artículo 64 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio). En cambio, si se trata de modificaciones con proyección individual o plural, el empresario o, en su caso, la administración del concurso[85], pueden llevarlas a cabo utilizando el mismo procedimiento que en situaciones no concursales (artículo 41 del ET)[86]. Pero en uno y otro caso parece que el nivel de exigencia se eleva respecto de las modificaciones que pueden implementarse en situaciones no concursales[87]. En efecto, si bien es cierto que entre los fines que presiden la nueva normativa concursal se sitúa el de hacer viable la continuación de la actividad de la empresa y de las relaciones laborales de la misma, su fin primordial es la satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores. De manera que, como acontecerá en numerosos supuestos, de no existir viso alguno de superación de la situación de crisis, lo que no va a poderse admitir, bajo ningún concepto, es que a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, el coste del concurso lo asuman precisamente los trabajadores. Por ello, será preciso aplicar –con particular grado de exigencia o dureza– un *test* de eficiencia de la medida de ajuste en las condiciones económicas para hacer viable la empresa; y la actividad probatoria deberá girar fundamentalmente

(85) Sobre la intervención/sustitución del empresario por la administración concursal, *vid.* artículos 40 y 44 de la Ley Concursal.

(86) Antes de la Reforma Concursal, *vid.* STSJ de Madrid de 6 de junio de 1996 (AS 1996, 3182), respecto de la supresión de un "plus voluntario de empresa" que percibían los trabajadores por encima de los salarios mínimos de convenio en una situación de quiebra.

(87) El artículo 64 de la LC no proporciona pauta interpretativa alguna sobre las causas que, en esta situación de debilidad económico-financiera extrema, legitimarían la adopción de este tipo medidas de ajuste. Sobre este último extremo no existe consenso en la doctrina. Mientras un sector doctrinal considera que existe identidad entre las causas del artículo 41 del ET y las del artículo 64 de la LC (así, por todos, ÁLVAREZ CUESTA, H., "La solución a una crisis empresarial a través de modificaciones sustanciales. Comentario al artículo 64.2 de la Ley 22/2003, Concursal" *RGDTSS*, iustel.com, núm. 12, octubre 2006, págs. 5 y 6; ALAMEDA CASTILLO, Mª.T., *Conservación de empresas en crisis*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 57; la misma autora en "La proyectada Reforma Concursal y sus implicaciones laborales", *AL*, núm. 32, 2002, págs. 679 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., "Crisis de empresa y contrato de trabajo. Panorama tras la Ley Concursal", *REDT*, núm. 122, abril-junio 2004, pág. 219) otro sector de la doctrina defiende que el nivel de exigencia podría acrecentarse en el marco del procedimiento concursal, puesto que el juez de lo mercantil puede aplicar supletoriamente las causas menos exigentes previstas en el artículo 41 del ET; pero lo hará o no en función de las circunstancias concretas del caso y a la luz de la legislación concursal y sus principios inspiradores (pues el juego entre la ley laboral y la ley concursal, concluyen estos autores, es bidireccional). Cfr. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., "Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales", *RL*, 2003-II, págs. 492 y ss.; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., "Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos", *AL*, núm. 10, 2004, págs. 1170 y 1175 (posición, esta última, que parece más razonable, por las razones apuntadas *supra*).

en torno a este aspecto; aunque ciertamente, en la medida en que nos movemos en el terreno de las predicciones o expectativas, finalmente no quepa exigir en estas situaciones concursales la prueba plena e indubitada de la superación de la crisis[88].

2º. No se requiere tampoco que la empresa se encuentre ya ante dificultades de tesorería o problemas de falta de liquidez.

3º. Es más, la jurisprudencia más reciente[89] parece relajar hasta el extremo la exigencia causal del artículo 41 del ET (aunque dejando flancos necesitados de mayor concreción, por lo que introduce en este terreno una gran dosis de inseguridad jurídica). Por otra parte, esa "generosidad" apreciable en la jurisprudencia reciente no parece compaginarse muy bien, ni siquiera moviéndonos en un plano abstracto, con el alto grado de exigencia mantenido en este concreto aspecto causal ante medidas de ajuste salarial de alcance menos traumático –por no atacar derechos adquiridos–, como lo son las dobles escalas salariales establecidas en convenio colectivo construidas en torno a la fecha de ingreso (a pesar de ser fruto de la negociación con los representantes)[90].

Ciertamente las medidas de ajuste económico pueden adoptarse desde una situación de "bonanza" empresarial; pero bajo ningún concepto puede llegarse al extremo de considerar justificadas *a priori* todas las medidas modificativas adoptadas desde una situación de equilibrio económico-financiero, en interés exclusivo del empresario de actuar en defensa de la productividad y competitividad de la empresa. A nuestro modo de ver, si la empresa no parte de una situación crítica o de "emergencia", debiera exigirse: 1º la prueba de un cambio significativo de circunstancias financieras, productivas o comerciales (siendo irrelevante que ello responda a factores internos o externos) y 2º la alegación y justificación de la razonabilidad y eficiencia de la medida adoptada, así como su funcionalidad, junto a otras medidas racionalizadoras de costes y/o de reorganización de los recursos humanos y materiales de explotación y cualesquiera otras que se adopten para impulsar a la empresa y asegurar el mantenimiento o fortalecimiento de su competitividad (inversiones para mejora de instalaciones, renovación de equipamiento industrial, apertura de nuevas instalaciones o líneas de negocio, supresión de actividades no ren-

(88) MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, Mª.T., "Contrato de trabajo" (artículo 64) en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 1202.

(89) *Vid.* la importantísima STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9696) –en un supuesto de modificación de los turnos de trabajo con impacto peyorativo en la esfera retributiva–. Se apoya al efecto en el resultado de la interpretación literal, finalista y sistemática del artículo 41.1 del ET –comparando al efecto la letra del artículo 41.1 con la de los artículos 51 y 52.c) del ET, concluyendo que "no es la 'crisis' empresarial, sino la 'mejora' de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión (…) favorezca la posición competitiva de la empresa o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas"; en parecidos términos, *vid.* STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de marzo de 2005 (AS 2005, 1059). *Vid.* la STSJ de Madrid de 9 de junio de 1999 (AS 1999, 2189) que aplica, asimismo, un criterio excesivamente generoso. Más matizado, en STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003 (recurso 6756/2002).

(90) En efecto, para su aceptación se exige la superación de un doble *test* –de **razonabilidad** y de **proporcionalidad**– e incluso de un triple test –añadiendo a los anteriores un último *test*: el de **idoneidad y eficiencia final** de la medida para asegurar la viabilidad de la empresa y del empleo en la misma–. Aunque en alguna ocasión el TS ha señalado que corresponde efectuar al juzgador una valoración sobre la conexión finalista entre las **razones, medidas y resultados** (ATS de 22 de junio de 2004 –recurso 6001/2003–).

tables, cambios en la política comercial, revisión y fortalecimiento de los controles sobre la política de gastos generales, reposición de pérdidas, etc.) En efecto, puede aventurarse que si la medida de recorte salarial no se inserta en un plan o proyecto más amplio de recuperación, revitalización o expansión de la empresa, de manera que la única medida que el empresario ha previsto adoptar para asegurar o fortalecer su posición competitiva es el sacrificio salarial de los empleados, se considerará injustificada la medida; no ya por estar desprovista de causa objetiva, sino por falta de idoneidad de los medios empleados y/o por falta de proporcionalidad[91] (y a la postre, por falta de razonabilidad y/o por inadecuación social)[92]. Y ello, porque aunque esta última exigencia no venga impuesta por el legislador expresamente, sí se exige de modo implícito[93]. Así pues, no bastaría demostrar que con la medida de ajuste salarial se consigue aumentar la rentabilidad empresarial, pues ello supondría una traslación del riesgo empresarial hacia los empleados inaceptable, por injustificada e inútil para la mejora efectiva de la situación empresarial, aunque la empresa consiga temporalmente sanear sus cuentas[94].

DEBE RECORDARSE QUE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES QUE SE INTRODUZCAN AL AMPARO DE ESTA FACULTAD EXTRAORDINARIA DE MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO ESTÁ SOMETIDA A UN CONTROL JUDICIAL *A POSTERIORI*

Y en este punto debe recordarse que las modificaciones sustanciales que se introducen al amparo de esta facultad extraordinaria de revisión de las condiciones de trabajo, sea o no fruto de un acuerdo previo con los representantes, está sometida a control judicial *a posteriori*. Así, de impugnarse la medida, la presencia y suficiencia de la causa económica debe probarse por

(91) Efectivamente, cuando el legislador no se limita a sentar una presunción, sino que exige que la medida "contribuya" a "mejorar" la situación empresarial "a través de una más adecuada organización de sus recursos", parece partir de la premisa de que medidas tan traumáticas como las consistentes en ajustes en las condiciones económicas que eventualmente pueda adoptar el empresario, vaya acompañada de otras medidas, no perjudiciales para los trabajadores, que propicien bien la superación de una crisis o tendencia negativa, bien que se alcancen cotas de mayor competitividad y que, a la postre, "compensen" el sacrificio soportado (resultando, por tanto, "adecuadas socialmente"). Respecto de supuestos en los que la empresa adopta la medida desde una situación económica positiva, *vid.*, en este sentido, la STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003 (recurso 6756/2002); STSJ de Madrid de 9 de junio de 1999 (AS 1999, 2189); y en sentido contrario, la STSJ de Madrid de 26 de julio de 2004 (AS 2004, 2935).

(92) *Vid.* las brillantes observaciones de GARCÍA FERNÁNDEZ, M., en su trabajo "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", *AL*, núm. 5, 1995, págs. 73 y ss. Aunque el TS ha señalado que la ley no le autoriza para sustituir al empresario en el enjuiciamiento de la oportunidad económica de la medida (STS de 8 de enero de 2000 –recurso 461/1999–) a la postre la ley le obliga a "entrar en un tema que está mucho más cerca de ser un conflicto de intereses que de derechos" (VIDA SORIA, J., "El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en AAVV, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores; puntos críticos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, pág. 90), y es que los intereses económicos y sociales enfrentados son difícilmente separables de los del conflicto jurídico.

(93) Aunque las causas se configuran de manera **funcional o finalista**, se impone un **límite instrumental**: en efecto, por una parte se exige idoneidad de la medida para la mejora de la situación de la empresa; pero al mismo tiempo se presupone que se han reorganizado o reasignado los recursos de la empresa (los humanos, por supuesto, pero no sólo éstos; también los materiales o técnicos y los económicos). Por ello, a mi modo de ver, la empresa puede ajustar los salarios aunque sea ésta la única medida reorganizativa que vaya a adoptar en el plano laboral.

(94) *Vid.* STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de marzo de 2005 (AS 2005, 1059).

el empresario, sin que pueda presumirse[95]. Será decisivo, por tanto, aportar, además de la memoria justificativa de la causa esgrimida, todos cuantos medios de prueba estén al alcance del empresario acreditativos de:

a) La efectividad de la situación crítica, si es el caso: documentación relativa a los expedientes de regulación de empleo –de suspensión o extinción– iniciados o tramitados en fechas próximas, comunicaciones y pactos previos sobre descuelgue salarial, pruebas de las medidas de reestructuración empresarial o de reorganización de plantillas efectuadas para afrontar la situación de crisis, comunicaciones de cierre de parte de sus instalaciones, etc.; documentación que acredite que si bien la empresa se ha beneficiado de ingresos atípicos –*v.gr.*, por venta de activos financieros o ampliaciones de capital– los mismos se han afectado inmediatamente a la cobertura de gastos corrientes y, en definitiva, a "sanear" una situación crítica previa[96]; documentación detallada acreditativa de la situación financiera deficitaria y, en general, de desequilibrio contable (crecimiento del nivel de endeudamiento para atención de obligaciones de toda índole y, en particular, de las obligaciones contraídas con la plantilla, documentación sobre el nivel de impagados o insolvencia de la clientela, solicitudes de aplazamientos de deudas contraídas con el Fisco o con la Seguridad Social, etc.) informes de auditores o censores jurados de cuentas, balances, cuentas de resultados presentadas ante el Registro Mercantil, declaraciones del Impuesto de Sociedades o, en su caso, del IRPF, de los últimos ejercicios, declaraciones del IVA, Memoria (que habrá de reflejar, si fuera el caso, todas las incidencias de posible acaecimiento que puedan afectar a la situación económico-financiera de la empresa, incluyendo datos sobre el llamado "pasivo oculto" –*v.gr.*, estimaciones sobre el coste derivado de pleitos pendientes, etc.–); informes de auditoría de legalidad o conformidad, etc.

b) O, en su caso, demostrativos de la concurrencia de circunstancias que, sin poner en peligro necesariamente su viabilidad a corto plazo, amenacen su competitividad y justifiquen la decisión de reducir los costes de personal. Son documentos idóneos a estos efectos los siguientes: los que pongan en evidencia la crisis generalizada del sector y su impacto efectivo sobre la empresa, la pérdida de cuota de mercado o de clientes "clave", la disminución significativa del nivel de ventas y facturación, la aparición de nuevas empresas competidoras con políticas comerciales agresivas, etc.; análisis comparativo de los salarios de la plantilla con los salarios medios del sector; estudios específicos sobre el impacto de los costes salariales en la esfera de costes de la empresa; informes de auditoría de costos de mano de obra; ratios de gastos sociales; "balance social"; informes de auditoría de eficacia y/o estratégica, etc.

c) Y en todo caso, documentos que pongan de manifiesto la idoneidad y eficiencia económica (previsibles) de la medida –su razonabilidad[97]–; pero, también, su "adecuación"

(95) STS de 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 7325).

(96) STS de 18 de enero de 1996 (recurso 2695/1995).

(97) *Vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R., "Las llamadas causas económicas, organizativas, técnicas o productivas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXV, 1996, págs. 112 y ss.

o "justificación social"[98]: plan social, plan de viabilidad, planes de contratación o de conversión de contratos temporales en indefinidos, planes de inversión, etc. Aunque, como se apunta en la STSJ de Madrid de 9 de junio de 1999[99], no puede ni debe exigirse a la empresa que demuestre o garantice su éxito siempre y al cien por cien, pues existe el "derecho a errar" (entre otros motivos, porque el éxito de la medida va a depender de múltiples variables y factores, tales como: las medidas laborales y extralaborales complementarias adoptadas, la evolución económica general y del sector, las modas y usos sociales, etc.) Y añade que el éxito de las medidas constituirá prueba de la concurrencia de los requisitos exigibles (razonabilidad y proporcionalidad), pero su fracaso, o sencillamente, su no éxito total no es por sí mismo acreditativo de su inadecuación a Derecho. Y en este punto debe tenerse presente que por la perentoriedad del plazo para la impugnación y por la rapidez con la que ha de desarrollarse el proceso, la empresa sólo estará en condiciones de aportar hipótesis y valoraciones de futuro. Y al juez le corresponderá hacer una valoración –inevitablemente subjetiva, y con el mismo margen de error– sobre la racionalidad de las medidas.

A la luz de la letra del artículo 41 del ET y de las consideraciones expuestas en torno a su espíritu y finalidad, resta plantearse el interrogante siguiente ¿puede la empresa modificar en sentido peyorativo o extinguir sus pactos y compromisos previos amparándose en la causa económica y procedimiento previsto en el artículo 41 del ET cuando el mantenimiento de los mismos resulte excesivamente oneroso por concurrir respecto de ellos una situación de alteración de la base del negocio desequilibrante, si tal desequilibrio contractual, tenga o no impacto generalizado, no genera efectos desestabilizadores de la empresa en su conjunto? En otras palabras ¿el artículo 41 del ET abre una vía de ajuste de compromisos que resulten manifiestamente "antieconómicos" por cambios en la base sobre la que se establecieron en su momento? A mi modo de ver en tales casos el ajuste pretendido no sería viable al amparo del artículo 41 del ET, pero sí al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus* (una vez acreditada la concurrencia de los presupuestos –más rígidos– sobre los que descansa tal cláusula)[100]; pero sólo si se trata de compromisos económicos asumidos unilateralmente –cualquiera que sea la proyección de la decisión o conducta empresarial: individual, plural o colectiva– o fruto de pactos individuales. En cambio, resulta harto discutible que sea viable su aplicación cuando se trata de condiciones económicas previstas en convenios colectivos estatutarios, convenios extraestatutarios o acuerdos de empresa, puesto que ello supondría marginar a la representación de los trabajadores y/o romper la mecánica y la dinámica de la negociación colectiva, como ya se ha apuntado. Pese a ello, nuestros Tribunales parecen aceptar la aplicabilidad de la cláusula, abstracción hecha del

(98) *Vid.* DE LA VILLA GIL, L.E., "El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del Trabajo", en AAVV, *Los principios informadores del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003, págs. 393 y ss.

(99) AS 1999, 2189.

(100) No sería necesaria su invocación si ha desaparecido, total o parcialmente, la justificación de abono. *Vid.*, no obstante, las SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 18 de enero de 2000 (recurso 4159/1999) y de 3 de febrero de 1999 (recurso 4442/1998), en las que se considera preceptivo respetar el procedimiento del artículo 41 ET para implementar una reducción de una compensación de gastos de desplazamiento diario al centro de trabajo por reducción del tiempo invertido en los desplazamientos como consecuencia de la construcción de una autovía.

carácter y origen de la condición económica afectada[101]; y en alguna ocasión se considera incluso como vía de ajuste complementaria –no excluyente– a la establecida en el artículo 41 del ET[102]. Sobre esta cuestión volveremos después.

E) Proyección del ajuste salarial

Analizamos a continuación la proyección que deben tener las medidas de ajuste que adopte el empresario unilateralmente al amparo del artículo 41 del ET, tanto desde una perspectiva subjetiva, como temporal.

a) Proyección subjetiva

Cuando se trate de modificaciones sobre condiciones económicas de carácter individual o plural, el empresario en uso de su libertad de empresa podrá aplicar el ajuste económico de manera selectiva (siempre que la selección no se apoye en criterios discriminatorios o contrarios a derechos fundamentales y libertades públicas). De la misma forma que puede establecer mejoras en un momento dado sólo a favor de ciertos sujetos, podrá después eliminarlas, concurriendo el presupuesto causal antedicho, sólo para ciertos sujetos. Cuestión distinta es que en tal caso se complique la labor de demostración de la consistencia de la causa esgrimida y/o de la idoneidad de la medida –en tanto que podría considerarse no equitativa o falta de solidaridad–.

Cuando se trate de condiciones de carácter colectivo: si no se consigue llegar a un acuerdo con los representantes, no parece legítima la modificación peyorativa unilateral "selectiva" con proyección individual o plural (esto es, que afecte sólo a uno o a varios sujetos aislados); y ello, incluso cuando estemos ante condiciones introducidas espontánea y libremente por el empresario –a través de la praxis empresarial o de decisiones informales–. Estando en juego el interés colectivo, el sacrificio deberá imponerse, por regla general, de forma equilibrada entre los miembros del colectivo beneficiario de la misma; sólo excepcionalmente podría introducirse una modificación consistente precisamente en la reducción del colectivo beneficiario de la misma (*v.gr.*, si la situación crítica o, en su caso, desequilibrante, nace en un centro, unidad productiva autónoma, departamento, etc., determinado –y se demuestra–[103]; y ello, incluso aunque los efectos negativos no se propaguen al resto de la empresa[104]). Pero en este caso, amén de no utilizar criterios dis-

(101) STS de 16 de abril de 1999 (RJ 1999, 4429). Así, también, respecto de mejoras de prestaciones por IT y el impacto de la Reforma en la materia: a) establecidas mediante decisión unilateral de efectos colectivos –SSTS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335), de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5758) y 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562); b) previstas en reglamento de régimen interior: STS de 26 de marzo de 1996 (recurso 2109/1995); c) establecidas por convenio colectivo: SSTS de 14 de julio de 1994 (RJ 1994, 6664), de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1257) y de 26 de abril de 1995 (RJ 1995, 3736). *Vid.*, sin embargo, voto particular a la STS de 4 de julio de 1994, ya citada. *Vid.* también nota núm. 140.

(102) STSJ de Madrid de 4 de abril de 2001 (recurso 914/2001) –en un supuesto de escasa o nula utilización de un servicio de transporte colectivo establecido mediante acuerdo colectivo–.

(103) Así, en la STSJ de Madrid de 26 de julio de 2004 (AS 2004, 2935).

(104) Habida cuenta de la amplitud con que se definen las causas en el artículo 41 del ET, parece viable una modificación peyorativa selectiva que sólo afectase a la unidad organizativa o productiva en situación patológica. Si la pertinencia de la medida adoptada se vincula a la producción de efectos positivos para el conjunto de la empresa, este tipo de medidas

criminatorios o lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas, deberá superarse un obstáculo nada fácil de soslayar, cual es el de demostrar la idoneidad de la medida de ajuste para la "revitalización" de la unidad organizativa en situación de desequilibrio o de la empresa en su conjunto. Y a tal efecto deberá demostrar que la medida de ajuste selectiva va acompañada de una reasignación o reorganización de los recursos de explotación[105] (amén de que, como en el caso anterior, pueda considerarse no equitativo y contrario a un valor imperante, cual es el de la "solidaridad"[106]).

b) Proyección temporal

La ley no establece limitaciones temporales de clase alguna, por lo que parece que los ajustes pueden tener la proyección en el tiempo que decida el empresario (y, en su caso, acuerde con los representantes). Ahora bien, si la medida consiste en una reducción directa o indirecta de la cuantía, parece oportuno hacer notar que si la modificación fuese temporal o estuviese sometida a control –y en su caso, revisión– *a posteriori*, teniendo en cuenta que resulta menos traumática para los trabajadores que las que tienen carácter definitivo o indefinido, tendría más visos de superar los filtros de adecuación y proporcionalidad (siempre que se consiga, además, convencer al juez de la reversibilidad de la situación de dificultad empresarial). Igualmente, y en atención al carácter indudablemente traumático que toda reducción salarial comporta para el trabajador, deberían establecerse cláusulas que dejaran a salvo los "viejos salarios" si finalmente la empresa, ante la agravación de la situación económica, se viera forzada a extinguir los contratos de los trabajadores "perjudicados" por la modificación[107].

CUANDO SE TRATE DE MODIFICACIONES SOBRE CONDICIONES ECONÓMICAS DE CARÁCTER INDIVIDUAL O PLURAL, EL EMPRESARIO EN USO DE SU LIBERTAD DE EMPRESA PODRÁ APLICAR EL AJUSTE ECONÓMICO DE MANERA SELECTIVA

selectivas deben considerarse viables, en cuanto pueden permitir atajar un problema atacándolo en su misma raíz (máxime –aunque no necesariamente– si en el caso concreto, tras el cambio de circunstancias, se genera, además, una situación de desequilibrio interno en los contratos individuales de los afectados) evitando su enquistamiento o agravación y propagación, así como soluciones más traumáticas, como la suspensión o extinción contractual –que afectarían de manera exclusiva o principal a estos trabajadores–.

(105) STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003 (recurso 6756/2002).

(106) Puesto que no nos movemos en el plano normativo, no se aplica el principio de igualdad; amén de que, allí donde rige –negociación colectiva estatutaria– se considera legítimo aplicar un tratamiento retributivo diferenciado, siempre que la diferenciación de trato, además de estar justificada objetivamente, resulte proporcionada (y a tal fin se valoran las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles) –por todas, *vid.* la STS de 24 de septiembre de 2002 (recurso 21/2002)–. Y nada impide que los negociadores ponderen, junto a otras circunstancias, el hecho de que la situación crítica esté localizada en determinado departamento, unidad o centro.

(107) Tanto a efectos de exigibilidad retroactiva del crédito, como a efectos del cálculo de indemnizaciones.

IV. LA APLICABILIDAD RESIDUAL DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN MATERIA RETRIBUTIVA

A continuación delimitamos el espacio residual en el que puede invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* para la adopción de medidas unilaterales de ajuste en las condiciones económicas en la práctica. A tal efecto, y con el fin de poner de relieve las dificultades u obstáculos que habrá de sortear el empresario, debe efectuarse un análisis diferenciado de los distintos tipos de ajuste que puede pretender, atendiendo a distintas referencias: a) tipo de fuente que ordena o de la que emana la condición económica afectada; b) entidad del ajuste pretendido, y c) causa esgrimida.

A) Atendiendo a la fuente

La excesiva onerosidad sobrevenida nunca justificará, ni debiera justificar la modificación (y consiguiente inaplicación) automática y unilateral de las condiciones mínimas previstas legal o convencionalmente –en convenio estatutario–. Lo impiden no sólo los artículos 3.1.c) y 3.5 del ET –que consagran el principio de norma mínima y el principio de indisponibilidad de derechos, respectivamente– sino también los artículos 82.3 y 41 del ET, que, amén de exigir acuerdo con la representación laboral, restringen al máximo el ámbito objetivo sobre el que pueden pactarse modificaciones peyorativas del régimen económico previsto en convenio sectorial, como ya se ha visto.

Ni siquiera podría invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* para imponer unilateralmente los cambios pretendidos cuando, intentado el acuerdo con los representantes, el mismo no se alcanza; ni la concurrencia de los presupuestos de aquélla justificaría en estos casos la celebración de acuerdos individuales "en masa"[108].

Partiendo de las conclusiones extraídas a partir del análisis del artículo 41 del ET, y teniendo en cuenta, asimismo, que la cláusula *rebus sic stantibus* está llamada a resolver los problemas de excesiva onerosidad sobrevenida que plantea el cumplimiento de compromisos asumidos libremente por el deudor en la esfera contractual por cambios en la base negocial existente en el momento de asunción de la obligación –y determinante del sentido de la voluntad empresarial–, es claro que: 1º La cláusula nunca justificará la modificación/inaplicación de obligaciones dimanantes de un convenio supraempresarial –y en definitiva, provenientes de una fuente vinculante "externa" y asentadas sobre una base negocial ajena, de carácter colectivo y supraempresarial– (amén de que la legislación laboral contempla su propio mecanismo de descuelgue del régimen salarial previsto en el convenio de ámbito supraempresarial, a fin de preservar el equilibrio entre prestaciones básicas y evitar que quede al arbitrio del empresario la fijación de ese punto de equilibrio). 2º Estando en juego el interés colectivo y la fuerza vinculante del convenio reconocida constitucionalmente, no puede la empresa disponer del mismo, salvo autorización legal o convencional expresa, cualquiera que sea el ámbito de aplicación del

(108) *Vid.* la doctrina constitucional citada en nota núm. 43.

convenio. 3º Las declaraciones que con frecuencia recogen los convenios colectivos, tanto empresariales, como sectoriales, acerca de su indivisibilidad parecen obstruir, asimismo, la aplicación de ajustes unilaterales sobre el régimen económico convencional (y forzar, en definitiva, aunque se trate de un convenio de empresa, la búsqueda de una solución negociada cuando el contexto o base negocial ha cambiado radicalmente y resulta, por ello, excesivamente oneroso el cumplimiento, en sus términos, de lo pactado hasta el fin del período de vigencia del convenio)[109].

Pese a lo indicado, en algún pronunciamiento de nuestro TS se considera admisible en abstracto, aunque con carácter absolutamente excepcional, la inaplicación unilateral del incremento salarial pactado en convenio de empresa por excesiva onerosidad sobrevenida, siempre que se demuestre la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[110]; pero en la práctica será difícil convencer al órgano jurisdiccional de la imprevisibilidad, por lo que difícilmente se estimará procedente su invocación[111].

Si la condición que va a verse afectada por el ajuste empresarial está prevista en convenio extraestatutario, habida cuenta que también en este caso estamos ante el fruto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva (*ex* artículo 37 de la CE), tampoco debiera admitirse su modificabilidad directa, unilateral y automática al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, ni siquiera cuando se trate de un convenio colectivo de ámbito empresarial de vigencia indefinida. El empresario debiera someterse, al igual que en el caso de modificaciones del convenio colectivo estatutario de empresa, a los procedimientos de denuncia y revisión previstos en el propio convenio colectivo. Entender otra cosa supone romper la dinámica de la negociación colectiva y admitir que se puede "sacrificar" el interés colectivo a espaldas de sus legítimos portadores y defensores.

Si la condición sobre la que recae la decisión empresarial de ajuste proviene de otras fuentes de obligaciones de carácter y proyección colectiva (decisiones empresariales y usos de

(109) En este punto los magistrados disidentes del fallo de la STS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 7043) consideran que es preciso denunciar previamente el convenio colectivo a efectos de su revisión para que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse. Pero la salida a la situación de quiebra del equilibrio interno del convenio no es fácil desde el momento en que no se contempla por el legislador la posibilidad de denuncia anticipada (BEJARANO HERNÁNDEZ, "La supresión…" *cit.*, págs. 530 y ss.) ni la denuncia parcial. La eventual oposición a la renegociación plantea complejos problemas en el terreno procesal. Sobre la cuestión, *vid.* BEJARANO HERNÁNDEZ, "La supresión…", *cit.*, págs. 532 y 533, que diferencia los supuestos en los que la alteración de la base de los compromisos quiebra el equilibrio convencional interno y aquéllos en los que ese equilibrio no se resiente, aunque se altere la base de una determinada cláusula.

(110) STS de 14 de enero de 1997 (RJ 1997, 25). La **cláusula implícita** operaría a modo de cláusula de descuelgue, lo que resulta criticable por tres motivos: 1º.– Por falta de intervención de la representación laboral; 2º.– Porque no existe más garantía para los afectados y sus representantes que la posibilidad de someter a revisión judicial la decisión empresarial (correspondiendo al juez en último término la determinación de las condiciones aplicables, con lo que estaría resolviendo un conflicto económico, no jurídico), y 3º.– Porque la ley no ha previsto la posibilidad de escapar de la fuerza vinculante del convenio de empresa a través del descuelgue salarial (artículo 85.3 ET). Y si el convenio de empresa contemplara esta posibilidad deberán respetarse las facultades de intervención de la representación laboral –directamente o a través de la Comisión Paritaria– en el proceso de descuelgue que, con toda seguridad, se contemplarán en el propio convenio.

(111) *Vid.* STSJ de Madrid de 6 de marzo de 1996 (AS 1996, 531) que considera irrelevante que el cumplimiento del compromiso convencional ponga en peligro la viabilidad de la empresa y la de los empleos, recordando que corresponde a los empresarios y sus mandos, en cuanto rectores de la política empresarial, "decidir hasta dónde pueden llegar sin agotar a la propia compañía ni abocarla a situaciones problemáticas". Cuestión distinta es que por pacto con los representantes se llegue *ex post* a un acuerdo de inaplicación del incremento salarial pactado previamente en sede colectiva.

empresa)[112]; y con independencia de que se trate de decisiones o compromisos de vigencia indefinida que se arrastren durante años o décadas –de manera que en estos casos es natural e inevitable que se produzcan cambios en la base negocial con el transcurso del tiempo y que a la empresa le resulte más oneroso su mantenimiento que en etapas anteriores– tampoco parece aceptable su modificación *in peius*/supresión directa y unilateral al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, por varios motivos: en primer lugar, porque es necesario un cambio sorpresivo e inesperado, además de radical, de contexto (no basta, por tanto, demostrar que el contexto en el que se gestó la decisión o praxis empresarial es sensiblemente distinto al existente mucho tiempo después); en segundo lugar, porque está en juego el interés colectivo (y el juez no puede suplantar la negociación para resolver un conflicto que, en puridad, es económico y no jurídico), y en último lugar, porque la legislación reconoce a los representantes facultades de vigilancia del cumplimiento de los usos en vigor (artículo 64.1.9º del ET). Por ello, parece que su supresión o modificación *in peius* requiere, si no el acuerdo con la representación, cuando menos un intento serio de llegar a una solución negociada con éstos –equivalente al exigido *ex* artículo 41 del ET–; máxime, si la empresa se rige por un convenio propio –pues no existe diferencia cualitativa sustancial entre los compromisos plasmados en el convenio de empresa y los que, teniendo proyección colectiva, mantiene deliberadamente fuera de su ámbito objetivo, salvo la voluntad empresarial de sustraerlos a la negociación colectiva y su dinámica–. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de que proceda la compensación y absorción.

Y posiblemente por ello, como ya se ha apuntado, nuestros Tribunales admiten la modificación (si bien, por la vía del artículo 41 del ET) de compromisos asumidos unilateralmente con proyección colectiva e indefinida, por "mayor" onerosidad sobrevenida, aun cuando esa mayor onerosidad no se presente de forma sorpresiva y/o no se resienta la situación global de la empresa[113].

Parece, pues, que la **cláusula implícita** sólo podría respaldar una decisión de ajuste directo y unilateral de condiciones reconocidas en el ámbito extraconvencional si se trata de condiciones reconocidas en contrato individual o en virtud de concesiones unilaterales de la empresa efectuadas *ad personam* –ya sea a título individual o respecto de una pluralidad de trabajadores–.

B) Atendiendo a la entidad de la modificación pretendida

Si la modificación que se pretende introducir ha de calificarse en el caso concreto, de conformidad con las referencias antes expuestas, como sustancial, sería aplicable el artículo

(112) Pese a lo indicado, el TS ha admitido –en abstracto– su eliminación por aplicación de la clásula *rebus sic stantibus* [SSTS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335), de 26 de marzo de 1996 (recurso 2109/1995) y de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562)]. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de mayo de 2004 (recurso 3686/2003). En la STS de 8 de julio de 1996 se rechaza la aplicabilidad de la **cláusula implícita**, por entender que es erróneo "atribuir carácter general al principio consistente en que la vinculación contractual laboral tiene vigor *rebus sic stantibus*"; pero precisando que "una cosa es la alteración de circunstancias imprevista e imprevisible" (por lo que parece aceptar la operatividad de la cláusula) y "otra diferente, aquella en que se trata de la transformación de circunstancias que fueron previsibles y que estaban en la esfera de influencia del empresario" (pero sin concretar qué tipo de riesgos se encuentran comprendidos en ella).

(113) STS de 19 de marzo de 2001 (recurso 1573/2000).

41 del ET, al menos si, como consecuencia de un cambio trascendental de circunstancias, se resiente la situación económica general de la empresa. En este caso, la norma especial laboral desplazaría a la doctrina *rebus sic stantibus* como posible mecanismo general de ajuste unilateral de las condiciones de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida.

En suma, para su implantación sería preceptivo seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET y el empresario no podría hacer valer a su favor la cláusula *rebus sic stantibus* para eludirlo[114]; y ello es así, incluso cuando concurrieran todos y cada uno de los presupuestos que según la jurisprudencia social (que acoge, con matices la doctrina civilista y la jurisprudencia civil) legitiman su aplicación; lo que normalmente no sucede, como ya se ha anticipado[115]. Y es que, es obvio que una **cláusula implícita** no puede jamás desplazar a una previsión legal expresa que establece un mecanismo adaptado a la singularidad de las relaciones jurídico-laborales, individuales y colectivas, para reequilibrar la situación empresarial.

UNA CLÁUSULA IMPLÍCITA NO PUEDE JAMÁS DESPLAZAR A UNA PREVISIÓN LEGAL EXPRESA QUE ESTABLECE UN MECANISMO PARA REEQUILIBRAR LA SITUACIÓN EMPRESARIAL

Si la modificación proyectada sobre el régimen económico no fuera "sustancial", parece que el empresario podría introducirla unilateralmente ejercitando al efecto su *ius variandi* ordinario y contando al efecto con cobertura en el artículo 20 del ET, siempre que la decisión no conculque ningún precepto legal o convencional en la materia[116].

En una aproximación teórica y abstracta al problema, efectivamente no sería necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los rígidos presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, si se exigiera la concurrencia de tales circunstancias, se llegaría a un resultado inadmisible, puesto que sería más difícil de introducir una modificación de condiciones económicas no sustancial que una modificación de carácter sustancial sobre la misma materia; lo que no parece

(114) Ahora bien, de hacerlo, la vía de impugnación no sería la del procedimiento especial, sino la del proceso ordinario y no se aplicaría el perentorio plazo de caducidad previsto en el artículo 41 del ET (por todas, entre otras muchas, *vid.* STS de 10 de octubre de 2005, recurso 1470/2004).

(115) Así, se rechaza su aplicabilidad por falta de presupuestos en el caso concreto, en la STS de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562) –en un supuesto de supresión del pago de cuotas del servicio de asistencia sanitaria privada establecido en su momento por la vía de hecho con proyección generalizada–; y en la STS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335), respecto de mejoras del régimen aplicable a los permisos retribuidos, pero se acepta, en cuanto a mejoras de la prestación por IT, reconocidas en "notas de empresa" con carácter generalizado (*vid.*, no obstante, el voto particular, en el que se defiende la postura contraria).

(116) Así, la decisión empresarial de prorratear las pagas extras (STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2005 –AS 2006, 20– y STSJ de Madrid de 26 de abril de 2006 –AS 2006, 1793–).

en absoluto razonable ni justificado[117]. Pero, al mismo tiempo, debe tenerse presente que ese *ius variandi*, lejos de ser una facultad ejercitable de manera arbitraria y omnímoda, queda sometida en su ejercicio a las siguientes limitaciones:

1ª A las exigencias derivadas de la buena fe y al deber de respetar el estatus básico del trabajador[118].

2ª Al deber de respetar las limitaciones legales en materia económica.

3ª A la necesidad de contar con algún tipo de justificación objetiva que respalde la decisión modificativa (por más que la misma no tenga trascendencia "sustancial").

4ª En ningún caso podrá modificarse unilateralmente el régimen económico previsto por los convenios colectivos, estatutarios –sectoriales o de empresa–, aun cuando la modificación proyectada por el empresario no tenga carácter sustancial[119] y se encuentre ante dificultades serias para atender las obligaciones que tales instrumentos jurídicos le imponen[120]; ni siquiera cuando, tratándose de un convenio de empresa, concurran los presupuestos de aplicación general de la cláusula *rebus sic stantibus*. Por el contrario, deberá someter la cuestión a la dinámica de la negociación colectiva.

5ª Tampoco podrá disponer a su capricho de las condiciones procedentes de convenios extraestatutarios, ni de los que en su momento introdujera por medio de una decisión unilateral de efectos colectivos –formal o informal–; pero sí podría/debería poder disponer de (o modificar) tales condiciones colectivas negociando al efecto con la representación de los trabajadores – máxime si concurrieran los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*–[121].

6ª Tampoco podrá disponer a su antojo de condiciones "contractualizadas", esto es, las reconocidas expresamente en el contrato individual, –artículo 1256 del Código Civil– así como las que, siendo espontáneas y voluntarias en origen, se hayan consolidado como condiciones más beneficiosas individuales (y, en definitiva, como derechos adquiridos a título individual). Sólo podrá modificarlas si acredita la concurrencia de alguna circunstancia objetiva que legitime la modificación. Y si, como se ha dicho al analizar el

(117) Cfr. DÍAZ AZNARTE, *op. cit.*, págs. 265 y ss.

(118) STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de octubre de 1998 (AS 1998, 3828).

(119) Evidentemente el artículo 41 del ET no autoriza la modificación (unilateral) no sustancial de condiciones normativas de origen convencional.

(120) Cuando se haya producido un cambio absoluto y radical de circunstancias, los trabajadores pueden reclamar una alteración de lo pactado en convenio colectivo, convocando la correspondiente huelga –que no sería tachada de ilegal (STC 11/1981, de 8 de abril)–. Pero con ello, en modo alguno, el TC considera producida automáticamente la pérdida de vigencia del convenio colectivo. En este sentido, *vid.* NICOLÁS FRANCO, A., "El principio *rebus sic stantibus* y la negociación colectiva", *AS*, núm. 14, 2002 (BIB 2002, 1977).

(121) Aunque, como ya se ha visto, la jurisprudencia mayoritaria considera que las condiciones más beneficiosas colectivas se "contractualizan" y, con ello, escapan a la esfera de derechos e intereses disponibles en el marco de la negociación colectiva, limitándose a reconocer la posibilidad de compensar y absorber –*ex* artículo 26.5 del ET– tales condiciones.

fundamento causal que legitima las modificaciones sustanciales, para su introducción no es necesario que esté ya en entredicho la viabilidad económica de la empresa, con mayor motivo habrá que entender que tampoco en el caso en el que se pretenda introducir una modificación no sustancial será necesario que la empresa atraviese una situación económica crítica o comprometida. Todo ello, sin perjuicio, obviamente, de que si concurrieran los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la modificación no sustancial podría introducirse, desde luego. Y de nuevo debe tenerse presente que pueden concurrir los presupuestos que justifican su aplicación sin que la situación económica de la empresa, globalmente considerada, se resienta de forma notoria.

En conclusión, tras esta primera aproximación teórica, debería entenderse que la concurrencia de los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no constituye condición necesaria, pero sí suficiente para introducir una modificación no sustancial de carácter peyorativo[122] sólo cuando se trate de condiciones de carácter contractual individual o con origen en decisiones unilaterales de la empresa de proyección individual o plural[123].

Pese a lo indicado, en la práctica, prácticamente cualquier modificación peyorativa en el régimen económico aplicable al trabajador se considera por los Tribunales como sustancial; seguramente, por la innegable esencialidad absoluta del régimen económico y, en particular, de la cuantía de los ingresos salariales y no salariales, tanto desde una perspectiva objetiva, como desde el punto de vista subjetivo de sus perceptores (llevándose al terreno del artículo 41 del ET, con lo que, no sólo el ámbito objetivo de ejercicio del *ius variandi*, sino también el espacio de aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* se contraen aún más de lo que pudiera pensarse en una primera aproximación a la cuestión). A la postre, todo depende de que se resienta o no la cuantía del salario y demás percepciones económicas percibidas con anterioridad, ante la modificación introducida, bien en el sistema retributivo, bien en la estructura, bien en la forma de hacer efectivo el pago, bien en las bases o presupuestos de devengo y cuantificación, o bien –parece– en el momento de disponibilidad de los ingresos laborales (ante un cambio del régimen de liquidación y pago de las partidas devengadas que merme su nivel de liquidez en el corto plazo), etc.[124].

Las razones económicas o de excesiva onerosidad sobrevenida conducirán previsible y razonablemente a aplicar una técnica de racionalización de costes que directa o indirectamente conllevará una modificación peyorativa de la cuantía (y en definitiva, un quebranto económico para los trabajadores; entendiéndose producido éste, no sólo cuando se modi-

(122) *Vid.* la ya citada STS de 22 de noviembre de 2005 (recurso 42/2005).

(123) *Vid.*, no obstante, la STSJ de Galicia de 6 de junio de 2003 (recurso 1598/2003) que considera aplicable la **cláusula implícita** en el marco del ejercicio del *ius variandi* ordinario para modificar un servicio de transporte colectivo.

(124) Así, no se considera sustancial, por ejemplo, el cambio en la forma de hacer efectivo un descuento por compras en los establecimientos de la empresa porque la cuantía final del beneficio que disfrutan los trabajadores no se resiente (STS de 11 de diciembre de 1997 –RJ 1997, 9163–); ni la utilización de criterios nuevos en un programa de incrementos voluntarios –en su adjudicación y en su cuantía– porque no ha supuesto una minoración de los ingresos percibidos con anterioridad (STS de 22 de junio de 1998 –RJ 1998, 5703– y STS de 21 de marzo de 2006 –recurso 194/2004–); ni la alteración del régimen de liquidación y pago de las pagas extras (STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2005 –AS 2006, 2201–). En cambio, se considera sustancial una modificación del peso de los distintos criterios manejados previamente para la determinación del devengo y para la cuantificación de una retribución por objetivos (STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2004 –AS 2004, 3458–).

fica la cuantía de conceptos de cuantía determinada, sino también cuando se modifican *in peius* las variables de cálculo de las percepciones de importe variable, pero determinable, aunque no se esté atacando un nivel retributivo "consolidado"). Ello nos situará inmediatamente en el marco de las modificaciones sustanciales. Por tanto, debemos concluir finalmente que la **cláusula implícita** no respaldará jamás una modificación unilateral no sustancial.

Sin perjuicio de ello, deben entenderse lícitas y subsumibles en el ámbito objetivo de ejercicio del *ius variandi*, las revisiones *in peius* autorizadas *ex ante* convencional o contractualmente (en el contrato individual o en los documentos en los que se formalicen decisiones empresariales) para las condiciones económicas previstas por el convenio y el contrato, respectivamente, En efecto, la empresa puede introducir en la estructura de la retribución componentes de carácter variable no consolidables y sometidos a revisión (en cuanto a su importe y/o en cuanto a los objetivos o presupuestos determinantes de su devengo por los trabajadores), de manera que los mismos cuenten con la flexibilidad necesaria para adaptarlos a las cambiantes circunstancias económicas y al propio interés empresarial. Y a tal efecto basta que la reglamentación interna de la empresa en materia de política retributiva y/o los contratos de trabajo contengan una mención expresa a este extremo. Y por supuesto, no puede descartarse que tal posibilidad se contemple en el convenio colectivo si se trata de partidas previstas en el mismo –cualquiera que sea su ámbito de aplicación[125]–. Estaríamos ante partidas que, por su flexibilidad intrínseca, pueden ser modificadas sin atacar derechos adquiridos y, por tanto, la utilización de la facultad revisora no supondría modificación unilateral, ni sustancial, ni accidental o de escasa trascendencia, de las condiciones, quedando el supuesto incardinado en el ámbito de ejercicio del *ius variandi* ordinario, cualquiera que sea el tipo de vicisitud o causa justificativa prevista contractual o convencionalmente –ordinarias (*v.gr.*, cuando se prevea su ajuste o revisión con cadencia anual en función de la evolución de los resultados empresariales o de los objetivos que sucesivamente vayan fijándose[126], etc.) o extraordinarias (*v.gr.* subida desproporcionada del coste de financiación de un bien o servicio facilitado a los trabajadores, o la subida disparatada de los costes y cargas generales –precio de las materias primas, impuestos, etc.–)– y, en definitiva, abstracción hecha de que las causas o circunstancias previstas pertenezcan o no a la esfera de riesgo normal del empresario –que comprende, como ya se ha visto, los riesgos previsibles–.

Pero operan las siguientes limitaciones: 1ª Ni el convenio, ni el contrato, ni las reglamentaciones internas de empresa pueden legitimar cambios que respondan al puro y simple capricho empresarial (artículo 1256 del Código Civil). 2ª El convenio y el contrato deben ser suficientemente detallados al respecto, de manera que: a) ni suponga una abusiva indeterminación del objeto[127] (artículos 1204, 1261 y 1273 del Código Civil); b) ni

(125) En este sentido, con carácter general, sobre las "cláusulas de reserva de modificación", *cfr.* DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, págs. 486, 487 y 494.

(126) STS de 22 de noviembre de 2005 (recurso 42/2005).

(127) RIVERO LAMAS, J., "La modificación sustancial de condiciones de trabajo (En torno al artículo 41)", *REDT*, núm. 100 (vol. I), 2000, pág. 873.

se estén introduciendo condiciones potestativas para el deudor (artículo 1115 del Código Civil); c) ni puedan generarse expectativas legítimas de garantía de mantenimiento durante toda la vigencia del convenio de las partidas (y cuantías) previstas en el mismo o de consolidación de las percepciones económicas (e importes) que en cada momento se disfrutan al margen del convenio[128].

De cumplirse esa doble exigencia, no se produciría vulneración de las garantías del artículo 41 del ET, y en tales casos, ni sería necesaria, ni invocable[129] la cláusula *rebus sic stantibus* a efectos de revisión.

C) Atendiendo a la causa esgrimida

Por regla general, la "mayor" o excesiva onerosidad sobrevenida con impacto generalizado no resulta de la concurrencia de circunstancias de todo punto imprevistas e imprevisibles, sino de circunstancias previsibles y/o pertenecientes a la esfera de influencia empresarial (por lo que faltaría uno de los presupuestos imprescindibles de aplicación de la **cláusula implícita**).

EL EMPRESARIO DEBE PONDERAR EL SIGNIFICADO NEGOCIAL DE SUS ACTOS Y DECISIONES Y, ANALIZAR LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DERIVADAS DE LOS MISMOS EN MATERIA DE RETRIBUCIONES

Aquellas circunstancias que no haya previsto el empresario –por desconocimiento o por valoración errónea de los datos y perspectivas micro o macroeconómicos– y que escapan a su esfera y capacidad de control, aun cuando tengan un inevitable impacto negativo en la situación económico-financiera y en la posición en el mercado de la empresa, no pueden justificar en modo alguno la liberación inmediata de sus compromisos previos en materia económica mediante el recurso al cómodo expediente de invocación de la **cláusula implícita** (sin que sea aceptable, en definitiva, una traslación directa y automática del riesgo de empresa por esta vía).

Por ello, el empresario debe ponderar el **significado negocial** de sus actos y decisiones y, además, analizar las consecuencias económicas –en el corto, medio y largo plazo– derivadas de sus actos, decisiones y compromisos (cualquiera que sea su

(128) Así, *vid.* STS de 22 de junio de 1998 (RJ 1998, 5703); STS de 21 de marzo de 2006 (recurso 194/2004); STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2005 –JUR 2005, 103749– (con cita de la STS de 9 de noviembre de 1998 –RJ 1998, 8918–) y STSJ de Galicia de 20 de mayo de 2005 –AS 2006, 494–. No basta, por tanto, apoyarse en que, por naturaleza, se trata de conceptos no consolidables ni en el concepto ni en la cuantía.

(129) El ajuste sería posible sólo en los términos previstos; y la cláusula no operaría, porque la misma resuelve los problemas de excesiva onerosidad sobrevenida sólo cuando ni la ley ni el pacto han contemplado de forma expresa esta vicisitud y la forma de reequilibrar sus posiciones.

proyección –individual, plural o colectiva–) en materia de retribuciones, asumiendo que ni la imprevisión ni el deficiente análisis efectuado sobre tales extremos pueden justificar, si cambian las circunstancias y, en su caso, el signo de las cifras de negocio o resultados[130], la revisión inmediata y unilateral *in peius* de tales decisiones y compromisos, haciendo valer la cláusula *rebus sic stantibus*. El simple cambio desfavorable de contexto económico y la "mayor onerosidad" que le supone mantener en sus términos originarios las decisiones y compromisos previamente asumidos no justificarán jamás, por sí solos, la liberación de sus obligaciones económicas (siendo irrelevante a estos efectos que se haya comprometido sólo en el corto, o por el contrario, en el medio o largo plazo).

Por otra parte, resulta verdaderamente complejo convencer al órgano jurisdiccional de la imprevisibilidad absoluta del acaecimiento de las vicisitudes o circunstancias que han provocado el desequilibrio contractual[131]. Y a la postre, todo dependerá de la valoración –necesariamente subjetiva– que el órgano jurisdiccional efectúe[132].

Ni siquiera en caso de concurso se abre una vía alternativa de ajuste salarial a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, ni para las modificaciones individuales –que afecten a condiciones de carácter individual o plural– ni, mucho menos, para las condiciones de carácter colectivo (puesto que para estas últimas la LC diseña un cauce propio de ajuste, particularmente rígido, y en el que se confiere singular protagonismo al juez del concurso –y en menor medida, a la autoridad laboral–, precisamente con el fin, no sólo de controlar la eventual adopción de medidas que comprometan aun más el patrimonio empresarial, sino también de evitar la traslación del coste de la crisis sobre los empleados); básicamente, porque en buena parte de los casos de concurso la situación de excesiva onerosidad sobrevenida no se presentará de forma "sorpresiva", sino que será la desembocadura de un proceso de pérdida de estabilidad progresivo, enquistado o agravado con el transcurso del tiempo, antes y después de la declaración del concurso[133].

(130) *Vid.*, no obstante, la STSJ de Galicia de 6 de junio de 2003 (recurso 1598/2003) que considera concurrente el requisito de la imprevisibilidad cuando la empresa pasa a una situación de crisis (pese a que es incuestionable que normalmente la crisis es el punto de llegada de un proceso de deterioro económico-financiero, más o menos dilatado, pero durante el cual puede ya predecirse o barajarse la posibilidad de llegar a una situación de crisis extrema).

(131) *Vid.* STS de 6 de abril de 1999 (RJ 1999, 4429) en la que, ante la decisión unilateral de suprimir un servicio de transporte colectivo previsto en un acuerdo colectivo de empresa, por haber devenido manifiestamente antieconómico por la escasa utilización del mismo, considera previsible no sólo la alteración del número de usuarios a lo largo del tiempo, sino, asimismo, la subida del coste empresarial asumido para financiar el referido servicio (y, por ello, inviable la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*). *Vid.* también STSJ de Madrid de 6 de marzo de 1996 (AS 1996, 531).

(132) No bastan alegaciones genéricas como la incidencia negativa sobre la marcha de la empresa resultante de devaluaciones de la moneda, de la presencia de nuevos competidores, del incremento del precio de materias primas, de la inflación, del cambio de ciclo económico, etc. Como se desprende, entre otras, de la STS de 14 de enero de 1997 (RJ 1997, 25) y STS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335), deben quedar plenamente probadas (parece, con los correspondientes datos y cifras) las circunstancias existentes en el momento de asunción del compromiso, así como las existentes en el momento en el que se pretende la revisión unilateral, a efectos de valorar la posible alteración extraordinaria de circunstancias, su imprevisibilidad y el desequilibrio entre las recíprocas prestaciones provocado por ese cambio. *Vid.* también STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2002 –AS 2002, 2395–.

(133) *Vid.*, no obstante, ÁLVAREZ CUESTA, H., *op. cit.*, pág. 16.

Como ha señalado BEJARANO HERNÁNDEZ[134], la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* se integra en el artículo 41 del ET como un posible fundamento causal de la modificación pretendida, con lo que obviamente la legitimidad de la actuación del empresario estaría supeditada a la observancia de los límites legales, materiales y procedimentales, establecidos en dicho artículo. Así pues, la concurrencia de los presupuestos que en el ámbito civil justificarían la aplicación del ajuste a la baja en los compromisos originarios, simplemente facilitaría, caso de impugnarse la modificación peyorativa introducida, la declaración de la misma como justificada; pero no libera al empresario de la "carga procedimental" que el artículo 41 del ET le impone con carácter previo.

Y a estos efectos, como ya se ha visto, es irrelevante que la modificación que pretende introducir el empresario por mayor o excesiva onerosidad sobrevenida tenga proyección sobre condiciones económicas reconocidas a título individual o plural o con alcance colectivo (sin perjuicio de que el procedimiento a seguir se diversifica en función de la fuente afectada, como se ha visto).

Y como ya se ha apuntado, bastaría que la rentabilidad de la empresa se viera afectada negativamente en un momento dado, cualesquiera que fueran las circunstancias determinantes de tal vicisitud (previsibles *vs.* imprevisibles; internas *vs.* externas), para que podamos entender concurrente el requisito causal exigido por el artículo 41 del ET. En efecto, los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* quedan comprendidos dentro de la causa económica a que se refiere el artículo 41 del ET, pero no se identifican plenamente con ella[135], de manera que:

a) Factores con incidencia negativa en la situación económica de la empresa, aun siendo previsibles, podrían justificar la introducción de la modificación peyorativa por la vía del artículo 41 del ET, aunque no justifiquen la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[136], por no haberse producido alteración de la base negocial y económica de compromisos concretos, o porque la situación de partida al introducir la condición fuera ya negativa[137].

b) En algunos casos las alteraciones en la base de compromisos económicos concretos –además de generar una ruptura grave del equilibrio contractual en el marco de la relación empresario-beneficiario de los mismos– comprometerán la situación económica general. En tal caso resulta preceptivo someterse al procedimiento previsto en el artículo 41, puesto que falta un presupuesto *sine qua non* de operatividad de la referida cláusula (la

(134) BEJARANO HERNÁNDEZ, A., en "La supresión…", *cit.*, pág. 525; y en *Principio…*, *cit.*, págs. 174 y ss. También SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.Mª., "Los límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual", *Revista Poder Judicial*, núm. 15, 1989, pág. 198. En este sentido, *vid.* STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2003 (recurso 5380/1999).

(135) *Vid.*, no obstante, DÍAZ AZNARTE, *op. cit.*, pág. 288, para quien las causas enumeradas en el artículo 41 deberían interpretarse como una especificación de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al ámbito laboral.

(136) En este sentido, *vid.* STS de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5758).

(137) No puede descartarse la introducción de partidas desde una situación de desequilibrio, porque puede haberse intentado reactivar la empresa motivando al personal mediante incentivos económicos ligados a la productividad, a la rentabilidad empresarial, a la reducción de absentismo, etc.

inexistencia de mecanismo legal de ajuste) aunque la nueva situación de excesiva onerosidad se presente de forma absolutamente imprevisible y el cambio sea radical.

c) En cambio, en otros casos, las alteraciones en la base de compromisos económicos, aun generando una ruptura grave del equilibrio de las prestaciones –respecto de uno, varios o todo un colectivo genérico de trabajadores– no tendrá esa proyección o incidencia negativa sobre la estabilidad económica de la empresa. En este último caso habría que cuestionarse si la falta de impacto directo sobre la situación económica general cierra o no –a la luz de lo establecido en el artículo 41 del ET– la posibilidad de modificar unilateralmente los compromisos. En definitiva ¿el legislador ha querido impedir las modificaciones sustanciales de condiciones económicas que, aun siendo razonables y justificadas objetivamente, no produzcan esa afectación general negativa sobre la situación empresarial[138]? o, por el contrario ¿debe entenderse que aun no estando justificada una modificación sustancial al amparo del artículo 41 del ET, por faltar esa afectación general, puede entenderse que la cláusula *rebus sic stantibus* legitimaría una modificación unilateral y automática, sin participación ni control por la representación laboral? Como ya se anticipó, nuestros TTSSJ parecen admitir esta segunda vía modificativa[139], y el TS tampoco parece cerrar esta posibilidad[140], lo que nos parece acertado (salvo que se trate de condiciones convencionales) pese a la falta de cobertura legal expresa, en aras de preservar el equilibrio contractual y en la medida en que estarían quedando a salvo los mínimos legales y convencionales (por lo que la suficiencia del salario, protegida constitucionalmente –artículo 35 CE– no quedaría en entredicho)[141].

Pero finalmente hemos de advertir que en este momento la jurisprudencia tiende mayoritariamente a reconducir toda modificación sustancial, incluidas las basadas en este tipo de motivación (excesiva onerosidad sobrevenida sin impacto generalizado), al artículo 41 del ET[142], pese a incluir en alguna ocasión declaraciones más o menos grandilocuentes sobre la aplicabilidad en potencia de la cláusula *rebus sic stantibus*. Y en cualquier caso, como ya hemos indicado, no parece que estemos ante vías de ajuste complementarias, sino excluyentes.

d) A efectos de introducir una modificación sustancial *ex* artículo 41 del ET, no es necesario que respecto de cada afectado por la modificación sustancial pretendida por el empresario se produzca un desequilibrio en el binomio trabajo-salario, de tal entidad

(138) Ésta es la interpretación mantenida en la STSJ del País Vasco de 13 de junio de 2000 (recurso 1205/2000) en la que no sólo se reputa inaplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que además, se declara injustificada la modificación que pretendía la empresa amparándose en causas económicas *ex* artículo 41 del ET, por faltar ese impacto negativo o desestabilizador (confrontando a tal efecto el costo de la prestación que se pretendía suprimir y la cifra de facturación anual de la compañía).

(139) STSJ de Murcia de 13 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3834).

(140) STS de 22 de noviembre de 2005 (recurso 42/2005). *Vid.* también sentencias citadas en nota núm. 101.

(141) *Vid.*, no obstante, BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, pág. 327.

(142) Así, en la STS de 19 de marzo de 2001 (recurso 1573/2000) en un supuesto de reducción unilateral del nivel de cobertura de una póliza de seguros colectiva, motivado por un encarecimiento de la prima.

que la reducción o supresión sea la única alternativa posible para restablecer el equilibrio contractual y evitar la extinción del vínculo contractual[143], pues nada de eso exige el precepto (exigencia, esta última, que sí debiera operar a efectos de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*).

Por todo ello, debemos concluir que: ni es necesario que concurran precisamente los rígidos presupuestos de aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* para que una modificación introducida al amparo del artículo 41 del ET, por excesiva onerosidad sobrevenida, pueda considerarse legítima; ni basta su concurrencia efectiva para aplicar el ajuste, obviando el procedimiento del artículo 41 del ET.

(143) En contra, DÍAZ AZNARTE, *op. cit.*, pág. 288.

La prestación de incapacidad temporal en los estados de nuestro entorno*

ALBERTO LLORENTE ÁLVAREZ

Doctor en Derecho.
Letrado de la Administración
de la Seguridad Social

Resumen

La prestación de incapacidad temporal en los estados de nuestro entorno

En el artículo se analiza el régimen jurídico básico de la prestación de la incapacidad temporal en ocho países europeos: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia. Tras unas breves referencias generales al Sistema de Seguridad Social de cada Estado, necesarias para el abordaje del análisis de la prestación de incapacidad temporal, se exponen los aspectos fundamentales que rigen la prestación en cada caso: mecanismos de protección, reconocimiento, duración, revisión, control, etc. Buscando aportar elementos de debate o reflexión en relación con la regulación contenida en nuestro ordenamiento, el artículo finaliza con unas conclusiones en las que se pretenden resaltar los puntos más "novedosos" de las diferentes legislaciones analizadas en relación con la regulación contenida en nuestro ordenamiento.

Abstract

The temporary inability benefit in the states of our environment

In the article it is analyzed the basic juridical regime of the Temporary Inability Benefit in eight European countries: German, Belgium, France, Italy, The Netherlands, Portugal, United Kingdom and Sweden. After some brief general references to the System of Social Security of each State, necessary for the approaching of the analysis of the temporary inability benefit, the

(*) El presente trabajo se corresponde, esencialmente, con la ponencia que, con el mismo título, expuse en el Curso "La incapacidad temporal a la luz de las reformas introducidas por la Ley 30/2005", celebrado en Bilbao los días 15 y 16 de noviembre de 2006. Quisiera agradecer a GOYA LAZA, L. y GARCIA PEREA, P. la inestimable y siempre amistosa colaboración que me han prestado.

fundamental aspects that govern the benefit in each case are exposed: protection mechanisms, recognition, duration, revision, control, etc. Looking for to bring debate elements or reflection in connection with the regulation contained in our ordenation, the article concludes with some conclusions in which it is pretended to stand out the more "novel" points of the different analyzed legislations in connection with the regulation contained in our ordenation.

Sumario:

I. Introducción. II. La prestación de incapacidad temporal en los estados de nuestro entorno. A) Alemania. a) El Sistema de Seguridad Social alemán: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Alemania. B) Bélgica. a) El Sistema de Seguridad Social belga: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Bélgica. C) Francia. a) El Sistema de Seguridad Social francés: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Francia. D) Gran Bretaña. a) El Sistema de Seguridad Social de Gran Bretaña: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Gran Bretaña. E) Italia. a) El Sistema de Seguridad Social italiano: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Italia. F) Países Bajos. a) El Sistema de Seguridad Social de Países Bajos: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Países Bajos. G) Portugal. a) El Sistema de Seguridad Social portugués: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Portugal. H) Suecia. a) El Sistema de Seguridad Social sueco: cuestiones generales. b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Suecia. **III. Conclusiones a modo de epílogo.**

1. INTRODUCCIÓN

Un trabajo de estas características, en el se pretende ofrecer una exposición de la legislación de diferentes sistemas de Seguridad Social con un considerable aporte de datos, requiere, a mi juicio, unas previas explicaciones metodológicas, con el objeto de que la información que en él se ofrece pueda ser valorada adecuadamente.

Con el propósito apuntado, es necesario comenzar señalando que la primera cuestión metodológica a solventar, para la elaboración de la ponencia, se derivaba del propio título de la misma. En efecto, lo primero que había que determinar era cuáles eran los Estados de "nuestro entorno" a los que tenía que referirme. Evidentemente cabía una primera respuesta en la que se incluyeran, únicamente, los Estados de "nuestro entorno" más próximo o, en otras palabras, a los vecinos más directos. Esta opción, sin embargo, seguramente sería insuficiente para tener conocimiento de la regulación de esta prestación en el ámbito internacional en el que se desenvuelve nuestro Estado. Como a nadie se le escapa, también cabía ofrecer, al menos, otra respuesta que incluyera una referencia más amplia, respuesta que comprendería a todos los Estados de la Unión Europea, "nuestro entorno" cultural y político más cercano y, seguramente, para los intereses españoles, el más importante. Analizar, no obstante, las particularidades de esta prestación en todos los países de la Unión Europea pensé que podría desbordar los límites prudentes que toda ponencia ha de marcarse. Ante esta doble alternativa, y tratando de alcanzar un equilibrio que permitiera ofrecer una información adecuada y suficiente sin que resultara excesiva y, por ello, poco útil, consideré oportuno analizar únicamente la legislación de determinados Estados de la Unión Europea. Decidido a elegir sólo algunos países, la selección la efectué, esencialmente, en función de su cercanía geográfica a nuestro Estado, de su peso demográfico dentro de la Unión, de su antigüedad en la misma y, en algún caso, por qué no decirlo, de un criterio puramente de preferencia personal. En definitiva, tras lo expuesto, es inevitable concluir que las presencias y las ausencias son de mi entera responsabilidad.

CADA SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ES TRIBUTARIO DE LA HISTORIA SOCIO-ECONÓMICA Y CULTURAL DEL ESTADO EN EL QUE SURGE

Dicho lo anterior, y para no mantener un suspense innecesario durante las siguientes consideraciones metodológicas, aun siendo consciente de que con ello se daña el "atractivo" del "film", quizás es el momento de avanzar que los Estados a los que me referiré serán: Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Portugal y Suecia.

Elegidos los Estados sobre los que trabajar, el siguiente paso era el de determinar cuál sería la estructura básica que se debía emplear para la exposición de la información. A este respecto, cabía seguir, al menos, dos criterios: uno, al que podríamos denominar horizontal, en el que la exposición se efectuaría eligiendo determinados requisitos para examinar su tratamiento

en cada una de las legislaciones estatales; el otro, al que por contraposición se podría denominar vertical, suponía examinar las particularidades normativas de la prestación Estado por Estado. Ambas opciones tienen ventajas y deficiencias. Sin embargo, para lo que se pretendía, consideré que la exposición horizontal adolecía de mayores inconvenientes. En efecto, la exposición horizontal podría dificultar la identificación del régimen jurídico de la prestación en cada país, al quedar diluidos los requisitos nacionales en la exposición global del conjunto, con el inconveniente, añadido, de que determinados requisitos exigidos en unos Estados no se requieren en otros, lo que necesariamente conllevaría o que quedaran fuera de la exposición o que fuera preciso la elaboración de una adenda en la que se recogieran las particularidades de cada legislación no reseñadas en el núcleo de la exposición lo que, a la postre, podría enturbiar los datos que se ofrecían. En definitiva, para evitar estas dificultades, elegí efectuar la exposición del régimen jurídico de la prestación analizando su configuración Estado por Estado.

En todo caso, desde esta última perspectiva, consideré que una información estrictamente referida a la prestación de incapacidad temporal, desgajada del sistema de Seguridad Social en el que se encuadra, podría resultar insuficiente. Como es conocido, cada sistema de Seguridad Social es tributario de la historia socio-económica y cultural del Estado en el que surge. Cada sistema, así mismo, maneja conceptos, estructuras o instituciones difícilmente comprensibles desde los demás. Por ello, tratando de contextualizar la información, he optado por comenzar la exposición de cada país haciendo una pequeña referencia –mínima en varios casos– a algunas de las líneas básicas de la configuración estructural de su sistema de Seguridad Social, pasando, a continuación, al desarrollo del régimen jurídico de la prestación de incapacidad temporal contenido en su normativa. En la exposición, he resaltado, cuando lo he considerado oportuno, aquellas medidas o aspectos que resultan más sugerentes o pueden tener un mayor interés.

Seleccionados los Estados y fijadas las líneas básicas del esquema a seguir en la exposición, el siguiente paso se identificaba con el de acopio de la información. Obviamente la información debía referirse, básicamente, a la prestación de la incapacidad temporal. No obstante, antes de indicar las fuentes de información que he empleado, es necesario precisar, en este momento, que en el ámbito internacional a nuestra prestación de "incapacidad temporal" habitualmente se la denomina como "prestación económica en caso de enfermedad", terminología que resalta con precisión la situación que vamos a analizar y que, a mi entender, es menos equívoca que la nuestra, dado que permite identificar con mayor exactitud la situación protegida. En efecto, emplear esta terminología supone recordar que la enfermedad, como situación protegida –al menos la enfermedad no cronificada y normalmente de corta duración– tiene un doble abanico protector: el sanitario, que otorga prestaciones en especie, y el económico, que facilita prestaciones económicas, entre las que sobresale la que aquí se analiza.

En relación con la anunciada recopilación de la información, debo indiciar que, como es sabido, existe un sistema patrocinado por la Unión Europea conocido por sus siglas: MISSOC (Mutual Información System on Social Protectión) sistema que, con la colabo-

ración y participación de representantes de los Estados de la Unión Europea, elabora un documento comparativo de los diferentes regímenes de Seguridad Social de la Unión. Este documento, ha sido, por ello, uno de los importantes para la elaboración de esta ponencia. Sin embargo, careciendo el mismo de una información lo suficientemente extensa y reflexiva en diferentes puntos, ha resultado necesario completarla con la contenida en las páginas "web" de las instituciones de Seguridad Social de los diferentes Estados, así como con la incluida en diversas publicaciones de la Unión Europea y, por supuesto, con recogida en diferentes revistas especializadas.

No obstante, la información que aportaba toda esta documentación no ofrecía, al menos a mi juicio, una visión lo suficientemente completa que sirviera para colmar lo que desde un principio me había propuesto obtener. Con la voluntad de conseguir una información más detallada, elaboré una serie de preguntas relacionadas con la prestación, para dirigírselas a los diferentes Estados, con el objeto de recabar algunas puntualizaciones sobre diferentes aspectos, precisiones que no aparecían, o no aparecían con suficiente claridad, en los documentos disponibles. En cualquier caso, no se hagan muchas ilusiones, no todos los Estados respondieron a las cuestiones, ni siquiera todos los seleccionados y, evidentemente, entre los que contestaron, hubo respuestas más o menos extensas y más o menos precisas.

En definitiva, el estudio que se ofrece es el producto de un acarreo de datos y referencias procedentes de muy diversas fuentes. Tras haber sido amasados, para bien y para mal, bajo mi entera responsabilidad, su fruto es el que expondré a continuación.

Para finalizar estas líneas, únicamente quisiera indicar que la exposición se ha organizado siguiendo el orden alfabético de los distintos Estados en su denominación conforme a nuestro idioma.

2. LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS ESTADOS DE NUESTRO ENTORNO

A) Alemania

a) El Sistema de Seguridad Social alemán: cuestiones generales

El Sistema de Seguridad Social alemán se puede estructurar en torno a tres ramas:

– los seguros sociales,
– la compensación social (básicamente para heridos o víctimas de guerra) y
– la asistencia, o asistencia social en nuestra terminología.

Centrándonos en los seguros sociales, podemos señalar que los cinco seguros sociales básicos del sistema alemán son: el de enfermedad, el de accidentes, el de pensiones, el de desempleo y el de ayuda social.

Cada seguro social se gestiona por una entidad diferente, entidades que son independientes del Estado y tienen la categoría de corporaciones independientes de derecho público. El autogobierno constituye el principio más importante de su administración y viene a suponer, entre otras consideraciones, que sus órganos de gobierno los elige la Asamblea General de la entidad, asamblea que está compuesta por un número igual de trabajadores y empresarios. No obstante, dada la detallada legislación a la que están sometidas estas corporaciones y la tutela a las que las tiene sujetas el Estado, se ha señalado por la doctrina que, en el fondo, lo que existe no es una gestión independiente sino una gestión indirecta del Estado.

Resaltando lo que aquí más nos interesa, en los supuestos de enfermedad la competencia de la gestión del aseguramiento corresponde a las Cajas o Fondos del seguro de asistencia sanitaria, Cajas que, desde el año 1996 son los trabajadores los que pueden elegirlas para asegurar su protección, como volveremos a indicar más tarde.

Los seguros sociales, salvando numerosas particularidades, incluyen de forma obligatoria a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, aunque con respecto a estos últimos existen importantes diferencias en función de su actividad. Por ejemplo, en relación con los trabajadores que podríamos denominar trabajadores liberales o, en nuestra terminología, autónomos, los seguros sociales no incluyen en su ámbito protector, de forma obligatoria, la prestación de asistencia sanitaria. Desde otra perspectiva, con la excepción del seguro por desempleo, los demás seguros sociales ofrecen la posibilidad de afiliarse voluntariamente.

b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social alemán

El seguro de enfermedad o de asistencia sanitaria cubre, como suele ser habitual en este tipo de seguros, además de la asistencia sanitaria en especie, la pérdida de ingresos por enfermedad, maternidad y asistencia médica.

El seguro es obligatorio para los trabajadores por cuenta ajena que tengan unos ingresos inferiores a 42.000 euros anuales y superiores a 400 euros mensuales. Asimismo, están obligados a asegurarse los desempleados que cobren prestaciones de desempleo, los estudiantes y los pensionistas. En determinados casos se admite la afiliación voluntaria, por ejemplo, en los supuestos de extinción de la relación laboral por cuenta ajena o en el caso de trabajadores que superen la cantidad máxima establecida. Como curiosidad, aproximadamente un 89% de la población alemana está cubierta por algún seguro general de enfermedad y un 9% lo está por un seguro privado. No obstante, con carácter meramente informativo, el seguro de enfermedad en Alemania está en un proceso de reforma que trata de convertir el "seguro de enfermedad" en un "seguro ciudadano" con un alcance aún no definido legalmente.

La prestación económica más importante del seguro de asistencia sanitaria se concede en caso de baja por enfermedad. Para poder tener derecho a la misma se exige la incapacidad absoluta para trabajar debido a la enfermedad.

Como apuntábamos en el punto anterior, son los trabajadores los que pueden elegir entre inscribirse en una Caja Local del Seguro Estatal de Enfermedad, en una Caja de empresa, en la correspondiente a un sindicato o sindicatos o en otras Cajas o aseguradoras de las habilitadas al efecto (existen 315 Cajas). La cobertura es equivalente en todas las Cajas, siendo similares, también, las contribuciones, aunque pueden existir, pequeñas diferencias. A este respecto, la cotización media se sitúa sobre el 14% del salario, cotización que se divide por mitad entre trabajador y empresario. A partir de 2006, esto es, desde este año, los trabajadores deberán abonar una cotización especial del 0,5 de sus ingresos brutos, porcentaje que está destinado a financiar la prestación económica.

Para tener derecho a la prestación no se requiere ningún período previo de cotización específico.

La prestación se inicia a partir del cuarto día de la baja, salvo en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, supuestos en los que no existe período de espera.

PARA TENER DERECHO A LA PRESTACIÓN NO SE REQUIERE NINGÚN PERÍODO PREVIO DE COTIZACIÓN ESPECÍFICO

La situación de baja se determina mediante un certificado médico en el que se indica, además de la causa de la baja, la probable duración de la misma. El certificado, emitido por el médico que atiende al asegurado, se ha de enviar, por el facultativo, a la Caja del Seguro y, por el trabajador, a la empresa.

En el plano de la prestación económica, las seis primeras semanas corren a cargo del empresario, a partir de ese momento es de cuenta de la Caja correspondiente, entidad que también se hace cargo de la prestación si el empresario incumple con su obligación de abono, sin perjuicio de requerirle su reintegro.

La duración normal de la situación de incapacidad es la de 78 semanas, durante un período de tres años, por la misma patología o enfermedad, aunque en determinados casos excepcionales se puede ampliar durante un nuevo período de otros tres años.

La cuantía de la prestación es un subsidio equivalente al 70% del promedio de los salarios percibidos durante los últimos tres meses, sin que tal cuantía pueda exceder del 90% de sus retribuciones netas anuales, lo que supone la existencia de un límite máximo individual.

El trabajador en situación de baja debe acudir a las revisiones médicas a las que sea convocado. La ausencia a una revisión o examen médico sin justificación puede determinar la extinción de la prestación.

Durante la percepción del subsidio se cotiza para las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y supervivencia, cotización en la que participan la Caja aseguradora y el beneficiario de la prestación.

Como curiosidad, el seguro de enfermedad concede otras prestaciones económicas. Así, por ejemplo, se conceden 10 días de "baja o ausencia justificada al trabajo" (20 en el caso de familias monoparentales; días que llevan aparejado el correspondiente subsidio económico) cuando un hijo menor de 12 años, que convive con el beneficiario, requiere el cuidado del mismo y no hay nadie más en el hogar que pueda prestar dicha asistencia. La prestación tiene un límite de 25 días al año, 50 en el caso de familias monoparentales. Los días concedidos son mayores cuando se trata de atender a hijos minusválidos.

B) Bélgica

a) El Sistema de Seguridad Social belga: cuestiones generales

El Sistema de Seguridad Social belga distingue entre seguros sociales y asistencia social.

Los seguros sociales tienen carácter profesional y, estructuralmente, podríamos agruparlos, básicamente, en torno a aquellos que protegen a trabajadores por cuenta ajena y a aquellos que protegen a trabajadores por cuenta propia. Cabe incluso señalar que cada "colectivo" tiene su propio Instituto de Seguridad Social: el RSZ (Rijksdienst voor Sociale Zekerheid), para los trabajadores por cuenta ajena, que depende del Ministerio de Asuntos Sociales y el RSVZ (Rijksinstituut voor de Sociale Verzakeringen der Zelfstandigen) para los trabajadores autónomos, que depende del Ministerio de Telecomunicaciones, Empresas Públicas y Participadas, aunque los seguros de enfermedad e invalidez que este último Instituto gestiona son responsabilidad del Ministerio de Asuntos Sociales. No obstante, además de los señalados, existen otros "Institutos" que gestionan algunas prestaciones en concreto, como por ejemplo, las de desempleo.

Sin la voluntad de desarrollarlas, como es obvio, podemos apuntar que dentro de cada uno de esos grandes grupos (trabajadores por cuenta ajena/trabajadores por cuenta propia) existen, a su vez, regímenes o seguros o sistemas especiales con reglas particulares diferentes para distintos colectivos específicos.

El ámbito de cobertura material del sistema de Seguridad Social belga es equivalente al "estándar" dentro de la Unión Europea. Por tanto, entre las prestaciones más sobresalientes, el sistema cubre las prestaciones de enfermedad, invalidez, jubilación, desempleo, accidente de trabajo y dependencia.

b) La prestación de incapacidad en el Sistema de Seguridad Social belga

Con voluntad meramente introductoria y por lo que aquí nos interesa, procede efectuar una serie de consideraciones previas. En primer lugar, desde un punto de vista administrativo, dentro del sector de la protección de la enfermedad o de la invalidez, es preciso indicar que son numerosas las organizaciones o mutualidades que colaboran en la gestión de la seguridad social, otorgando y gestionando las prestaciones, entidades que los asegurados pueden elegir libremente. En efecto, los trabajadores –no los empresarios– pueden asegurarse en la mutualidad de su elección (normalmente la vinculada a su sindicato u asociación) y, si no desean inscribirse en ninguna vinculada a los sindicatos o asociaciones, pueden afiliarse al organismo público denominado Caja Auxiliar del Seguro de Enfermedad y de Invalidez (CAAMI). En todo caso, las diferentes mutualidades deben integrarse, obligatoriamente, en una de las cinco uniones nacionales de mutualidades, uniones que son, básicamente, unos organismos de coordinación de las distintas mutualidades.

En otro orden de cosas, cabe resaltar que en Bélgica tienen una importancia sobresaliente los denominados seguros complementarios de enfermedad –seguros que son privados–. Estos seguros tienen importancia, sobre todo, para los trabajadores autónomos, en relación con los cuales la prestación tiene un importe fijo. No obstante, también pueden resultar interesantes para el resto de trabajadores, sobre todo cuando los ingresos derivados de su relación laboral son altos, toda vez que existe un tope máximo para el abono de la prestación de incapacidad temporal (unos 106 euros diarios en 2006), pudiendo producirse, por tanto, un desfase importante entre los salarios percibidos en activo y la prestación garantizada en caso de baja.

La última consideración de carácter introductorio sirve para indicar que la protección en el caso de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo tiene una gestión y regulación específica. En el supuesto de las enfermedades profesionales las prestaciones las reconoce y abona el Fondo de Enfermedades Profesionales (FMP), institución pública de seguridad social a la que deben estar obligatoriamente afiliados todos los empresarios. En el caso de accidentes laborales, cada empresario tiene obligación de contratar un seguro de accidentes laborales con una compañía de seguros privada autorizada. Estas compañías de seguros están controladas por el Fondo de Accidentes Laborales, institución pública de seguridad social tutelada por el Ministerio de Empleo, que también abona prestaciones en determinados casos, como por ejemplo, a los trabajadores del mar o a aquellos trabajadores que no estaban asegurados en el momento de sufrir el accidente.

Tras las apuntadas informaciones preliminares, por lo que respecta a las prestaciones de enfermedad derivadas de contingencias comunes, se debe comenzar señalando que, para tener derecho a las mismas, es preciso que el trabajador esté inscrito en la mutualidad o entidad aseguradora de su elección y, además, que tenga cubierto un período mínimo de cotización de 120 días dentro de los últimos seis meses inmediatamente anteriores a la baja –para los que computan los períodos de desempleo–, aunque existen excepciones en las que se reducen el período de cotización.

Desde el punto de vista administrativo, es necesario que el trabajador presente, en la Caja de enfermedad en la que esté asegurado, el comprobante de pago de las cotizaciones que le entregue la empresa y el parte médico de baja que emite el facultativo que le atiende. El parte ha de extenderse en el documento que al efecto elabora la inspección médica de la Caja de enfermedad en la que esté asegurado el trabajador. Los mencionados documentos, los debe presentar el interesado en su Caja dentro de los dos días siguientes a su emisión. Si se demora en remitir el documento médico perderá la prestación correspondiente a los días por los que se retrase.

El empresario abona los 15 primeros días de la prestación cuando se trata de trabajadores manuales y un mes cuando se trata de los demás trabajadores. Esta distinción entre trabajadores manuales y no manuales, que sigue manteniendo el derecho belga, cada vez es más cuestionada, al margen de que con la evolución de la naturaleza y configuración de las actividades laborales parece que, en la práctica, se presentan numerosas dificultades para poder distinguir, en ocasiones, si un trabajo es manual o no.

La prestación se abona a partir del primer día de baja, es decir, existe un período de espera de un día, salvo en el caso de que se derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional supuestos en los que no existe período de espera. Como excepción, tampoco existe período de espera para los asegurados que hayan estado desempleados durante al menos nueve días dentro de los veintiuno inmediatamente anteriores a la iniciación de la incapacidad para el trabajo.

La prestación consiste, en el caso de los trabajadores manuales, en un subsidio económico equivalente al 100% del salario durante los siete primeros días y al 60% a partir del séptimo día. El resto de trabajadores perciben el 100% durante el primer mes y después el 60%. Tras el abono de la prestación por el empresario, la continúa abonando la Mutua correspondiente, en una cuantía equivalente al 60% y con un tope máximo de 103,2407 euros por día. La cuantía se reduce al 55% cuando el beneficiario convive con una persona que tiene ingresos profesionales propios. Como puntualización, cabe indicar que no se cotiza por las cantidades percibidas en concepto de esta prestación.

El subsidio económico en caso de enfermedad dura un máximo de un año. A este período el ordenamiento belga lo denomina "incapacidad laboral primaria". Transcurrido el primer año, si el beneficiario continúa de baja, pasa a la situación de incapacidad laboral o "período de invalidez", situación durante la que percibe el 40 o el 45% de su salario, en función de que viva o no con otra persona. Cuando tiene cargas familiares puede percibir hasta el 65%.

Desde la perspectiva del control de la prestación, podemos indicar que tanto el asesor médico de la mutualidad como la asesoría médica de la invalidez –cuando la situación dura más de un año– pueden decidir, dependiendo de la situación y cuando las razones médicas lo aconsejen o justifiquen: dar de alta al enfermo, finalizar la incapacidad, incluir al trabajador en un programa de rehabilitación o –como curiosidad interesante en este

caso– proponer la reanudación parcial del trabajo. Esta última posibilidad también puede solicitarla el trabajador, aunque, para su reconocimiento, es absolutamente necesario que reciba autorización del asesor médico de la mutualidad, autorización que se le deberá otorgar si conserva el 50% o más de su capacidad de trabajo.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, el aseguramiento de la prestación también es obligatorio. Para tener derecho a la misma se requiere un período previo de cotización de seis meses. El período de espera para su abono es el de un mes y tiene una duración máxima de 11 meses. La cuantía de la prestación, como apuntamos al inicio, consiste en un importe fijo que, no obstante, varía en función de que el trabajador tenga o no tenga cargas familiares. En todo caso, son cuantías bajas, con unos importes aproximadamente equivalentes a los que tiene la renta mínima de subsistencia, rentas que otorga la asistencia social.

C) Francia

a) El Sistema de Seguridad Social francés: cuestiones generales

La Seguridad Social francesa, desde nuestra perspectiva, tiene una composición especialmente compleja. Utilizando una terminología que nos es familiar, cabría indicar que su sistema se estructura en torno a cuatro niveles: un nivel legal, un nivel convencional-profesional, un nivel privado y la asistencia social.

LA SEGURIDAD SOCIAL FRANCESA SE ESTRUCTURA EN TORNO A CUATRO NIVELES: UN NIVEL LEGAL, UN NIVEL CONVENCIONAL-PROFESIONAL, UN NIVEL PRIVADO Y LA ASISTENCIA SOCIAL

El nivel legal es un nivel de encuadramiento y aseguramiento obligatorio, derivando esta obligatoriedad de la ley, circunstancia que se quiere significar con la denominación que le hemos dado. El nivel convencional también es obligatorio, pero en este caso su obligatoriedad puede derivarse o de la ley que reenvía al convenio la necesidad de una regulación concreta o bien de los pactos recogidos en el propio convenio. Respecto de estos convenios se puede apuntar que suelen ser convenios interprofesionales de ámbito nacional aunque, a su vez, estos convenios interprofesionales pueden ser mejorados por convenios profesionales o empresariales. En todo caso, nosotros sólo vamos a centrarnos en el nivel al que hemos denominado legal; no obstante, debemos ser conscientes de que dejamos fuera importantes parcelas de protección otorgadas por estas normas convencionales.

Expuesto de forma sencilla, podemos indicar que el nivel legal se estructura, básicamente, sobre tres Regímenes que gozan de una protección completa. Estos Regímenes son: el Régimen General, el Régimen Agrario y el Régimen de Autónomos. En datos de 2002, el Régimen General protegía, en esa fecha, al 80% de la población, unos 47 millones de personas; el Régimen de Autónomos protegía a unos 3,5 millones de personas, y el Régimen Agrario a unos 5 millones. Además de los citados, existen varios regímenes especiales para distintos sectores o profesiones, por ejemplo, para los ferroviarios, mineros, marineros, trabajadores del gas, de la electricidad o para los funcionarios públicos. Estos regímenes especiales o específicos no siempre tienen una cobertura completa –sí la tiene, por ejemplo, como curiosidad, el Régimen de ferroviarios–. Cuando alguno de estos regímenes no tiene una cobertura completa, esto es, no cubre determinadas prestaciones, la cobertura se "completa" con las prestaciones que otorga el Régimen General. Este último es el caso, por ejemplo, de las prestaciones de enfermedad de los funcionarios que son otorgadas por el Régimen General.

Si se me permite un pequeño *excursus* argumentativo, podemos indicar que la complejidad del nivel legal aumenta, desde nuestra perspectiva, si descubrimos que, por ejemplo, el que hemos denominado Régimen de Autónomos en realidad se compone de tres Regímenes: el Régimen de Profesiones Comerciales e Industriales, el Régimen de Artesanos y el Régimen de Profesionales Liberales. Los tres tienen en común un seguro de enfermedad, pero se diferencian en el resto de prestaciones. También como curiosidad, para darnos una idea de la complejidad administrativa del sistema francés, podemos señalar que la afiliación en estos regímenes la gestionan 29 mutualidades regionales, organismos que suelen contratar, a su vez, a instituciones de seguros privados o a entidades no lucrativas para que se encargen de recaudar las cotizaciones y distribuir las prestaciones.

Cerrado el *excursus*, desde el punto de vista de su estructura administrativa general, podemos indicar que los diferentes Regímenes están gestionados por distintas Cajas. El Régimen General, por ejemplo, está gestionado por diferentes Cajas que gestionan cada una de las prestaciones: prestaciones familiares, enfermedad, vejez, etc. Existe una entidad denominada Unión de Cajas que se ocupa de algunos aspectos comunes a todas ellas (por ejemplo, condiciones de empleo de sus trabajadores). También existe una Agencia Central que afilia y recauda para todas las Cajas del Régimen. Los demás regímenes legales y convencionales recaudan sus propias cotizaciones.

b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Francia

Por lo que ahora nos interesa, en el Régimen General el seguro de enfermedad –aseguramiento que es obligatorio para todos los trabajadores por cuenta ajena, como hemos señalado– la gestión está encomendada a la Caja Nacional de Aseguramiento de la Enfermedad de los Trabajadores Asalariados (CNAMTS). Esta Caja, a su vez, se estructura en Cajas regionales y estas en Cajas departamentales, denominadas cajas primarias, que son

las que, en último término, reconocen y sirven u otorgan las prestaciones, tanto sanitarias como económicas.

La situación de "incapacidad temporal", o de baja por enfermedad, se inicia mediante un parte médico específico –un parte de baja en nuestra terminología–, emitido por el médico que atienda al interesado –téngase en cuenta que el sistema sanitario francés difiere significativamente del nuestro–. En este documento se refleja la situación de incapacidad para el trabajo del beneficiario y la posible duración de ésta. El interesado remitirá este certificado, en las 48 horas siguientes a su emisión, a la Caja correspondiente y a su empresa. Por su parte, el empresario debe remitir a la Caja primaria, en un formulario específico, una certificación de los salarios del trabajador, con el fin de que la Caja calcule la cuantía de los subsidios diarios.

Para percibir la prestación es necesario haber cotizado un período mínimo. Este período mínimo es variable y se concreta mediante la utilización de una compleja escala en la que se tienen en cuenta: o los salarios mínimos diarios por los que se ha cotizado o los períodos de actividad cumplidos en un espacio temporal previo. La ponderación de ambos elementos varía, a su vez, dependiendo de la duración de la prestación. Ofreciendo unos datos simplificados, por ejemplo, para poder percibir la prestación durante 6 meses se exigen 200 horas de trabajo, como mínimo, en los últimos 3 meses y para poder percibir prestaciones más allá de 6 meses se exigen 800 horas durante los últimos 8 meses.

La cuantía del subsidio es una cantidad equivalente al 50% de los ingresos medios diarios percibidos por del trabajador durante los últimos tres meses. Existe un límite individual (1/720 del tope anual) y un máximo absoluto de 41,93 euros diarios. A partir del trigésimo primer día, el porcentaje se eleva al 66% de los ingresos diarios para beneficiarios con tres hijos dependientes, con un máximo de 55,91 euros. A partir del séptimo mes, el subsidio se eleva hasta un máximo individual (1/700 del tope anual), con un máximo absoluto de 43,13 euros y, en este caso, con un mínimo absoluto de 8,10 euros. Para los beneficiarios con tres hijos dependientes el porcentaje es de 68,66% con un máximo individual (1/525 del tope anual) y un máximo absoluto de 57,50 euros y un mínimo absoluto de 10,80 euros.

Las indicadas son las cantidades garantizadas por el que hemos denominado nivel legal, o, simplemente, por la normativa de seguridad social. No obstante, cuando esta mejora esté establecida en el correspondiente convenio colectivo aplicable, el empresario está obligado a pagar la diferencia entre el salario que hubiera percibido y la cuantía del subsidio de enfermedad, obligación que es frecuente en el sistema de relaciones laborales francés.

Se mantiene la obligación de cotizar durante el percibo de la prestación.

Para cobrar la prestación existe un período de espera de tres días, esto es, se abona desde el cuarto día de baja.

La duración del subsidio es de 12 meses en un período de tres años consecutivos, duración prorrogable hasta 36 meses en el caso de enfermedades de larga duración, a cuyo tér-

mino cabría acceder a la situación de incapacidad permanente. La baja laboral la pueden prorrogar o bien el médico que prescribió la primera baja o bien el médico que trata al enfermo, regla que, obviamente, cobra su sentido pleno en el Sistema francés de prestación de asistencia sanitaria. En todo caso, tanto el asegurado como los posibles médicos intervinientes son susceptibles de ser controlados por la Caja.

Desde el punto de vista del control de la situación, el asegurado debe observar las prescripciones del médico y someterse a las revisiones organizadas por el servicio de Control Médico de la Caja en que esté de alta; debe respetar las horas de salidas autorizadas; debe abstenerse de salir de su domicilio sin autorización, etc. Si no observa estas obligaciones, la Caja podrá sancionarle con la pérdida total o parcial de la prestación. Los controles pueden ser: controles médicos, efectuados por los asesores médicos de las Cajas, o controles administrativos, ejercidos por unos agentes visitadores que comprueban la presencia del asegurado en su domicilio. Al margen de estos controles llevados a acabo por las Cajas, también pueden efectuarse controles solicitados por el empresario, que incluso puede enviar un médico de su elección al domicilio del trabajador con el fin de que evalúe al trabajador enfermo. Si el médico enviado por el empresario concluyera que no está justificada la baja laboral, remitirá su dictamen al servicio de Control Médico de la Caja para que ésta valore, mediante un procedimiento contradictorio, la eventual alta médica del interesado. Parece que la posibilidad de control por parte del empresario se justifica por la responsabilidad que suele asumir, convencionalmente, de abonar la diferencia entre la prestación legal garantizada y el salario que percibía el interesado.

Sin pretender entrar en su análisis detallado, por su importancia, debemos indicar que los trabajadores autónomos (no agrícolas) también están cubiertos por esta contingencia. En estos casos es necesario que estén al corriente en el pago de sus cotizaciones. La duración máxima de la situación es la de 360 días en el plazo de tres años y en el caso de enfermedades declaradas de larga duración su duración es, directamente, la de 3 años. El período de espera es el de tres días en caso de hospitalización y el de siete días en caso de enfermedad o accidente. La prestación también tiene una cuantía máxima y mínima en función de los ingresos profesionales anuales (un 1/720 de promedio) con un máximo de 41,26 euros y un mínimo de 16,50 euros.

D) Gran Bretaña

a) El Sistema de Seguridad Social británico: cuestiones generales

Quizá es innecesario recordar, porque ya lo he hecho y lo volveré a efectuar, que cada Sistema de Seguridad Social es tributario de su historia y se configura mediante unos conceptos propios difíciles de trasladar, incluso a veces, difíciles de comprender con plenitud desde otros sistemas. Sin embargo, tal afirmación seguramente no resulte redundante en el caso que nos ocupa, en el que el Sistema de Seguridad Social de Gran Bretaña tiene

conceptos propios radicalmente diferentes a los nuestros. En materia de cotización –mecanismo radicalmente diferente al nuestro en su globalidad– por ejemplo, existen cotizaciones voluntarias y obligatorias, y dentro de éstas, es posible que no exista la obligación de cotizar si no se alcanza un determinado nivel de ingresos, a pesar de lo cual, esto es, a pesar de no estar cotizando se ostenta la consideración de afiliado. Desde otra perspectiva, en el ámbito de la configuración del sistema, también como diferencia con el nuestro, los trabajadores autónomos se incluyen, con los trabajadores por cuenta ajena, dentro del mismo Régimen de Seguridad Social (Régimen contributivo), si bien con numerosas particularidades en lo que atañe a la cotización, a las prestaciones, etc., etc. No obstante, también existen múltiples referencias, estructuras y conceptos que nos recuerdan a los utilizados en nuestro ordenamiento. En definitiva, el que podríamos denominar como sistema legal de Seguridad Social de Gran Bretaña, queremos recordar, es un régimen singular –desde nuestra perspectiva– con numerosas particularidades, a todas las cuales, por supuesto, no daremos entrada en estas líneas.

LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS SE INCLUYEN, CON LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA, DENTRO DEL MISMO RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Salvando todas las peculiaridades propias del sistema británico, podemos señalar que las prestaciones de Seguridad Social se dividen en tres categorías:

1) Prestaciones contributivas: desempleo, maternidad, incapacidad laboral, vejez y muerte y supervivencia.

2) Prestaciones no contributivas: discapacidad, vejez y prestaciones por hijos; son prestaciones financiadas por impuestos y se otorgan a personas no cubiertas por el sistema.

3) Prestaciones condicionadas al nivel de ingresos: prestaciones para personas que buscan empleo, bonificaciones fiscales a trabajadores y otras ayudas para personas en general que no alcanzan un determinado nivel de ingresos; estas prestaciones también se financian a través de impuestos.

Como regla general, para tener derecho a las prestaciones contributivas es preciso reunir unos requisitos generales comunes a todas las prestaciones, básicamente la exigencia de períodos previos de cotización, aunque existen particularidades en algunos casos. Si se cumplen las condiciones exigidas para cobrar la prestación contributiva correspondiente, el beneficiario genera derecho a cobrar la prestación básica, prestación que, en determinados casos, puede completarse con cantidades adi-

cionales (por ejemplo, nivel de ingresos unido a períodos de cotización, hijos dependientes, etc.) Como diferencia radical con nuestro sistema cabe indicar que las prestaciones contributivas básicas, al igual que las cantidades adicionales por dependiente, son de importe fijo.

Es importante señalar que la asistencia sanitaria, otorgada por el Servicio Nacional de Asistencia Sanitaria (National Health Service) se excluye del ámbito de la Seguridad Social y depende del Departamento de Asistencia Sanitaria.

En la órbita administrativa, procede apuntar que la Administración de la Seguridad Social de Gran Bretaña, que se estructura en agencias, depende del Departamento de Trabajo y Pensiones (DWP).

b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social británico

La prestación económica en caso de enfermedad puede ser de dos tipos:

– o una paga obligatoria de enfermedad a cargo del empresario,
– o un subsidio estatal de incapacidad a corto plazo que forma parte del Régimen contributivo de la Seguridad Social.

Con carácter previo se puede indicar que, además de estas prestaciones que vamos a exponer a continuación, es frecuente que las mismas se completen, tanto desde el punto de vista médico como económico, con seguros privados.

Comenzando con la primera de las prestaciones económicas apuntadas, la prestación económica que está a cargo del empresario cubre a todos los trabajadores por cuenta ajena que estén obligatoriamente asegurados. No lo están los que superen un determinado nivel de ingresos o los que no alcancen un mínimo de ingresos. Por consiguiente, el empresario está obligado a abonar dicha prestación si la remuneración del trabajador alcanza el mínimo a partir del cual deben abonarse cotizaciones a la Seguridad Social. Su duración máxima es de 28 semanas, con tres días de período de espera. Su cuantía media es de 94 euros, teniendo en cuenta que su cuantía es fija, pudiendo aumentarse, no obstante, con determinados complementos. Durante este período existe obligación de cotizar. A partir de las 28 semanas y hasta la semana 52, que es la duración máxima de la prestación garantizada por el Estado, como veremos, se abona la prestación que podemos denominar de Seguridad Social o estatal. Como regla general, en relación con la prestación que abona el empresario, será él mismo el que establezca, en su caso, la documentación que debe presentar el trabajador y el plazo para aportarla. Normalmente se suele requerir una nota o informe médico de la enfermedad. Si los documentos no se presentan en el plazo establecido el trabajador puede perder los días de subsidio por los que se retrase.

Por su parte, la prestación estatal, denominada a corto plazo o provisional, puede ser de dos importes: un importe inferior, durante las primeras veintiocho semanas, que se abona cuando el trabajador no tiene derecho a la prestación empresarial (por ejemplo, porque el trabajador no tuviera un puesto de trabajo estable; prestación que parece que en la práctica tiene una importancia mínima) o un importe superior, a partir de esas 28 semanas y hasta un máximo de 52 que, como hemos señalado, es la duración máxima de esta situación. A partir de las 52 semanas, si la baja continúa, se pasa a la situación de incapacidad permanente.

Los requisitos para tener derecho a la prestación económica estatal se han endurecido en la últimas modificaciones legislativas, consiguiendo con ello reducir tanto el número de prestaciones reconocidas como su duración máxima. En efecto, se han aumentado los períodos de carencia, aseguramiento o trabajos previos exigidos, períodos que van ahora desde los dos a los tres años, dependiendo del tipo de trabajo (cotización) anterior.

Desde otro punto de vista, la valoración para la declaración de la situación de incapacidad "temporal" estatal se efectúa: o bien en relación con su trabajo habitual, en los supuestos en los que el beneficiario prestó servicios, con carácter general, 8 semanas en las últimas 21; o bien, en caso contrario, la situación de incapacidad "temporal" se valora en relación con cualquier otro trabajo para el que eventualmente pudiera estar capacitado. La situación se acredita mediante un certificado médico, documento que ha de presentarse al séptimo día del comienzo de la enfermedad. La cuantía media del subsidio, a partir de las 28 semanas, es la de 79 euros por semana, con la posibilidad de acceder a ciertos complementos por familiares dependientes, sabiendo, como hemos señalado, que las cuantías son fijas, con la posibilidad de completarse en varias situaciones.

A partir de las veintiocho semanas de incapacidad, o desde el comienzo de la misma en los supuestos en que el trabajador no tiene derecho a la prestación empresarial, se realiza la que se denomina "prueba general de trabajo" o "evaluación de capacidad personal" con el fin de determinar el grado de incapacidad del beneficiario. En esta prueba intervienen tanto el beneficiario como su médico personal (que equivale al médico de familia) y un médico oficial. En este momento cabe significar, también, que la legislación inglesa admite la realización de determinados trabajos compatibles con el estado del incapacitado temporal.

Los trabajadores autónomos están protegidos dentro del Régimen General o contributivo. La cuantía de la prestación para ellos es de 83 euros semanales durante las primeras 28 semanas y 74,15 euros en adelante.

E) Italia

a) El Sistema de Seguridad Social italiano: cuestiones generales

En líneas generales, el sistema italiano de Seguridad Social guarda importantes similitudes con el nuestro. Está constituido por un Régimen General, aplicable con carácter general

a los trabajadores por cuenta ajena, y varios regímenes especiales para trabajadores agrarios, autónomos y de otros sectores o empresas específicas. No obstante, para simplificar la exposición, nuestro análisis se centrará en el Régimen General.

Tras la modificación constitucional de 2001, en Italia se ha llevado a cabo un reparto de competencias entre el Estado y las regiones. En el ámbito de la Seguridad Social cabe indicar que, primero, la materia estrictamente de Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado; segundo, que los regímenes profesionales –fondos de pensiones, seguros colectivos, etc.– y la asistencia sanitaria son de competencia concurrente entre el Estado y la Región y, tercero, que la asistencia social es competencia exclusiva de la Región. Esta división de competencias parece, según la doctrina italiana, que también puede ser una fuente de fricciones entre el Estado y las Regiones, sobre todo en el ámbito de las competencias concurrentes, máxime cuando los regímenes profesionales (fondos de pensiones, seguros colectivos de vida, etc.) están cobrando cada vez más importancia en el ámbito de la protección social italiana.

Desde el punto de vista administrativo, el Ministerio de Bienestar Social es el competente, por lo que se refiere al Estado, en materia de Seguridad Social, asistencia social y política social. El Ministro de Sanidad, junto con las autoridades regionales, es responsable de la asistencia sanitaria. Por lo que aquí nos interesa, podemos señalar que el Instituto Nacional de la Previsión Social (Istituto nazionale della previdenza sociale, INPS) es el organismo competente en materia de prestaciones económicas de enfermedad y maternidad y el responsable del seguro que cubre las contingencias de vejez, muerte y supervivencia, invalidez, ayuda familiar y desempleo, encargándose también de la recaudación de las prestaciones. El INPS también alberga en su seno consejos independientes que gobiernan y gestionan los regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia.

b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema italiano

En relación con la protección por enfermedad, los obreros y asimilados están cubiertos por el seguro de enfermedad del Régimen General, siendo su aseguramiento obligatorio. Los empleados o personal estatutario, en nuestra terminología, no tienen derecho a la prestación por enfermedad en cuanto tal, sino que siguen percibiendo el salario abonado por el empresario durante un período mínimo de tres meses.

La situación se inicia mediante un certificado del médico de cabecera que se expide por duplicado. El trabajador, en los dos días siguientes, debe enviar una copia al empresario y otra al INPS para poder cobrar el subsidio. En caso de demora en enviar el certificado se perderán de subsidio los días de demora. En la primera copia del certificado deben constar el pronóstico y el diagnóstico de la enfermedad, en la segunda copia, que es la que se envía al empresario, únicamente consta la previsible duración de la enfermedad.

No se exige ningún período previo de cotización.

La prestación consiste en un subsidio, sustitutivo del salario, que se concede a partir del cuarto día de baja (período de espera de tres días) y que se abona normalmente por el empresario, deduciéndolo de las cotizaciones que debe abonar al INPS. El empresario puede decidir efectuar los controles que estime pertinentes.

El importe del subsidio es del 50% de la retribución del trabajador, durante los 20 primeros días de enfermedad, y del 66,66%, a partir del vigésimo primer día. Si se requiere hospitalización, el subsidio se reduce en 2/5, salvo que el beneficiario tenga familiares a su cargo. Resulta habitual que el empresario complemente los subsidios cumpliendo las obligaciones asumidas contractualmente o en convenios colectivos.

La duración máxima es la de 6 meses al año, pudiendo prolongarse en determinados casos.

No existe la obligación de cotizar durante la percepción de este subsidio.

Desde el punto de vista del control, además de que el empresario puede efectuar los controles que estime pertinentes, como hemos indicado, podemos señalar que, por ejemplo, en caso de ausencia injustificada del beneficiario de su domicilio, durante una visita de control, perderá el subsidio durante 10 días y, si se repite la ausencia durante otra visita de control, podrá extinguirse el subsidio perdiendo el período restante.

Los trabajadores autónomos no cuentan con esta prestación.

LA PRESTACIÓN CONSISTE EN UN SUBSIDIO, SUSTITUTIVO DEL SALARIO, QUE SE CONCEDE A PARTIR DEL CUARTO DÍA DE BAJA Y QUE SE ABONA NORMALMENTE POR EL EMPRESARIO

F) Países Bajos

a) El Sistema de Seguridad Social en los Países Bajos: cuestiones generales

Desde nuestra perspectiva, el Sistema de Seguridad Social de Países Bajos tiene numerosas particularidades destacables. Sin pretender agotar su exposición, haremos referencia a alguna de ellas. En una exposición simplificada, podemos comenzar indicando que, en su sistema de protección, cabe distinguir entre los seguros sociales, financiados básicamente con cotizaciones, y la previsión social, financiada a través de los Presupuestos Generales del Estado. A su vez, dentro de los seguros sociales, tradicionalmente se ha distinguido entre seguros generales y seguros de los trabajadores por cuenta ajena, aunque esta dis-

tinción se ha ido desdibujando y complicando con el paso del tiempo debido, fundamentalmente, a la aparición de nuevas categorías que no encajan en ninguno de estos supuestos, como por ejemplo, el seguro de discapacidad para los trabajadores autónomos.

Los seguros generales cubren a todos los residentes en los Países Bajos; los seguros de los trabajadores por cuenta ajena cubren tanto a los trabajadores del sector privado como a los del sector público. Los seguros generales cubren las contingencias de vejez, muerte y supervivencia y la asistencia médica. Los seguros de trabajadores cubren las contingencias de desempleo e incapacidad laboral transitoria y permanente. No obstante, también existen otros seguros, como por ejemplo, el seguro para autónomos en caso de incapacidad y otros en el campo de la asistencia sanitaria.

El esbozo expuesto se corresponde con el que podríamos denominar su Sistema público de Seguridad Social. No obstante, en los últimos años, como en buena parte de los países europeos, también se ha producido una huida de la Seguridad Social pública hacia una protección profesional privada o cuasi privada, especialmente en los casos de la asistencia sanitaria, la incapacidad laboral y la muerte. Sin embargo, en estos casos, los seguros profesionales deben responder, como mínimo, a determinadas directrices de aplicación o de cobertura fijadas por el Estado.

La estructura administrativa básica del Sistema de Seguridad Social está constituida, en lo que podríamos denominar su cúspide, por el Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo, que supervisa las actividades del Instituto de los Seguros de Trabajadores, de la Organización Central del Trabajo y Renta y del Banco de Seguridad Social, que son, a su vez, los organismos básicos en la estructura administrativa, con un complejo entramado de competencias de gestión y de supervisión.

Por último, no me resisto, a dejar constancia de algunas notas significativamente diferenciales del sistema de Países Bajos en relación con nuestro sistema. La primera, para indicar que, en la actual organización administrativa de los Países Bajos, están ausentes los representantes de los trabajadores y de los empresarios en los Consejos de Dirección o Asesoramiento de las distintas entidades gestoras, únicamente lo están en los órganos de asesoramiento del Ministerio. También es una novedad (2004) la participación en la gestión de la Seguridad Social de los "clientes" o beneficiarios a través de los comités locales, regionales y nacionales, comités que realizan actividades de asesoramiento, especialmente en materia de gestión.

También cabe indicar, como diferencia esencial con nuestro sistema, que, en el ámbito jurisdiccional, los Tribunales administrativos son los competentes para conocer en los conflictos sobre Seguridad Social, mientras que los Tribunales Civiles lo son en materia de conflictos laborales.

Para finalizar, la curiosidad más significativa de todas las que he descubierto al realizar este estudio la he encontrado en el Sistema de Seguridad Social de Países Bajos. Aunque

tiene una vocación de generalidad para todo el sistema, no quiero dejar pasar la ocasión para indicar que Países Bajos es, probablemente, el único país de la Unión Europea cuyas leyes contienen disposiciones sobre los objetores de conciencia en relación con la Seguridad Social, esto es, sobre aquellas personas que están en contra de su afiliación obligatoria a la misma. Este colectivo, que parece que no supera las 5.000 personas, no está obligado a cotizar y, por tanto, con carácter general, no tiene derecho a prestaciones, salvo algunas no contributivas derivadas del pago de sus impuestos.

b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Países Bajos

En Países Bajos la concesión de las prestaciones económicas en caso de enfermedad y la de las prestaciones de asistencia sanitaria se efectúan por entidades diferentes. La concesión de las prestaciones de asistencia sanitaria se encarga a los fondos de asistencia sanitaria, que son fundaciones o mutuas que se rigen por el derecho privado, aunque requieren autorización administrativa para actuar en este campo. Estos fondos suelen formar parte de grupos de empresas que también ofrecen seguros privados, además de otros servicios financieros. Los fondos normalmente firman acuerdos o compromisos con personas o con instituciones para la prestación de los servicios médicos.

Las prestaciones económicas de enfermedad pueden estar cubiertas por un organismo público (Instituto para los Regímenes de Prestaciones de Trabajadores Asalariados/UWV) o, habitualmente, por una entidad privada, entidad con la que el empresario asegura su responsabilidad. La cobertura por la entidad pública o por el empresario viene determinada, como veremos, en función de la situación en la que se encuentre el trabajador, sin que exista posibilidad de elegir.

En efecto, la legislación holandesa establece, como obligación del empresario, el abono de los salarios/prestación en caso de enfermedad del trabajador. El empresario deberá abonar la prestación todo el período durante el que el trabajador esté de baja, con un límite de 104 semanas, período máximo de la duración de esta situación. En todo caso, el período de abono por parte del empresario no sobrepasará de la duración del contrato.

Por su parte, las prestaciones públicas de enfermedad, gestionadas por el organismo público UWV, al que hemos citado más arriba, actúan, si vale el símil, como una "red de seguridad" para los trabajadores asalariados que no tengan un empresario o que hayan dejado de tenerlo en el momento de causar la prestación. Por ejemplo, este organismo abona prestaciones en los siguientes supuestos: en caso de trabajadores por cuenta ajena que hayan visto extinguido su contrato de trabajo durante la situación de enfermedad; en los supuestos de trabajadores temporales, en situación de baja por enfermedad, que no tengan un contrato de trabajo permanente con su agencia de trabajo; en los supuestos admitidos de personas aseguradas con carácter voluntario; en los supuestos de contratos de trabajadores a domicilio, de estudiantes, de aprendices, de desempleados, etc.

Por lo que respecta al régimen jurídico básico de la prestación económica por enfermedad a cargo del empresario, el trabajador, como indicábamos, tiene derecho a ella durante un

máximo de 104 semanas y, aunque la prestación la abona el empresario, sin embargo éste puede asegurar toda su responsabilidad con una compañía privada.

El subsidio consiste en una cantidad equivalente al 70% del salario del trabajador, con un máximo de 167 euros y un mínimo equivalente al salario mínimo, aunque por convenio colectivo pueden mejorarse estos porcentajes y cantidades. Desde el ordenamiento jurídico de Países Bajos, se considera adecuada la importante carga que soporta el empresario al asumir toda la prestación; en efecto, su construcción jurídico-normativa parte de la premisa de que los empresarios tienen la posibilidad de mejorar las condiciones de trabajo de sus trabajadores, con lo que, si efectivamente lo hicieran, tal mejora reduciría las eventuales situaciones de baja por enfermedad, lo que, a la postre, viene a determinar que el abono de la prestación por parte del empresario, además de una consecuencia derivada de su responsabilidad, se convierte en un "incentivo" para que mejore las condiciones de trabajo de sus empleados.

La prestación está sujeta a cotizaciones sociales.

No existe período de espera para iniciar el abono de la prestación. No obstante, los dos primeros días de baja pueden estar a cargo del trabajador siempre que esta medida figure expresamente en su contrato de trabajo o en el convenio colectivo aplicable.

Una vez iniciada la enfermedad, el interesado permanecerá en su casa hasta que reciba la visita del inspector médico y luego comunicará la existencia de la enfermedad a su empresario, indicando la naturaleza de su afección. Asimismo, permanecerá en su domicilio, o en la dirección que señale, con el fin de que el empresario o la compañía con la que éste tenga asegurada su responsabilidad pueda efectuar las inspecciones que considere oportunas.

Como indicamos en párrafos precedentes, en el supuesto de que el beneficiario no esté trabajando en el momento de sobrevenir la enfermedad, o cuando la situación continúe tras la extinción del contrato de trabajo, el interesado tiene derecho al subsidio que otorga el sistema público por un máximo de 104 semanas. En este caso, la prestación equivale al 70% de su salario medio, también con una prestación máxima de 167 euros.

En Países Bajos, en los últimos años, viene siendo objeto de intenso debate la elevada tasa estructural de absentismo por enfermedad. Fruto de este debate han sido medidas como las adoptadas, desde 2002, por la denominada "Ley Gatekeeper". Los objetivos de las nuevas medidas se centran, fundamentalmente, en favorecer y facilitar la reanudación del trabajo del enfermo. Las referidas medidas podrían resumirse señalando que, tras las cinco primeras semanas, el trabajador y el empresario –generalmente a través de sus compañías de seguros– y con la colaboración de los organismos oficiales correspondientes, deben elaborar por escrito un plan de rehabilitación detallado en el que se indiquen las actividades, los objetivos y los plazos que tanto el trabajador como el empresario deben llevar a efecto para que el trabajador recupere su capacidad y se reincorpore al trabajo.

Estas actividades serán controladas y valoradas periódicamente por el organismo público competente. Si al llegar a la duración máxima de la prestación (104 semanas) el organismo público encargado de las prestaciones de incapacidad, el UWV, considera que el empresario no ha cumplido con los compromisos asumidos en el plan de recuperación, podrá prolongar la obligación del empresario respecto del abono de la prestación y si fuera el trabajador el incumplidor, podrá reducir su prestación de incapacidad.

En este nuevo enfoque, cabe indicar, también, que el empresario debe buscar al trabajador enfermo un trabajo adecuado a su situación, aunque sea al servicio de otro empresario. Por su parte, el trabajador está obligado a aceptar el trabajo adecuado que le ofrezcan; si lo rechaza, el empresario no estará obligado a seguir abonando la prestación, o, lo que es lo mismo, el trabajador perderá su derecho al subsidio. Estas medidas son esencialmente coincidentes tanto si es el empresario el obligado a abonar la prestación como si ésta se abona por el organismo público.

Por último, es asimismo una característica destacable del sistema de protección de Países Bajos el que no existan diferencias de protección entre el aseguramiento de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el aseguramiento de los accidentes no laborales y enfermedades comunes. En definitiva, los diferentes riesgos se protegen con los mismos mecanismos y con similares requisitos y prestaciones.

EL EMPRESARIO DEBE BUSCAR AL TRABAJADOR ENFERMO UN TRABAJO ADECUADO A SU SITUACIÓN, AUNQUE SEA AL SERVICIO DE OTRO EMPRESARIO

G) Portugal

a) El Sistema de Seguridad Social portugués: cuestiones generales

Una vez más, simplificadamente expuesto, el Sistema de Seguridad Social portugués se estructura sobre un Régimen General y varios Regímenes especiales, aunque con un ámbito de aplicación distinto al nuestro. En efecto, el Régimen General de la Seguridad Social cubre, de forma obligatoria, a todos los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia del sector privado, en las ramas agrarias, industriales y de servicios. Asimismo, el Régimen General también incluye a los seguros sociales voluntarios para personas que ejercen una actividad que no está cubierta por el régimen obligatorio, ni por ningún otro régimen de protección social. Existen regímenes especiales para los funcionarios públicos y para los militares.

La protección sanitaria en caso de enfermedad se otorga a todo residente en Portugal, y se presta por el Servicio Nacional de Salud.

Como información *ex abundantia*, se puede indicar que los portugueses, desde la reforma llevada a cabo en el año 2000, señalan que su Sistema de Solidaridad y Seguridad Social se divide en 3 subsistemas:

– el subsistema de protección de todos los ciudadanos, no contributivo;
– el subsistema de protección familiar, y
– el subsistema de los seguros sociales, que se corresponde con el que hemos denominado como su Sistema de Seguridad Social, sus anteriores seguros sociales obligatorios y voluntarios.

La estructura administrativa de la Seguridad Social, que, en buena medida, nos recuerda a la nuestra, depende esencialmente del Departamento de Trabajo y Solidaridad a través del Secretario de Estado de Solidaridad y Seguridad Social. Tiene tres niveles de organización: órganos centrales, regionales y locales. La gestión del sistema se lleva a cabo, básicamente, por una administración indirecta similar a nuestras entidades gestoras y servicios comunes, en concreto: por el Departamento de Relaciones Internacionales de la Seguridad Social, por el Instituto de Gestión Financiera de la Seguridad Social y por el Instituto de Solidaridad y Seguridad Social, que es el encargado de la gestión de las prestaciones, del que depende el Centro Nacional de Pensiones, organismo que, a su vez, se estructura en Centros Regionales (Centros Distritais de Solidariedade e Segurança Social, CDSSS). Prácticamente todo el contacto entre la Seguridad Social y los ciudadanos se lleva a cabo a través del CDSSS de la región donde reside el ciudadano.

b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social portugués

Por lo que respecta a la prestación de incapacidad temporal, hemos de comenzar indicando que su aseguramiento es obligatorio para los trabajadores por cuenta ajena y voluntario para los trabajadores por cuenta propia. Está gestionada por el Instituto de Solidaridad y Seguridad Social a través de sus centros regionales CDSSS.

La situación de enfermedad se puede certificar por el médico de cabecera de la Seguridad Social, por los Hospitales –no por los servicios de urgencias– o por los médicos privados autorizados. En todo caso, el certificado de baja debe ser enviado a la institución competente de Seguridad Social dentro de los cinco días siguientes a su expedición.

Para tener derecho al subsidio se requiere acreditar un período de cotización de 6 meses a lo largo de la vida laboral del trabajador y un período de carencia específica de 20 días dentro de los últimos cuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en el que se inicia la incapacidad, período este que se ha ampliado en las últimas reformas en esta materia, siendo el anterior el de 14 días.

El período de espera para cobrar la prestación es de 3 días, salvo casos de hospitalización, tuberculosis o cuando la enfermedad se inicie durante la percepción del subsidio por maternidad, supuestos en los que no existe período de espera.

La duración máxima de la prestación es de 1.095 días, salvo para la tuberculosis que tiene una duración ilimitada. Cuando la situación supere 365 días, puede valorarse si el beneficiario debe pasar a la situación de incapacidad permanente. En todo caso, superados los 1.095 días tiene que valorarse obligatoriamene su posible paso a la situación de incapacidad permanente. En este último supuesto, entre el examen de la incapacidad y su reconocimiento o denegación se abona una prestación provisional.

La cuantía diaria de la prestación se determina aplicando un porcentaje que varía en función de la duración de la misma. Por ejemplo, el 50% cuando la prestación es igual o inferior a 30 días. La base reguladora se calcula con relación a un promedio de los salarios diarios percibidos en los seis meses inmediatamente anteriores a los dos últimos anteriores al comienzo de la enfermedad.

El empresario no está obligado a abonar ninguna cantidad ni tampoco a cotizar durante esta prestación.

Por lo que aquí nos interesa, dentro de cada CDSSS existe un organismo de evaluación de incapacidades (SVI) que valora la incapacidad temporal y la permanente. El organismo de evaluación de la incapacidad temporal está compuesto por una comisión de Verificación y otra de Re-evaluación, que, entre otras funciones, emite informes preceptivos cuando los Servicios de Salud mantienen al trabajador de baja después de que la comisión de evaluación le hubiera dado el alta. Como curiosidad, el sistema de control de la incapacidad laboral permanente está compuesto por un médico encargado de elaborar los informes, una Comisión de verificación de la incapacidad permanente y una Comisión de Apelación y sirve tanto para los sistemas de invalidez contributivos, como para los no contributivos.

Para los trabajadores autónomos que hayan optado por esta cobertura, cobertura que, por tanto, para ellos, es voluntaria, la normativa básica es la que hemos descrito, con algunas especialidades, como por ejemplo, que el período de espera para tener derecho a cobrar la prestación es el de 30 días y su duración máxima es de 365 días.

H) Suecia

a) El Sistema de Seguridad Social sueco: generalidades

Podríamos aventurarnos a señalar que el concepto de Seguridad Social en el derecho sueco es un concepto amplio que abarcaría todas aquellas medidas que regulan el apoyo, tanto económico como en especie, prestado a un individuo por la sociedad.

En líneas generales, su sistema, con numerosas diferencias con el nuestro –a algunas de las cuales haremos referencia– comprende tres tipos de medidas:

1) El seguro social, que protege frente a la pérdida de ingresos en los casos de enfermedad, maternidad y paternidad, vejez, accidente de trabajo y desempleo.

2) Subsidios especiales, que forman parte de la política de familia, por ejemplo, subsidios por hijos a cargo, y

3) La asistencia social, susceptible de comprobación de ingresos.

Desde el ámbito de aplicación personal del sistema, con carácter general, pueden distinguirse: regímenes en los que la vinculación que se tiene en cuenta para la protección es la residencia, estos regímenes están financiados con impuestos, y regímenes en los que la vinculación que pone en juego el mecanismo protector es una vinculación de actividad o laboral, regímenes que están financiados con cotizaciones.

Aunque el Sistema de Seguridad Social sueco –el regulado por ley– tradicionalmente ha sido considerado como uno de los más completos y de los que protegen con una mayor intensidad, en los últimos años han cobrado una importancia creciente los seguros complementarios. Dentro de este concepto amplio de seguros complementarios se incluyen los seguros colectivos, normalmente pactados en la negociación colectiva, y un mercado creciente de seguros privados que complementan las prestaciones, cada vez más bajas, del seguro público.

El sistema tiene una estructura administrativa compleja en la que confluyen organismos estatales, regionales (condados) y municipales, todos ellos con competencias directas y competencias descentralizadas y todos, a su vez, con una difusa dependencia del Consejo Nacional de Seguridad Social, órgano público de supervisión sobre el que recae toda la responsabilidad de la administración del sistema, pero que, únicamente, puede fijar los objetivos a conseguir y las líneas generales de actuación, sin que pueda imponer su interpretación de las normas en un caso concreto.

Para finalizar estos apuntes generales referidos al Sistema de Seguridad Social sueco, y como meras curiosidades, significativas desde nuestro sistema, cabe indicar, por ejemplo, que la recaudación de las cotizaciones la efectúan las autoridades fiscales; o que el aseguramiento del desempleo es voluntario, en efecto, es el trabajador el que decide asegurarse o no en alguna Caja. Si no se asegura, el Estado sólo abona una prestación fija y mínima. En otro orden de cosas, la asistencia sanitaria es competencia de los Ayuntamientos.

b) La prestación de incapacidad temporal en el Sistema sueco

A la prestación de incapacidad temporal por enfermedad, configurada como sustitutiva de los ingresos que se dejan de percibir como consecuencia de la enfermedad, tienen derecho tanto los trabajadores por cuenta ajena como los trabajadores por cuenta propia

en sus respectivos regímenes, aunque sólo se está asegurado cuando se tengan unos ingresos anuales superiores a una determinada cantidad (el 24% del índice de precios básicos en vigor).

El trabajador está obligado, desde el inicio, a comunicar a su empresario que su ausencia al trabajo se debe a una enfermedad, comunicación que efectuará mediante lo que denominan como "declaración de enfermedad". A partir del séptimo día del inicio de la enfermedad, el trabajador deberá presentar al empresario un certificado médico que acredite su situación para poder percibir la prestación económica. No se exige estar por debajo de un determinado nivel de ingresos para tener derecho a la prestación, sin embargo, sí se requiere, para aquellas personas que tengan un contrato de trabajo inferior a un mes, un mínimo de 14 días trabajados.

El plazo de espera para cobrar la prestación es el de un día.

Desde el segundo al decimocuarto día, el empresario es el que abona la prestación en una cuantía equivalente al 80% del salario dejado de percibir. A partir del decimoquinto día de baja será la agencia local del seguro la que abone la prestación, en una cuantía equivalente al 80% de los ingresos, con un límite máximo.

EN SUECIA, DE MODO SIMILAR A LO QUE OCURRE EN NUESTRO ESTADO, SE DISOCIA LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA DE LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

A esta altura de la exposición, podemos indicar que en Suecia, de modo similar a lo que ocurre en nuestro Estado, se disocia la gestión de la prestación de asistencia sanitaria de la gestión de la prestación económica. En efecto, los consejos provinciales o regionales son los que proporcionan la asistencia sanitaria mientras que las prestaciones económicas por enfermedad son competencia del seguro social.

Desde el punto de vista del control de la situación, hay que indicar que el trabajador deberá obtener de su médico y presentar periódicamente, al empresario o a la Caja del seguro, el certificado médico de baja para poder continuar percibiendo la prestación. Asimismo, la agencia local del seguro controla y comprueba con regularidad si el interesado continúa reuniendo los requisitos para tener derecho a la prestación de enfermedad.

Como aspectos especialmente significativos del sistema sueco, podemos indicar que su legislación no prevé un límite máximo de duración de la prestación de enfermedad, lo que supone

que dura todo lo que se prolongue la situación de enfermedad. No obstante, si, de conformidad con el pronóstico inicial de la enfermedad, se considera que el interesado estará de baja menos de un año, se le otorgará una prestación de enfermedad propiamente dicha. Por el contrario, si se prevé que la situación va a durar más de un año, se le otorga una prestación que se denomina algo así como "compensación por pérdida de actividad" o "compensación por enfermedad", prestaciones estas últimas que han sustituido a las pensiones de incapacidad. Lo más significativo de estas "compensaciones" es que no se encuentran integradas en el régimen de pensiones sino en el seguro de enfermedad. Con este cambio, la normativa sueca busca introducir, si se me permite la expresión, un componente psicológico en la consideración de estas prestaciones. En efecto, parte de que las prestaciones de enfermedad son, por su propia naturaleza, de duración indeterminada pero no indefinida, al contrario de lo que ocurre, generalmente, con las prestaciones de incapacidad. Con la modificación introducida se pretende que el interesado, al seguir cobrando prestaciones de enfermedad, asuma que su situación es transitoria y, por tanto, que no se sienta expulsado del mercado de trabajo, como seguramente ocurre en el supuesto de los beneficiarios que perciben prestaciones de incapacidad. En definitiva, se intenta que el asegurado que perciba prestaciones de enfermedad pueda interiorizar que antes o después volverá a reincorporarse al mercado laboral, lo que en buena medida, entiende el legislador sueco, facilitará la rehabilitación profesional de los preceptores de estas prestaciones.

Por lo que respecta al subsidio para los trabajadores autónomos, éste presenta algunas especialidades en relación con el de los trabajadores por cuenta ajena. La más destacada es la relativa al período de espera. En efecto, los trabajadores autónomos pueden optar por dos períodos de espera diferentes que van desde los 3 a los 30 días. Evidentemente, cuanto más largo sea el período de espera por el que opten menor será la cotización que se les exija. Seguramente con ello se pretenda conseguir que los asegurados opten por períodos de espera más largos para ahorrarse cotizaciones elevadas, lo que, por otro lado, seguramente revertirá en un mayor "autocontrol" de los períodos breves de bajas por enfermedad.

III. CONCLUSIONES A MODO DE EPÍLOGO

Ofrecer unas conclusiones o reflexiones finales en un trabajo de estas características es, a mi juicio, una tarea complicada. Complicada, no por difícil sino porque se corre el riesgo de repetir ideas ya expuestas o de dejar fuera aspectos interesantes. No obstante, a pesar del riesgo, quizás sea oportuno efectuar algunas consideraciones finales, consideraciones que básicamente tienden a recordar o a resaltar diversas medidas que se reiteran en varios Estados, con la voluntad de que puedan servir, por un lado, de broche a esta ponencia y, por otro, de punto de partida a un posible intercambio de ideas.

Como primera consideración, no quiero terminar mi exposición sin subrayar suficientemente que la protección de la situación de incapacidad, como consecuencia de una

enfermedad, es una medida común a todos los Estados de nuestro entorno. Tal protección, además, se asume en todos ellos –utilizando un lenguaje no técnico-jurídico– como un derecho fundamental que, en buena parte de los Estados, podría encuadrarse dentro del derecho fundamental a la salud.

Efectuando una segunda consideración, de carácter genérico y meramente reflexiva, quisiera volver a reiterar la dificultad de trasladar conceptos e instituciones de unos Sistemas de Seguridad Social a otros. Su transposición, sin más, como conceptos equivalentes, puede conducir a confusiones de bulto. Sirva como ejemplo el término o concepto "Régimen de Seguridad Social". Este concepto se emplea con una significación y alcance muy diferente en diversas legislaciones. En efecto, puede utilizarse: bien, para referirse al ámbito de encuadramiento y al sistema protector de un determinado grupo de trabajadores que prestan sus servicios en un concreto sector de la actividad productiva (*v. gr.*, España) o, también, con un alcance sustancialmente diferente, puede manejarse para referirse únicamente al mecanismo protector de determinados riesgos o situaciones de necesidad, con independencia –al menos inmediata– del sector de la población protegido (*v. gr.*, Suecia). En definitiva, lo que quiero resaltar es la dificultad de llevar a cabo cualquier comparación, actividad en la que es difícil tener presentes todos los matices propios de cualquier institución de los diferentes Sistemas, razón por la que, considero, la mesura ha de presidir todo análisis tendente a la obtención de unas conclusiones globales en estos ámbitos de derecho comparado.

Tras estas consideraciones de carácter genérico, bajando a aspectos más concretos, con todas las cautelas posibles, podemos comenzar señalando que en la mayoría de los Estados, como hemos visto, la prestación se reconoce y abona por las mismas instituciones que reconocen y sirven las prestaciones sanitarias en especie. Estas instituciones, además, suelen ser las directamente encargadas de su control. Seguramente este extremo podría ser motivo de reflexión desde nuestro Sistema, donde, expresado de manera concentrada, a veces el ejercicio de las diferentes competencias relativas al reconocimiento, control y abono de la prestación tal vez podrían ser objeto de una más eficaz coordinación, e incluso redefinición, en aras a otorgar la prestación con una mayor eficacia.

Por hacer referencia a otros aspectos comunes, como hemos visto, en casi todos los Estados, el empresario tiene la obligación de abonar, al menos, un período de la prestación y/o una parte de la misma, bien por imposición legal o bien por obligación asumida en convenio colectivo (*v. gr.*, Países Bajos –todo el período–, Francia, o el caso extremo del primer período en Gran Bretaña). En relación con este aspecto, en varios de estos Estados (esto es lo que quisiera resaltar como posible punto de reflexión o debate) el empresario tiene, de algún modo, la posibilidad de controlar o participar en el control de la prestación, entendiendo que si se le hace responsable de su abono total o parcial también se le ha de otorgar la facultad de verificar la situación de baja por enfermedad.

Otro aspecto común a varios Estados (*v. gr.*, Francia, Bélgica, Suecia) es la existencia de topes mínimos y máximos que no pueden ser superados por la prestación económica. En algunos casos existen solamente topes máximos, en otros mínimos y máximos, en otros mínimos y máximos individuales y mínimos y máximos absolutos, pero en casi todos, de

un modo u otro, se fijan unas cantidades máximas a percibir. Esta medida, entiendo, es otro aspecto sobre el que cabría abrir algún tipo de reflexión.

Efectuando una breve mención a otras previsiones sobre las que resultaría interesante efectuar alguna deliberación, cabe indicar, por ejemplo, la posibilidad –rupturista en relación con las previsiones de nuestro ordenamiento– que existe en algunos Estados (*v. gr.*, Bélgica, Alemania) de que sean los trabajadores, no los empresarios, los que elijan la entidad con la que desean asegurarse.

Así mismo, otros aspectos que podrían ser objeto de atención son, por ejemplo, la existencia en algún Estado (Bélgica) de porcentajes de subsidio más elevados en los primeros días de la prestación y más reducidos cuando ésta se prolonga; o la exigencia general de carencias específicas para tener derecho a la prestación (*v. gr.*, Portugal). Téngase en cuenta, además, que en la mayoría de los Estados los porcentajes de sustitución de la prestación en relación con el salario son inferiores a los que se contienen en nuestra legislación, recordando, igualmente, que los períodos de referencia para el cálculo de la base reguladora de la prestación son más amplios que los tenidos en cuenta en nuestro ordenamiento (*v. gr.*, en Francia, tres meses).

Desde el punto de vista del control de la prestación, podría ser objeto de comentario la existencia, en varios Estados, de controles de presencia a llevar a cabo en el domicilio del beneficiario, controles que se pueden efectuar tanto por parte de personal médico como por parte de personal funcionario o administrativo (*v. gr.*, Francia). Así mismo, pudieran ser objeto de reflexión las previsiones contenidas en varios países (*v. gr.*, Bélgica, Italia) sobre los efectos que conlleva la demora en remitir la documentación a la entidad aseguradora. En concreto, retrasos que traen de suyo la pérdida correlativa de días de subsidio equivalentes a los días de retraso.

Como hemos visto a lo largo de la exposición, existen otros muchos aspectos o puntos interesantes que también pudieran ser objeto de análisis. Con la única intención de apuntar algunos de los más relevantes, siendo consciente de que cada uno de ellos podría ser objeto de un extenso e interesante debate, podemos apuntar, por ejemplo:

– Las prestaciones por cuidado de hijo menor de 12 años que existen en Alemania, prestaciones que, en realidad, suponen la ampliación del ámbito de cobertura de estas prestaciones. Su introducción, con todas las dificultades que la misma podría entrañar, seguramente traería aparejada, entre otras valoraciones positivas, que aflorasen "legalmente" posibles situaciones irregulares derivadas de la utilización de la prestación de incapacidad temporal para el cuidado de familiares del trabajador o trabajadora.

– La extensión conceptual que ha acogido la legislación sueca, con su sugerente introducción de componentes psicológico-volitivos en la conceptualización de su régimen jurídico, tendentes a que el interesado pueda sentirse predispuesto a su reincorporación al mercado de trabajo.

– El plan de recuperación detallado regulado en la legislación de los Países Bajos, plan que vincula a todos los agentes implicados en cada caso en la búsqueda de la rehabilitación o recolocación del trabajador enfermo.

– El tratamiento común de los riesgos profesionales y los comunes que se regula también en el ordenamiento de Países Bajos.

– La posibilidad de elegir los períodos de espera para tener derecho a la prestación en el caso de los autónomos (Suecia).

– También, los distintos períodos de espera que se establecen para percibir la prestación según se trate de situaciones que requieran o no hospitalización (Francia).

– He dejado para el final la posibilidad, muy interesante –posibilidad que, seguramente por sí misma, exigiría un estudio y debate en profundidad– de realizar trabajos compatibles con la situación del incapacitado temporal (Bélgica, Gran Bretaña), situación de "incapacidad temporal parcial" que puede alcanzarse bien a solicitud del trabajador o bien por iniciativa de la entidad aseguradora.

No quiero excederme más. Sirvan estos puntos no de final de mi exposición sino de inicio de un abierto debate que, a buen seguro, tras un fructífero y sosegado análisis, debería desembocar en interesantes propuestas para la perfección de nuestro sistema protector.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Aplicaciones del principio de jerarquía normativa. A) Sometimiento jerárquico de la ley a la Constitución. B) Convenio colectivo y principio de igualdad y no discriminación. C) El sometimiento jerárquico del Convenio colectivo a la ley. **2. Determinación del Convenio colectivo aplicable.** A) Concurrencia y sucesión de Convenios colectivos. B) Convenio aplicable en sucesiones de empresas. C) Convenio aplicable en empresas con multiactividad. **3. Instrumentos atípicos de regulación colectiva laboral.** A) ¿Están todavía vigentes las Ordenanzas laborales? B) Los Convenios colectivos extraestatutarios. **4. Otros criterios de aplicación de normas laborales.** A) Límites del principio de norma más favorable: prohibición del espigueo. B) La aplicación de las normas sociales en el tiempo. **5. La autonomía de la voluntad en el ámbito laboral.** A) Pactos individuales y normas imperativas o de derecho necesario. B) La condición más beneficiosa. **6. Alcance, efectos y límites de la cosa juzgada.**

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 13 a 16 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1631 a 2273).

1. APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

A) Sometimiento jerárquico de la ley a la Constitución

Resuelve la **STC 296/2006, de 11 de octubre**, I.L. J 1934, que resulta contraria a la Constitución –al derecho de huelga, concretamente– la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Principado de Asturias, al menos en la parte en la que la misma atribuye al Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) la función de fijar los servicios mínimos en caso de huelga. Por dos razones. Primero, porque el Director Gerente del SESPA no

es un sujeto imparcial, situado en una posición *supra partes*, sino un sujeto estrechamente relacionado o próximo a la empresa y a sus intereses. Y, segundo, porque el Director Gerente del SESPA no puede ser considerado tampoco una "autoridad gubernativa". Se trata en efecto más de un órgano administrativo que de un órgano político, como demuestra que él mismo no incurra directamente en responsabilidad ante los votantes como consecuencia del ejercicio de su gestión. Y como la capacidad para la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga ha de corresponder a la autoridad gubernativa, que es quien por su imparcialidad y responsabilidad política se encuentra realmente en posición de definir de modo idóneo o adecuadamente cuáles son los servicios mínimos en caso de huelga, resulta obvio que es contrario al derecho fundamental de huelga atribuir tales funciones al Director Gerente del SESPA.

B) Convenio colectivo y principio de igualdad y no discriminación

La **SAN de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1737, resuelve que no es contrario al principio de igualdad el establecimiento por Convenio colectivo de diferentes complementos por peligrosidad para trabajadores del sector de vigilancia y seguridad que varían en función de la fecha de reconocimiento de la categoría laboral de vigilante jurado o del hecho de que ya hubieran venido percibiendo tal complemento en el pasado por portar armas. Dice la sentencia que estas diferentes percepciones se hallan plenamente justificadas, pues el establecimiento de diferentes cuantías del complemento de peligrosidad en el Convenio colectivo examinado no queda referido exclusivamente a la fecha de adquisición de una categoría profesional, sino que obedece a razones ciertas, determinadas y que deben considerarse objetivamente justificadas, en tanto que los negociadores sociales lo que pretendían con ellas era hacer frente a una nueva situación legal subyacente, cual era la unificación en una de las dos categorías preexistentes, lo que a su vez implicaba dar una respuesta a la situación en la que pasaban a encontrarse aquellos trabajadores cuyo estatus que resultó modificado, afectando y perjudicando su nivel retributivo. La sentencia dice entroncar con la doctrina constitucional contenida en la STC 2/1998, de 12 de enero, según la cual "(...) en el Convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1998, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre o 28/1992, de 9 de marzo, entre otras). No podemos olvidar, por tanto, que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados.

Dice la **STC 280/2006, de 9 de octubre**, I.L. J 1938, que no es contrario al principio de igualdad y no discriminación –concretamente que no constituye discriminación por

razón de edad– el establecimiento por Convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa, al menos siempre que se cumplan dos condiciones (que son precisamente las mismas condiciones que establece la hoy vigente Disposición Adicional Décima ET): (1) que el trabajador cumpla los requisitos para causar pensión de jubilación, de modo que nunca pueda quedar el mismo desprovisto de protección social contributiva como consecuencia de estas medidas; (2) que se aprueben en el Convenio medidas de política de empleo compensatorias que beneficien al resto de la plantilla (transformación de contratos temporales en indefinidos, por ejemplo) o a los trabajadores desempleados en general (contratación de nuevos trabajadores en situación de desempleo, por ejemplo). Concurrentes estas condiciones –aunque ello dependerá del modo en que lo estén, por supuesto– puede decirse que no hay discriminación por razón de edad –ni tampoco se vulnera el derecho al trabajo del artículo 35 CE– al entenderse que precisamente las circunstancias citadas podrían verse como razones justificativas de la diferencia de trato. Se pronuncia en el mismo sentido la **STC 341/2006, de 11 de diciembre**, I.L. J 1974.

Sobre el sometimiento del Convenio colectivo al principio de igualdad y no discriminación la **SAN de 17 de noviembre de 2006**, I.L. J 2074, nos recuerda la doctrina general en la materia. Dice concretamente esta sentencia que la exigencia de igualdad, también en materia retributiva, no es absoluta en nuestro Derecho, de modo que no hay problema en admitir como legítima la diferencia que provenga, por ejemplo, de la distinta categoría profesional, de la presencia de cualquiera de las causas motivadoras de los complementos salariales y de su concreción cuantitativa, o de los extrasalariales. Tales causas se estiman justificadoras de una diversa remuneración convencional para los trabajadores, cuya existencia, por tanto, no constituye una vulneración del derecho a la igualdad. Por otra parte, desde una perspectiva estrictamente constitucional, conviene recordar el menor alcance de la protección del derecho fundamental alegado en casos en los que juegue abiertamente el principio de autonomía de la voluntad, a falta de un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados (STC 34/1984, de 9 de marzo). Es cierto que son fuertes las limitaciones que impone el Derecho del trabajo, por virtud entre otros factores precisamente del principio de igualdad, pero no desaparece, dejando sin margen el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, la libertad de disposición de la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, máxime en un sistema como el español, en el que el mecanismo normal de fijación del salario y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE).

Cabe en definitiva señalar, según la sentencia, que ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en la condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles. Así debe entenderse, según se ha dicho en la STC 177/1988, de 10 de octubre, mucho más cuando en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el Convenio

colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la Ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El Convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del Convenio colectivo sea *per se* contraria al principio de igualdad (SSTC 67/1988, de 18 de abril y 177/1988, de 10 de octubre).

Sobre esta base, la sentencia resuelve que las diferencias de tratamiento retributivo establecidas en el Convenio colectivo (no abono del complemento de antigüedad a los trabajadores ingresados en la empresa con posterioridad a determinada fecha) no suponen vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación. Existen según la misma datos o fundamentos objetivos suficientes para la diferenciación retributiva resultante, como puede ser, por ejemplo, el sometimiento de la empresa a un complejo proceso de fusiones e integración de colectivos, con la superposición de diversos Expedientes de Regulación de Empleo, y procesos de homologación de condiciones que han minorado las desigualdades preexistentes hasta circunscribirlas a concretas particularidades respecto de un personal o colectivo determinados que precisamente han sido objeto (ha sufrido) de todo este largo proceso de subrogaciones, transformación, reordenación y de la ruptura de la posición monopolista de la empresa. No cabe aceptar, por tanto, que la remisión a la fecha de ingreso que opera el combatido artículo 42 del texto convencional tenga una finalidad selectiva o de discriminación de los trabajadores sobre los que incide, ni cabe confundirlo con supuestos de exclusión de trabajadores temporales por el mero hecho de la temporalidad. Antes al contrario, ello obedece al mantenimiento de las condiciones más beneficiosas a título personal originadas en el *iter* reseñado al que ha quedado sometida la empresa. No estamos –añade la sentencia– anta la introducción por Convenio de una "doble escala" salarial fijada en función de criterios más o menos caprichosos, sino del establecimiento de diferencias retributivas para categorías diversas, cuyo contenido funcional y de prestación no puede considerarse equivalente, teniendo a la vez en cuenta que el Convenio constituye un instrumento cuasi público de regulación, y que los representantes de los trabajadores, en el curso de las negociaciones, defienden sus intereses globales, atendiendo a todo el cúmulo de implicaciones, presentes y futuras, de los pactos suscritos y las consecuencias de sus estrategias reguladoras, lo que parece presuponer una cierta racionalidad de las diferencias estipuladas en dicha negociación.

Según la **SAN de 29 de diciembre de 2006**, I.L. J 2242, un Convenio colectivo que no reconoce determinadas pagas especiales a los trabajadores ingresados en la empresa después de determinada fecha no es contrario al principio de igualdad y no discriminación cuan-

do la razón a la que realmente obedece el derecho al disfrute de las pagas de referencia es a una condición más beneficiosa que la empresa deja de reconocer a los trabajadores ingresados en la empresa a partir de una fecha determinada. Partiendo efectivamente de la base de que las pagas especiales de referencia constituyen una verdadera condición más beneficiosa, por entenderse cumplidos los requisitos que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto, aun cuando se admita que el beneficio ha sido reconocido a muchos trabajadores, y de que, consecuentemente, la operación que hace el Convenio es puramente material, es decir, de recepción, formalización, plasmación o consolidación de las referidas ventajas sólo para quienes ya las tienen atribuidas en virtud de condición más beneficiosa, la sentencia considera que no cabe entender que el Convenio colectivo incurra en vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Si la fuente verdadera de los derechos en cuestión es la condición más beneficiosa, de modo que el Convenio sólo cumple una función meramente declarativa de dibujar o representar el alcance de los derechos de referencia, diciendo que los trabajadores ingresados a partir de determinada fecha no disfrutan de los mismos porque sobre ellos no se proyecta la voluntad empresarial de conceder un beneficio reconocido a título de condición más beneficiosa, es obvio que el Convenio en modo alguno puede entenderse que sea contrario a la regla constitucional de igualdad y no discriminación.

C) El sometimiento jerárquico del Convenio colectivo a la ley

Trata la **SAN de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1740, de las repercusiones que la entrada en vigor de una ley produce sobre un Convenio colectivo previamente vigente cuyas cláusulas pasan a entrar en contradicción con las previsiones de la norma legal. Aborda más concretamente la citada sentencia qué influencia puede tener la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, que como es sabido prohíbe entre otras cosas la distribución gratuita o promocional de productos, bienes o servicios o cualquier otra actuación cuyo objetivo o efecto directo o indirecto, principal o secundario, sea la promoción de un producto del tabaco, así como toda clase de publicidad, promoción o patrocinio de los productos del tabaco en todos los medios, qué influencia pueden tener –decíamos– las citadas prohibiciones sobre los compromisos que la empresa Logista, SA (antes Tabacalera, SA) tiene asumidos por Convenio colectivo de entregar a sus trabajadores determinadas cantidades de "tabaco promocional o de regalía" y "tabaco de fuma". Sucede, concretamente, que tras la entrada en vigor de la Ley antitabaco la empresa ha dejado de hacer entrega a los trabajadores del tabaco al que venía antes obligada por Convenio colectivo, entendiendo que la ley –norma superior– ha derogado sobrevenidamente las previsiones del Convenio. Los trabajadores sostienen que el efecto derogatorio de la ley sobre el Convenio no puede producirse como pretende la empresa y en todo caso dicen que, en caso de ser así, la empresa debería ofrecer una compensación adecuada, puesto que en otro caso se habría producido un quebrantamiento del equilibrio interno del Convenio.

La sentencia –y las mismas consideraciones hace por cierto la **SAN de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1740, ahora para el caso de la empresa Altadis, SA– dice que el compromiso convencional de entrega gratuita a los trabajadores de "tabaco promocional o de regalía"

y "tabaco de fuma" entra claramente en contradicción con la Ley 28/2005, que en general prohíbe cualquier tipo de suministro de tabaco fuera de los casos en que se lleve a cabo en las expendedurías de tabaco y timbre (es decir, los estancos), calidad de la que carecen por completo tanto Logista como Altadis, SA, y dice también que ello determina la inmediata derogación de las cláusulas convencionales de referencia, que dejan de estar operativas en el mismo instante de la entrada en vigor de la Ley antitabaco, sin necesidad de que, por una pretendida exigencia de respetar la autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los Convenios colectivos reconocida en el artículo 37.1 de la CE, haya que esperar a que termine el período de vigencia natural del Convenio colectivo. La sentencia dice con toda claridad que el Convenio colectivo está sometido jerárquicamente a la ley de modo que cuando la prohibición que ésta establece es clara, y evidente también en consecuencia la contradicción del Convenio con ella, el efecto derogatorio debe entenderse producido en el mismo momento de la entrada en vigor de la ley, sin aplazamiento ninguno hasta el término de la vigencia del Convenio. La sentencia cita varios antecedentes jurisprudenciales, tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo, entre los que destaca la STC 210/1990, de 20 de diciembre, en la que se afirmó el efecto derogatorio inmediato de la Ley 4/1983, de 26 de junio, de reforma del ET en materia de jornada máxima, sobre los Convenios vigentes que venían estableciendo jornadas superiores afirmando que "la potestad legislativa no puede permanecer inerme ante la realidad social, de manera tal que las modificaciones legales han de incidir necesariamente en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes, sin que pueda obligarse al legislador a posponer la entrada en vigor de sus normas al momento de terminación de la vigencia de los Convenios colectivos, ya que no cabe impedir la entrada en vigor de una Ley en la fecha dispuesta por ella misma".

Las citadas SSAN de 12 de julio de 2006 –la de Logista y la de Altadis– reconocen en todo caso que la derogación de las cláusulas convencionales de entrega gratuita de determinadas cantidades de tabaco a los trabajadores, por su gran trascendencia económica –si no tanto para los trabajadores, sí para las empresas, para las que supone un desembolso económico que se mide en millones de euros– provocan una alteración sustancial del equilibrio interno del Convenio colectivo, por lo que es preciso arbitrar algún mecanismo que permita reequilibrarlo. Dicen concretamente las sentencias que en el presente caso la ruptura de la base negocial convencional es evidente y de proporciones bastantes como para calificarla de grave, permitiendo ello, en virtud del respeto a la cláusula *rebus sic stantibus*, reequilibrarlo mediante el sistema propuesto en las demandas acumuladas, que es viable y sensato, consistente en el valor equivalente en metálico que en cada momento tenga el tabaco de ambos tipos en el mercado, sin que sea procedente, como arguyeron las empresas, minorar tal valor al del coste de fabricación por cuanto, al fin y al cabo, lo importante era el valor realmente percibido por cada trabajador, que es precisamente el valor de mercado. Se precisa que tal reequilibrio realizado a través de una sentencia no vulnera, como se ha visto que así lo admite y señala el propio Tribunal Constitucional, ni el artículo 37 CE ni los preceptos de legalidad ordinaria que regulan la negociación colectiva, a la que esta sentencia no suple, sino que meramente integra en lo que se rompe por exigencia legal.

La **STSJ de Aragón de 27 de junio de 2006**, I.L. J 2043, se refiere, por su parte, a la limitación legal de las posibilidades de aprobación de mejoras retributivas vía Convenio colectivo cuando se trate de trabajadores al servicio del sector público. En rigor, la sentencia no se ocupa propiamente de esta cuestión, pero sí de la muy próxima relacionada con el establecimiento de mejoras retributivas por Convenio colectivo en relación a los trabajadores que prestan servicios como profesores en centros privados de enseñanza en régimen concertado, es decir, cofinanciados por las Administraciones educativas. Y señala al respecto que la negociación colectiva no puede gravar a las Administraciones públicas con mejoras retributivas que rebasen los límites económicos de financiación pública establecidos en las leyes de aplicación. Tales limitaciones legales, que aparecen en las leyes básicas reguladoras del sistema educativo español –LODE (artículo 49.6) y LOCE (artículo 76) (y ahora LOE)– entran –dice la sentencia– en la lógica presupuestaria pública y derivan de la política de rentas que se refleja en cada Ley de Presupuestos, las cuales, como se dice en la STS, Sala Tercera, de 21 de marzo de 2002, gozan de "prevalencia, impidiendo la aplicación de disposiciones o cláusulas opuestas al límite máximo fijado por dichas Leyes (…). La fijación de tales límites constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión del gasto público (...) lo que conlleva la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público". Cuestión distinta es que, por las circunstancias concurrentes en el caso, la sentencia termine imputando a la Administración la responsabilidad de abonar a los trabajadores la partida retributiva en controversia.

2. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

A) Concurrencia y sucesión de Convenios colectivos

Trata la **STS de 7 de diciembre de 2006**, I.L. J 1995, de unos trabajadores que reclaman un complemento salarial reconocido en el Convenio de empresa que les resulta aplicable, pero dándose la particularidad de que los trabajadores habían aceptado la aplicación de un Convenio colectivo aprobado posteriormente y que había establecido en sus cláusulas la aplicación retroactiva sobre el último período de vigencia del Convenio anterior. Claro está, los trabajadores habían aceptado la aplicación de este segundo Convenio –aprobado conjuntamente para su empresa y otra del mismo sector– porque las retribuciones que el mismo establecía eran notoriamente mejores en cómputo global. Ante tan particular situación, de afectación de un Convenio vigente por otro posterior del mismo ámbito, que podría quizá considerarse como una especie de concurrencia, el Tribunal Supremo entiende que no procede el abono del complemento salarial que establece el primero de los Convenios, sino que procede aplicar en su integridad las reglas retributivas que establece el segundo Convenio, y ello por las siguientes razones.

Partiendo, por un lado, de la situación de que estamos ante un caso de concurrencia permitida, la sentencia dice que habrían podido producirse dos situaciones: una, que los trabajadores hubieran pedido la aplicación del Convenio anterior y, otra, que hubieran aceptado el "anticipo" de vigencia del Convenio posterior, en cuanto que suponía unas mejores condiciones salariales. Esto último es lo que parece que ha sucedido. De modo

que si ha sucedido realmente así, parece que en ningún caso cabe acudir a la llamada doctrina del "espigueo" en un intento de que se apliquen las mejores condiciones del Convenio ya abandonado y del nuevo Convenio que resulta más favorable. La sentencia dice además que no cabe entender que el complemento salarial que deriva del primer Convenio tenga la consideración de plus salarial de carácter inabsorbible, de modo que no procedería su compensación o absorción por la aplicación anticipada de un Convenio Colectivo posterior, puesto que tal carácter no cabe derivarlo de lo que dice el Convenio.

Por otro lado, situándose en una perspectiva distinta, es decir, entendiendo que no estamos ante un supuesto de concurrencia permitida de Convenios, sino ante un caso de sucesión, y por tanto de derogación del Convenio anterior por el posterior, el Tribunal Supremo llega igualmente a la conclusión de que no procede reconocer el complemento que reclaman los trabajadores con amparo en las previsiones del primer Convenio. Dice la sentencia que si estamos ante una sucesión de Convenios colectivos ha quedado claro tras la reforma de 1994 que el efecto derogatorio del Convenio posterior sobre el anterior es completo, gozando los nuevos negociadores de completa libertad frente a las regulaciones convencionales precedentes a la hora de aprobar la nueva regulación (artículos 83.4 y 86.4 ET). La sucesión de Convenios ya no está limitada por condicionamientos de irregresividad sino que rige el principio de modernidad en todas sus dimensiones, de modo que cabe la posibilidad de que la nueva regulación sea más restrictiva en el reconocimiento de derechos a los trabajadores de lo que lo era la anterior. La sentencia manifiesta incluso que la regresividad –la aplicación de un Convenio posterior que restringe los derechos de los trabajadores– puede operar incluso mediante la aplicación retroactiva del Convenio posterior, es decir, cuando todavía está en vigor el Convenio colectivo anteriormente vigente. Cita concretamente el antecedente de la STS de 2 de abril de 1998, que trata de la modificación de un Convenio colectivo durante su vigencia por un acuerdo posterior regresivo adoptado por los negociadores del primer Convenio.

Resuelve la **STS de 16 de noviembre de 2006**, I.L. J 2061, que el Convenio colectivo posterior puede suprimir las mejoras voluntarias de Seguridad Social reconocidas en un Convenio colectivo anterior, de modo que quienes estuvieran beneficiándose de tales mejoras y cobrando efectivamente las prestaciones no pueden oponerse a la supresión de las mismas por el nuevo Convenio alegando que se trata de derechos adquiridos, máxime cuando, como sucede en el caso, la pérdida de derechos que supone la supresión de las referidas mejoras ha venido determinada por exigencias sobrevenidas de carácter legal y ha obtenido algún tipo de compensación a cargo de la empresa. Es fundamental a tal efecto el artículo 192 LGSS (RCL 1994, 1825), interpretado por las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en Sala General en fechas 16 y 18 de julio de 2003 (recursos 862/2002 y 3064/2003) en el sentido de que "no obstante el carácter voluntario para las empresas de la implantación de las mejoras, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento". En el caso concreto, dice la sentencia que la norma que reconoce y regula las mejoras cuestionadas es un Convenio colectivo que no contiene previsiones respecto de su permanencia

en el tiempo o de su blindaje frente a pactos colectivos posteriores, resultando que el Convenio colectivo último, es decir, una norma de idéntico rango a la que tenía reconocido el beneficio, no es que eliminara por completo el derecho anteriormente reconocido, sino que lo sustituyó por otro de similar naturaleza, aunque de distinto alcance. De todo ello resulta, según la sentencia, que se trata de una mejora reconocida en Convenio colectivo y que otro Convenio colectivo posterior, es decir, una norma de igual rango y ámbito que la propia de su reconocimiento, ha disminuido el beneficio, lo que es posible a tenor de las normas que regulan la negociación colectiva y, en concreto, el artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores, tal como ha sido interpretado por esta Sala en las sentencias citadas.

Por supuesto, es posible que mediante acuerdos de empresa puedan modificarse algunas de las condiciones establecidas en Convenios colectivos anteriormente vigentes, siempre que concurran los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido la **STS de 21 de noviembre de 2006**, I.L. J 2023, resuelve que es perfectamente posible que, en el ámbito del procedimiento de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 del ET, es decir, siempre que concurran causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores pacten la modificación del horario tal y como el mismo viene regulado en el Convenio colectivo de aplicación. El acuerdo de empresa resultante no constituye, por supuesto, vulneración del Convenio previamente vigente, al menos cuando el mismo se apruebe dentro de lo que dispone el artículo 41 del ET, considerado "una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas que al permitir la modificación de las disposiciones de los Convenios colectivos del Título III ET por acuerdos de empresa otorga a éstos preferencia aplicativa sobre aquéllos".

B) Convenio aplicable en sucesiones de empresas

En relación a la cuestión del Convenio aplicable a los trabajadores cedidos en casos de transmisiones de empresas en que se aplica el efecto subrogatorio que regula el artículo 44 del ET, nos recuerda la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2006,** I.L. J 1657, que conforme a la regulación actual –el artículo 44.4 ET–, salvo pacto en contrario, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el Convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Ello significa que, inmediatamente después de efectuarse la transmisión, los trabajadores de la empresa transmitida continúan rigiéndose por el Convenio colectivo que les venía siendo de aplicación, es decir, mantienen todas sus condiciones laborales, como si no se hubiera producido la transmisión, con independencia de que la empresa cesionaria tenga o no Convenio colectivo. El Convenio se aplica con el contenido que tenía en el momento de la transmisión, lo que significa que si ha sufrido modificación en su texto original, con anterioridad a efectuarse la transmisión, será dicho texto modificado el que haya de aplicarse, conforme ha dispuesto ya la STS de 12 de abril de 2000: por Convenio colectivo vigente "ha de entenderse no sólo su texto original, sino también las modificaciones introducidas en el mismo en febrero de 1995, que redujeron los salarios de los trabajadores, ya que la subrogación se había producido en mayo de 1997".

La STSJ de Castilla y León que comentamos especifica que la aplicabilidad del Convenio vigente en el momento de la transmisión supone que: (1) se aplica el Convenio Colectivo de la cedente, vigente en la fecha de la transmisión sea o no más favorable que el de la cesionaria; (2) se aplica el citado Convenio en su totalidad, sin que sea admisible la denominada técnica del "espigueo"; (3) se aplica dicho Convenio aún en el supuesto de que la empresa transmitida quede incorporada físicamente a la empresa cesionaria pasando los trabajadores a prestar servicios en las instalaciones de ésta; (4) se aplica el mencionado Convenio con independencia de que los dos Convenios colectivos sean de distinto ámbito, bien se trate de Convenios de empresa o de Convenios de sector de distinto ámbito territorial. En el supuesto debatido –dice la sentencia– "existiendo sucesión de empresa, tal como quedó razonado en el fundamento de derecho anterior, y viniendo rigiéndose los trabajadores por el Convenio Colectivo Provincial para el Sector de Industria Siderometalúrgica, éste ha de ser el aplicable y, al haberlo entendido así el juzgador de instancia, procede la desestimación del recurso".

La **STS de 18 de septiembre de 2006**, I.L. J 1721, aclara que la aplicación del Convenio colectivo de la empresa cedente debe operar aunque el Convenio se encuentre en situación de ultraactividad. No procede admitir como pretende la empresa que en defecto de Convenio en la empresa cesionaria procede aplicar el Convenio de sector y no el de la empresa cedente en el momento en que éste es denunciado y entra en ultraactividad. Dice en efecto la sentencia que no es ésta la conclusión que cabe deducir del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con la doctrina establecida por esta Sala en sus Sentencias de 22 de marzo de 2002 (recurso 1170/2001), reiterada en las de 11 de octubre de 2002 (recurso 920/2002) y 30 de septiembre de 2003 (recurso 88/2002). Precisamente en la primera de las citadas se planteó este mismo problema respecto a la misma empresa, si bien los centros de trabajo afectados eran otros, y, tras extenso razonamiento finalizaba concluyendo que "el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de 'aplicación de otro Convenio colectivo' –dice la sentencia– no se refiere al que ya estaba vigente *ex ante* la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquélla y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza si cabe, a la vista del contenido del antes citado número 4 del artículo 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001 de 9 de julio (...), que recoge la doctrina jurisprudencial mencionada y armoniza nuestra legislación a la Directiva 98/50 CE, que en este punto no modifica la anterior Directiva 77/187, a la que ya se ordenó la jurisprudencia durante la vigencia de la normativa que el recurso considera infringida. Y en el nuevo precepto se alude ya expresamente al 'nuevo' Convenio colectivo que resulte aplicable tras la transmisión".

C) Convenio aplicable en empresas con multiactividad

Se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2006**, I.L. J 2256, sobre la cuestión del Convenio aplicable en empresas de servicios, en las que se desempeñan,

como es sabido, tareas o actividades a veces bastante heterogéneas, ubicables por ello con toda claridad en espacios sectoriales claramente distintos (limpieza, vigilancia y seguridad, mantenimiento de instalaciones, etc.) Trata concretamente la sentencia de una trabajadora contratada por una empresa de servicios que en virtud de una subcontratación se encuentra prestando trabajos de limpieza en las dependencias de la empresa comitente y a la que su empresa pretende aplicar su propio Convenio, oponiéndose a ello la trabajadora por entender aplicable el Convenio colectivo sectorial correspondiente a su actividad, el Convenio de limpieza de edificios y locales.

La sentencia resuelve que el Convenio aplicable es el correspondiente al sector con el que se corresponden las actividades efectivamente desempeñadas por la trabajadora, es decir, el Convenio de limpieza de edificios y locales, y no el de la empresa de servicios. Dice la misma que no se ha acreditado que la actividad real sea la de servicios generales y no la de limpieza, lo que no puede desprenderse tan sólo del objeto social de la empresa sino que ha de derivar de una acreditación de que la actividad efectivamente realizada abarca todas las actividades descritas en dicho objeto social, pues es habitual que los objetos sociales sean mucho más amplios que la efectiva y real actividad empresarial desarrollada por la empresa. En el presente caso lo único que consta probado es que la actividad consiste en la limpieza de las oficinas de una empresa, lo que determina la aplicación del Convenio Provincial de Limpieza de Edificios y Locales. La multiactividad de la empresa de servicios no excluye sin más la aplicación de los Convenios de sector correspondientes a las actividades efectivamente desempeñadas por los trabajadores, pues el principio de unidad de empresa no garantiza en todo caso la posibilidad de mantenerse al margen de la aplicación de los Convenios sectoriales de eficacia general que con distintos ámbitos territoriales reglamentan respectivamente las varias o múltiples actividades de la empresa. En definitiva, el principio de unidad de empresa no impide en todo caso que puedan aplicarse en una misma empresa distintos Convenios sectoriales de eficacia general. La operatividad de este principio únicamente impide que la diversidad de actividades profesionales desarrolladas en el seno de una misma empresa pueda determinar una multiplicidad de ordenamientos concurrentes cuando haya homogeneidad productiva y exista actividad preponderante, es decir, cuando pueda definirse un área común de actividad principal.

Sin embargo –continúa la sentencia–, aunque sea excepcionalmente, cabe la "posibilidad de la aplicación de más de un Convenio colectivo en la misma empresa, cuando falta una organización productiva preponderante, desarrollándose la actividad con organización distinta en diferentes centros de trabajo". La STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2000 se ha expresado al respecto en los siguientes términos: "que está reconocido en el mundo jurídico laboral la posibilidad de que la diversidad de actividades profesionales desarrolladas en una empresa y en el curso de un ciclo productivo puedan determinar la existencia de una multiplicidad de ordenamientos concurrentes, si bien tan sólo cuando falta homogeneidad productiva y no exista actividad preponderante, desarrollándose con organización distinta y en diferente centro de trabajo. Dar al principio de unidad de empresa una eficacia mayor sería tanto como permitir que el desarrollo de distintas actividades sectoriales habilitara a una empresa para sustraerse a la aplicación de los Convenios de eficacia general de cada sector de producción, y pactar condiciones laborales para sus empleados inferiores a las que aquéllos garantizan. Negar por tanto la aplicabilidad de

los Convenios sectoriales en pos del principio de unidad de empresa podría implicar el establecimiento de condiciones laborales por debajo de las propias de la actividad a desarrollar, lo que podía llegar a ser un arma peligrosa de fraude generalizado para los trabajadores y de competencia desleal para las empresas.

3. INSTRUMENTOS ATÍPICOS DE REGULACIÓN COLECTIVA LABORAL

A) ¿Están todavía vigentes las Ordenanzas laborales?

Trata la **STSJ de La Rioja de 18 de mayo de 2006**, I.L. J 1751, de la virtualidad actual de las Ordenanzas laborales. En un caso concretamente en el que los trabajadores reclamaban el abono de un plus de penosidad en los términos establecidos en la Ordenanza laboral, resuelve la sentencia que no ha lugar a tal derecho, mas no porque no quepa invocar la ordenanza laboral sino por el modo en el que la misma se encuentra operativa actualmente. Nos recuerda la sentencia que las ordenanzas laborales están plenamente derogadas en todos los sectores en la actualidad, es decir, que no constituyen una forma jurídica autónoma o una fuente del derecho por sí mismas. Si algún valor de regulación cabe otorgar actualmente a las ordenanzas será porque los Convenios –u otras fuentes del derecho o de las obligaciones– remiten a ellas, pero de modo que entonces las ordenanzas sólo valdrán en función de la potencia normativa de la fuente remitente así como de las condiciones en las que se haya dado la remisión.

El Convenio colectivo aplicable se refería, como tantos otros Convenios, a la posibilidad de aplicar la ordenanza –concretamente la Ordenanza Laboral de Trabajo para la Industria Siderometalúrgica aprobada por OM de 29 de julio de 1970– supletoriamente, es decir, "para las materias no previstas o contempladas en el presente Convenio". Los demandantes pretenden que ello determina que tienen derecho al plus de penosidad que reclaman, al aparecer reconocido en la Ordenanza pero no en el sistema retributivo del Convenio. Sin embargo, la sentencia resuelve que la no referencia del Convenio a semejante plus no debe interpretarse como una laguna, como una falta de regulación al respecto, sino como una voluntad implícita de no reconocer el referido complemento. No procede en consecuencia aplicar la ordenanza, pues no hay razón para la supletoriedad, en la medida en la que el sentido de la regulación es claro en el Convenio.

Como dice la sentencia, en el caso estudiado el Convenio colectivo ha regulado de forma cerrada la estructura del salario, adaptando la misma conforme a la voluntad de sus negociadores sin incluir remuneración alguna en concepto de plus de penosidad derivado de la exposición al ruido, no pudiendo sustituirse esta actividad negocial sobre la base de una remisión genérica a otra norma, remisión que debe ser entendida como hecha respecto de conceptos no regulados en el Convenio, algo que en el caso debatido no concurre. Si el Convenio contiene una regulación referida a la estructura salarial, y esta regulación es completa y exhaustiva, no es posible acudir a normas distintas a las contenidas en aquél con el objeto de posibilitar el percibo de complementos retributivos respecto de los

cuales las partes negociadoras del Convenio han decidido su no inclusión en la estructura del salario. No se olvide además que el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, que podría imponer en estos casos aplicar la norma más favorable para el trabajador, haciendo la apreciación en conjunto y en cómputo anual con respecto de los conceptos cuantificables, no autoriza la fórmula del "espigueo" de uno y otro pacto, entresacando de cada uno de ellos lo más favorable para los intereses de una parte, sino que se ha de aplicar el más favorable para el trabajador en su conjunto, manifestación del llamado principio de indivisibilidad del Convenio, basado en el equilibrio interno del mismo, y en el supuesto debatido la norma contenida en el Convenio de aplicación resulta mucho más ventajosa a la parte demandante que el contenido establecido en la Ordenanza laboral, norma esta mucho más parca y limitada en el establecimiento de derechos retributivos que lo establecido en el Convenio. Se pronuncia igualmente la **STJ de La Rioja de 12 de septiembre de 2006**, I.L. J 1831.

B) Los Convenios colectivos extraestatutarios

En relación a los Convenios colectivos extraestatutarios, señala la **STS de 28 de noviembre de 2006**, I.L. J 2036, que los mismos son lícitos siempre que cumplan dos condiciones básicas: (1) no lesionar o entrar en contradicción con lo establecido en los Convenios estatutarios previamente vigentes, debido al carácter meramente contractual de aquéllos y su consiguiente subordinación jerárquica a lo en éstos dispuesto; la sentencia, por cierto, precisa que la necesidad de respeto a lo anteriormente dispuesto en los Convenios estatutarios opera incluso cuando estos últimos hayan sido denunciados y se encuentren en situación de ultraactividad; (2) no perjudicar las facultades y posibilidades legales de negociar futuros Convenios colectivos estatutarios. No cabría en este sentido la aprobación de un Convenio extraestatutario con vocación de ofrecer una regulación de las condiciones de trabajo con proyección de generalidad, puesto que si así fuera estaría invadiéndose el campo reservado a la negociación por vía estatutaria. La sentencia precisa que la proyección de generalidad del Convenio extraestatutario no debe confundirse con su extensión material. Dice, literalmente que "el que el contenido del pacto sea más o menos extenso no le confiere al mismo proyección de generalidad".

La **STS de 12 de diciembre de 2006**, I.L. J 2177, se pronuncia igualmente a propósito de los Convenios colectivos extraestatutarios, su naturaleza, posición y, sobre todo, sus límites, en particular el límite consistente en la no vulneración del deber de negociar de buena fe Convenios estatutarios y la no suplantación de los cauces de la negociación colectiva estatutaria y respeto, en su caso, de la libertad sindical (en la medida en la que el derecho a la negociación colectiva estatutaria de los sindicatos pueda verse, como así debe suceder, como una de las manifestaciones del referido derecho fundamental). Después de ofrecernos una interesante síntesis de la doctrina vigente en la materia –fundamento constitucional de la negociación colectiva extraestatutaria, inexistencia de regulación legal, naturaleza contractual y alcance o eficacia limitada de los Convenios, con la consiguiente imposibilidad de que puedan aprobar regulaciones con proyección de generalidad para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, etc.– la sentencia se centra en un límite o condición particular de la negociación colectiva extraestatutaria: la necesidad de que la misma no suplante los procesos de negociación colectiva ordinaria. Dice la

sentencia que la negociación colectiva extraestatutaria no rebasa este límite, ni supone por tanto en su caso conculcación de la libertad sindical, siempre que no se perjudiquen las posibilidades de negociación colectiva por las vías ordinarias, y que esto último se produciría bien cuando la negociación extraestatutaria se hubiera puesto en marcha con intención antisindical, o incluso cuando –inexistente tal intencionalidad dañosa– cupiera objetivamente apreciar que se produce tal daño.

En relación al caso concreto planteado, la sentencia resuelve que los acuerdos extraestatutarios suscritos son lícitos. "Muy primordialmente –dice la sentencia– porque aquí no se trata de una iniciativa empresarial dirigida a los trabajadores individualmente considerados, sino de la actuación sincrónica de la empresa y parte de su Comité en orden a pactar colectivamente sin conseguirlo en los términos pretendidos las condiciones de trabajo. En segundo término, porque son las circunstancias concretas las que excluyen toda intencionalidad o resultado lesivo para la ordinaria negociación colectiva, puesto que el acuerdo entre la minoría del Comité de Empresa y ésta se produce tras varios meses de infructuosas negociaciones con la totalidad de los representantes unitarios, llegándose a la solución pactada precisamente como salida del todo razonable a un proceso de estéril resultado. Y en último lugar, porque esta solución ni siquiera excluye conforme a lo ya señalado un ulterior Convenio colectivo de eficacia *erga omnes* [negociado y obtenido por quien sí tenga la exigible representatividad], ni obstaculiza la existencia de posterior pacto colectivo con fuerza extraestatutaria".

En relación a lo que corresponde a la obligación de negociar cuya tutela también se demanda, la Sala considera suficiente recordar su doctrina relativa a que "después de intentada y fracasada la negociación de un Convenio colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha negociación [éste es el supuesto examinado], la obligación de negociar de buena fe establecida en el artículo 89 ET no implica el deber de reanudar las negociaciones del Convenio fallido, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo (SSTS de 17 de noviembre de 1998, cas. 1760/1998; 30 de septiembre de 1999, recurso 3652/1998, y 1 de marzo de 2001, cas. 2019/2000); y que el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos [SSTS de 3 de febrero de 1998. cas. 121/1997; 1 de marzo de 2001, cas. 2019/2000; 7 de octubre de 2004, cas. 189/2003]".

4. OTROS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE NORMAS LABORALES

A) Límites del principio de norma más favorable: prohibición del espigueo

Como es de sobra conocido, el principio de norma más favorable permite seleccionar, entre dos regulaciones concurrentes, aquella que sea más favorable al trabajador. Así lo establece el artículo 3.3 del ET, cuando dice que "los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar

en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto". Entre las condiciones que deben darse para que opere el principio de norma más favorable –que la concurrencia se produzca entre normas estatales o convencionales, no de otro tipo, que se respeten en todo caso los mínimos de derecho necesario, etc.– se encuentra la de que lo más favorable para el trabajador, que determinará qué norma se aplica, deberá definirse mediante una apreciación en su conjunto de las regulaciones en concurrencia, de modo que no cabrá mezclar ambas regulaciones y tomar de cada una de ellas lo más favorable, sino que deberá optarse por una u otra en bloque, sin posibilidad de espigueo.

Sobre esta cuestión se pronuncia la **STS de 22 de septiembre de 2006**, I.L. J 1729, que dictada a propósito de la retribución del personal laboral temporal de los Servicios de Salud (en el caso del Servicio Canario de Salud), resuelve que en la medida en la que su regulación procede del RD-L 3/1987, aplicable al personal estatutario, por así haberlo decidido aquéllos en sus contratos de trabajo, no procederá el reconocimiento de trienios, por excluir la norma referida el pago de este tipo de complementos. Sin que proceda, como pretenden los trabajadores, que su derecho a los complementos de antigüedad deriva del Convenio colectivo que resulta de aplicación, puesto que si los mismos han optado en su contrato por acogerse al régimen retributivo del RD-L 3/1987 porque les resultaba más beneficioso en otros aspectos y globalmente, no cabe que los mismos pretendan que les sea de aplicación el Convenio sólo en la parte que les beneficia y les resulta interesante. Como dice la sentencia, la cuestión debe ponerse en relación con el hecho conforme de que en el contrato de trabajo de la demandante (cláusula tercera) se establecía de manera específica que su sistema retributivo completo se regiría por lo establecido en el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, y en tal situación reclamaron un complemento de antigüedad previsto en un Convenio colectivo que no se les fue aplicado nunca, razón por la que no cabe la aplicación de un precepto del Convenio, el referido a la antigüedad, prescindiendo de los demás elementos que componen la retribución. O lo que es lo mismo, no cabe retribuirse por ambos sistemas, el del Convenio colectivo y el que corresponde al Personal estatutario. Se pronuncia en el mismo sentido la **STS de 13 de octubre de 2006**, I.L. J 1813.

B) La aplicación de las normas sociales en el tiempo

En relación a una prestación de desempleo contributiva de 360 días, causada en agosto de 2001, y que dejó de percibirse al mes siguiente debido al inicio de una actividad autónoma, es decir, una prestación de desempleo causada e interrumpida antes de la reforma del sistema de protección por desempleo introducida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, pero cuya reanudación se solicita en septiembre de 2004, una vez que ya había entrado en vigor la referida reforma, se suscita en la **STS de 18 de octubre de 2006**, I.L. J 1688, la cuestión de si procede la reapertura de la prestación interrumpida con independencia del tiempo transcurrido, como si sólo hubiera tenido lugar una suspensión, conforme a la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma de 2002, o bien si debe aplicarse la nueva regla del artículo 213.1.d) del TRLGSS, en cuya virtud la reapertura sólo cabrá cuando la interrupción de la prestación hubiera sido inferior a 24 meses, y no en caso contrario, al entenderse que no hay suspensión sino extinción de la prestación. Es decir,

se plantea si deben aplicarse las reglas vigentes en el momento del hecho causante de la situación legal de desempleo o bien las reglas –posteriores– vigentes en el momento en el que se solicita la reanudación de la prestación, o, como dice la propia sentencia, si la previsión contenida en el artículo 213.1.d) de la LGSS e introducida por la Ley 45/2002, en relación con la extinción de las prestaciones por la realización de trabajos por cuenta propia, es aplicable a las prestaciones reconocidas bajo el imperio de la norma antigua, y en concreto si es aplicable a personas que cuando solicitaron la reanudación de la prestación ya llevaban más de dos años trabajando por cuenta propia.

La sentencia manifiesta que el criterio tradicional y general en la interpretación de las distintas y reiteradas modificaciones que se han producido en materias relacionadas con el derecho a las prestaciones durante los muchos años de implantación de nuestro Sistema de Seguridad Social se ha basado en entender que el régimen jurídico a aplicar a cada prestación es la norma que regía en el momento en que la misma se causó, es decir, en el momento en que se inicia la situación protegida, salvo que la propia norma dispusiera otra cosa, con independencia de que quepan excepciones a esta regla general y que en todo caso haya de tenerse en cuenta lo que diga la norma posterior derogatoria. En esta tesitura, la sentencia dice que a tenor de la finalidad perseguida por el nuevo texto la tesis que mejor refleja la voluntad legislativa es la que, respetando los derechos y expectativas de quien había causado prestaciones por desempleo antes de la nueva Ley conforme al criterio básico antes expresado, estima que, sin embargo, habrá que respetar también el límite de los dos años querido por el legislador, o, lo que es igual, que la nueva norma que contemplamos habrá de ser aplicada a quienes hayan permanecido como trabajador por cuenta propia durante veinticuatro meses contados a partir de la entrada en vigor del nuevo texto legal. Lo dicho conduce a entender que la normativa aplicable a las prestaciones por desempleo que le fueron reconocidas a la demandante habrá de ser la que regía en el momento en que la misma pasó a la situación de desempleo, y por lo tanto la anterior a la Ley 45/2002, por lo que habrá que entender que no le es aplicable a la misma el nuevo supuesto de extinción introducido en el artículo 213.1.d) por esa Ley; mas teniendo en cuenta –adviértase– que ello es así porque en el caso no habían transcurrido más de veinticuatro meses desde que entró en vigor la nueva norma de 2002 hasta que el interesado reclamó la reanudación de la prestación.

En el supuesto de un trabajador en situación de incapacidad temporal causada antes de la nueva regulación del artículo 222 del TRLGSS –establecida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre– relativa como se sabe a la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo en los casos en que sobreviene la desocupación durante el período de incapacidad temporal, resuelve la **STS de 18 de octubre de 2006**, I.L. J 1817, que la norma que debe aplicarse es la vigente en el momento del hecho causante de la prestación, de conformidad con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo. Ello determina que el trabajador deberá mantener sus prestaciones de incapacidad temporal hasta el momento de finalización de esta contingencia y que sólo a partir de este momento comenzará a percibir prestaciones de desempleo sin descuento ninguno (la nueva regulación determina por el contrario que aunque las prestaciones por incapacidad temporal se mantienen

tras la pérdida del empleo la cuantía de las mismas pasa a ser equivalente a la prestación de desempleo procediendo además su descuento de las prestaciones de desempleo posteriores a la finalización de la incapacidad temporal). La sentencia no entiende admisible la argumentación de la parte recurrente que trata de fijar el hecho causante en el momento de la extinción del contrato de trabajo, como momento en que "se causa" la prestación de desempleo. No se trata aquí –dice– de una prestación de desempleo sino de una prestación de incapacidad temporal, y esto tanto de acuerdo con la norma anterior a la Ley 24/2001, en la que esa prestación conserva su cuantía, como incluso de acuerdo con la nueva redacción del precepto controvertido. En efecto, lo que dice el nuevo artículo 222.1 de la Ley General de la Seguridad Social es que al trabajador que, estando en incapacidad temporal, se le extingue su contrato de trabajo, continúa percibiendo la prestación de incapacidad temporal aunque en una cuantía igual a la prestación por desempleo. La prestación de incapacidad temporal se mantiene, lo único que varía es su cuantía y la prestación de desempleo sólo se causa cuando se extinga la situación de incapacidad temporal. En consecuencia, la extinción del contrato de trabajo no es relevante en orden a la subsistencia de la incapacidad temporal, que se ha "causado" con anterioridad a esa extinción y que se mantiene, hasta que, agotada, sea sustituida por la prestación de desempleo, que deriva de la mencionada extinción, aunque con una eficacia diferida.

Aunque de modo indirecto, la **STC 280/2006, de 9 de octubre**, I.L. J 1938, viene a decir que las jubilaciones forzosas pactadas en Convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 12/2001 –que derogó la Disposición Adicional Décima del ET, relativa como es sabido a la posibilidad de que los Convenios colectivos puedan establecer cláusulas de jubilación forzosa– pueden llevarse a cabo incluso aunque las mismas se ejecuten una vez que ha entrado en vigor la citada Ley 12/2001, es decir, cuando, derogada la Disposición Adicional Décima del ET, ya no quepa –según resolvió el Tribunal Supremo– el establecimiento de medidas de jubilación forzosa por Convenio colectivo. Viene a decir en consecuencia que como regla general la norma que debe aplicarse en materia de cláusulas de jubilación forzosa es la vigente en el momento de pactarse el Convenio, y no la vigente en el momento de llevarse a cabo la jubilación forzosa. La única condición constitucional para ello es que el Convenio introduzca a cambio ciertas compensaciones en materia de empleo, es decir, que establezca medidas que obliguen a las empresas a adoptar medidas de política de empleo tales como la contratación de nuevos trabajadores, la transformación de contratos temporales en indefinidos, etc. Sólo de esta manera cabe entender que la medida de jubilación forzosa no es contraria al derecho al trabajo del artículo 35.1 de la CE, y sobre todo al artículo 14, relativo al principio de igualdad y no discriminación por razón de edad. La aprobación en el Convenio de compensaciones de empleo –a la que se refiere por cierto explícitamente hoy en día también la vigente Disposición Adicional Décima del ET, una vez reintroducida en nuestro ordenamiento por la Ley 14/2005, de 1 de julio– vendría a operar como fundamento o razón objetivo que excluiría la discriminación. Se pronuncia en el mismo sentido la **STC 341/2006, de 11 de diciembre**, I.L. J 1974.

La **STC 308/2006, de 23 de octubre**, I.L. J 1746, dice por su parte que el criterio que debe tenerse en cuenta para determinar el derecho aplicable a los procedimientos administrativos en materia laboral –concretamente el procedimiento de imposición de san-

ciones por infracciones en el orden social y de liquidación de cuotas de la Seguridad Social– es el del momento de apertura del procedimiento de que se trate: se aplicarán las normas que estén vigentes en el momento de apertura del procedimiento administrativo, sin perjuicio de la posibilidad de la aplicación –retroactiva– de normas posteriores más favorables (en procedimientos sancionadores). En todo caso, nunca cabrá aplicar una normativa que ya no estaba vigente en el momento de iniciación del procedimiento.

Resuelve la **STS de 27 de diciembre de 2006**, I.L. J 2220, que una norma de Seguridad Social que aprueba una prestación ortoprotésica –concretamente la OM 710/2004, de 12 de marzo, que establece por primera vez la financiación con cargo a la Seguridad Social de las llamadas "bombas de insulina"– no puede aplicarse retroactivamente, de modo que pueda beneficiarse de ella quien ha solicitado la prestación antes de la entrada en vigor de la norma de referencia. Dice la sentencia que, por evidentes razones de índole económica y presupuestaria, la Seguridad Social sólo debe facilitar las prestaciones médicas y farmacéuticas que se encuentren previamente catalogadas y aprobadas. Y precisa que "aun cuando pueda resultar llamativo que en un momento en el que ya se autorizó la bomba de insulina se dicte un pronunciamiento judicial denegatorio del reintegro de ese producto farmacéutico, sin embargo, elementales razones de seguridad jurídica basadas en el principio de irretroactividad de las normas y en la necesaria catalogación previa de la prestación sanitaria obligan a dictar este pronunciamiento".

5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO LABORAL

A) Pactos individuales y normas imperativas o de derecho necesario

Plantea la **STS de 29 de septiembre de 2006**, I.L. J 1724, la limitada capacidad del contrato de trabajo para establecer los términos y condiciones de la relación laboral debido a su sometimiento jerárquico a las normas legales imperativas, y se pronuncia también sobre la integración *ex lege* de las lagunas de regulación que puedan derivarse precisamente de la colisión de las cláusulas contractuales ilícitas con las normas imperativas. En el caso –recurrente, por cierto, pues no nos encontramos con una única sentencia sino con una prolongada serie de ellas– concretamente del personal laboral temporal que trabaja para el Servicio Madrileño de Salud, y que viene retribuido en el marco del RD-L 3/1987, aplicable al personal estatutario, pero porque así lo ha asumido voluntariamente en su contrato, según consta en la cláusula correspondiente, se plantea la cuestión de si estos trabajadores tienen derecho a percibir ciertos complementos retributivos o premios relacionados con la antigüedad, precisamente porque el citado RD-L 3/1987 excluye su aplicación al personal temporal. La sentencia resuelve que sí, argumentando que la remisión que el contrato hace al RD-L 3/1987 no puede suponer la aplicación de una regla –la que determina que los trabajadores temporales no generan derechos de antigüedad– que resulta con toda evidencia contraria a las normas imperativas, que prohíben que los derechos de antigüedad puedan relacionarse sin más con la temporalidad o no del vínculo laboral.

Dice en concreto la sentencia que pese a que pueda parecer lógico el no reconocimiento de los derechos de antigüedad para quienes, pese a tener la condición de trabajadores asalariados, están sometidos al régimen estatutario de remuneración, por disponerlo expresamente así la normativa del personal estatutario, lo cierto es que ello no es conforme a derecho. Sucede así porque el personal laboral al servicio del Instituto Madrileño de la Salud se rige, de acuerdo con su condición, por las normas laborales, de conformidad con lo que establece el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Esto significa que el régimen estatutario sólo les resulta aplicable en la forma que establece este artículo y con las limitaciones que de ello se derivan, lo que equivale a decir que las condiciones de trabajo de este personal se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias de carácter laboral, por el Convenio colectivo que resulte aplicable y por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo. Ha sido el contrato de trabajo el que ha remitido al régimen estatutario y, por tanto, este régimen tiene en el presente caso un valor contractual y no legal. Por ello, será aplicable en la medida en que, como dice el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, no establezca en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y Convenios colectivos. Lo que significa que la remisión por los contratos de trabajo al régimen estatutario sólo puede operar válidamente si cumple dos condiciones: (1) tiene que respetar la regla de Derecho necesario relativo en la que se expresa el principio de favor, es decir, las condiciones retributivas estatutarias no pueden ser inferiores a las que resultarían del Convenio colectivo y (2) la regulación estatutaria tiene que respetar las normas laborales de Derecho necesario absoluto, entre las que está la norma del artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, que no es una norma meramente cuantitativa, sino una garantía del principio de igualdad de trato, que no puede ser desconocida a través de una remisión meramente contractual.

Resulta indudable –continúa diciendo la sentencia– que el contrato no puede establecer pactos o condiciones contrarias a la Ley y los Reglamentos o que resulten menos favorables para el trabajador en función de lo dispuesto en dichas disposiciones legales y en los Convenios colectivos que resultarían de aplicación. Y es de significar, por tanto, que la aplicación a este personal laboral del régimen retributivo previsto para el personal estatutario no tiene un origen legal, sino claramente contractual, por lo que no cabe en modo alguno que el contrato establezca disposiciones discriminatorias, como es, en el presente caso, el impago de los trienios al personal laboral temporal, que se halla ya reconocido en una Ley como es el Estatuto de los Trabajadores (artículo 15.6). Como hemos señalado esta sentencia es una sólo en una larga serie de ellas sustancialmente idénticas. En el período analizado se pronuncian en el mismo sentido, concretamente, las **SSTS de 10 de noviembre de 2006**, I.L. J 1885, **9 de noviembre de 2006**, I.L. J 1894, **12 de diciembre de 2006**, I.L. J 1993 y 1994, **18 de diciembre de 2006**, I.L. J 2010, **15 de noviembre de 2006**, I.L. J 2028, **12 de diciembre de 2006**, I.L. J 2070, **19 de diciembre de 2006**, I.L. J 2117, **27 de diciembre de 2006**, I.L. J 2129, **26 de diciembre de 2006**, I.L. J 2136, **18 de diciembre de 2006**, I.L. J 2141, **21 de diciembre de 2006**, I.L. J 2146, **26 de diciembre de 2006**, I.L. J 2152, **27 de diciembre de 2006**, I.L. J 2153, **27 de diciembre de 2006**, I.L. J 2155, **18 de diciembre de 2006**, I.L. J 2160, **27 de diciembre de 2006**, I.L. J 2161, **22 de diciembre de 2006**, I.L. J 2170, **12 de diciembre de 2006**, I.L. J 2172, **26 de diciembre de 2006**, I.L. J 2179, **18 de diciembre de 2006**, I.L. J 2180, **19 de diciembre de 2006**, I.L. J 2186, **18 de diciembre de 2006**, I.L. J 2210.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006**, I.L. J 2047, en relación a un caso en que los trabajadores habían aceptado la compensación y absorción de determinado complemento salarial por resultado (comisiones por ventas) por la posterior subida salarial general aprobada en Convenio colectivo de aplicación, lo que no era necesario, al no darse el requisito de la homogeneidad de las partidas retributivas, resuelve que el finiquito tiene un valor liberatorio siempre relativo o limitado.

Dice concretamente que en relación con el valor liberatorio del finiquito la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 señala que esta Sala viene admitiendo la posibilidad de que el trabajador, en uso de su libertad, exteriorice una declaración de voluntad con fines liberatorios del vínculo contractual y de sus efectos económicos, lo que no viola el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues la conducta del trabajador no supone por este solo hecho una renuncia anticipada de derechos, ni se trata de derechos indisponibles, siempre y cuando, naturalmente, esa manifestación de voluntad reúna los requisitos del artículo 1261 del Código Civil y especialmente los que se refieren al consentimiento (artículos 1262 y siguientes del mismo Código). No obstante, tal y como se dice en nuestras Sentencias de 23 de junio de 1986, 23 de marzo de 1987 y 28 de febrero de 2000, entre otras, el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio, deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante, viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial, con que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo, mutuo acuerdo, o en su caso transacción, en virtud del cual aflora al exterior. Y es con motivo de este examen e interpretación cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o a terceros.

Tal doctrina comporta que el valor liberatorio del recibo de finiquito deba determinarse atendiendo a cada caso concreto y en atención a los derechos que puedan resultar afectados por el mismo, en especial aquellos que puedan considerarse como indisponibles o irrenunciables. En este sentido, la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1999 y 6 de febrero de 2000), al interpretar el contenido del artículo 3.5 del ET indica que en primer lugar las limitaciones legales no se refieren sólo a los actos de renuncia, actos típicamente unilaterales, sino a los de disposición, que pueden ser también bilaterales, distinción esta indispensable a la hora de valorar el alcance de la prohibición, que no puede afectar por igual a los actos unilaterales de mera renuncia de derechos, que a los bilaterales de disposición conmutativa en virtud de los que se cede un derecho o parte de él a cambio de algo. Por otra parte, la sentencia precisa que son "indisponibles" los derechos derivados del Convenio colectivo a los que éste confiera tal calificación, siempre que el establecimiento de esta restricción a la autonomía de la voluntad individual pueda incluirse en el ámbito de competencias de las comisiones negociadoras. Pero también han de ostentar tal consideración aquellos mandatos convencionales que supongan desarrollo de normas de derecho necesario, o de carácter mínimo. Los

mandatos convencionales de desarrollo de tales preceptos mínimos adquieren el mismo rango de indisponibilidad que tiene la norma desarrollada. Señala también la sentencia que producen efectos plenos los actos del trabajador, de cualquier naturaleza y tiempo de realización, por los que se supriman o reduzcan derechos laborales, legales o convencionales, no vinculados al derecho necesario o al orden público. Respecto a la licitud de los actos de disposición de derechos reconocidos en normas de Convenio colectivo, que desarrollan mandatos legales de norma mínima, dice la sentencia que es cuestión que ha de decidirse en cada caso valorando las circunstancias concurrentes.

La sentencia termina entonces concluyendo que si como ya se ha dicho el trabajador vino percibiendo un salario (salario base, antigüedad y pagas extraordinarias) en cuantía inferior al fijado en las tablas salariales del Convenio colectivo de aplicación, y si, de otro lado, no es posible aplicar el mecanismo de compensación y absorción a que se refiere el artículo 26.5 del ET, por computar globalmente tanto aquellos salarios como las comisiones por ventas que son conceptos retributivos heterogéneos, es evidente que entonces con la firma del finiquito a lo que renuncia el trabajador es a poder exigir de su empleador el abono de los salarios correspondientes fijados en Convenio colectivo, sin compensación alguna. El finiquito constituye por tanto una renuncia unilateral que ha de reputarse nula al afectar a normas indisponibles de carácter mínimo, como son las que fijan los salarios en los Convenios colectivos para cada rama de actividad.

En fin, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2006**, I.L. J 2263, resuelve que las partes pueden pactar como causa de extinción del contrato el cumplimiento de la edad de jubilación por el trabajador. Dice que aunque las causas de la contratación temporal –es decir, las posibilidades de pactar términos resolutorios– son limitadas y están tasadas en nuestro ordenamiento, no lo es menos que el artículo 49.1.b) del ET permite que los contratos de trabajo puedan extinguirse "por las causas consignadas válidamente en el contrato" siempre que las mismas "no constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario". Sobre esta base, la sentencia no encuentra problema en la fijación por los contratantes de la jubilación del trabajador a los 65 años como causa de extinción del contrato, poniendo en todo caso de relieve que esta causa extintiva no puede confundirse en modo alguno con la extinción forzosa para el trabajador por cumplimiento de la edad de jubilación cuando así lo disponga el Convenio colectivo.

Según la sentencia, la causa de extinción establecida en el contrato (65 años) es lícita porque no supone –o en la medida en la que no suponga– transgresión de los límites establecidos al respecto, que son principalmente: (a) la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos legalmente o en Convenio colectivo (ET, artículo 3.5); (b) la exigencia de que no haya vicios de consentimiento, por error, dolo o intimidación (CC, artículo 1265); (c) la licitud del objeto [ET, artículo 3.1.c)]; (d) la inexistencia de renuncia de derechos, contravención del interés u orden público o perjuicio de terceros (CC, artículo 6.2).

B) La condición más beneficiosa

Resuelve la **STSJ de Aragón de 26 de junio de 2006**, I.L. J 2046, que constituye condición más beneficiosa la atribución por la empresa al trabajador del derecho al uso gratuito

de una vivienda durante un período que abarca desde 1990 hasta 2005, fecha en la que se decidió suprimir unilateralmente por la empresa el referido beneficio. Dice la sentencia que el mantenimiento de la situación durante tan largo período de tiempo de forma constante y regular denota que se incorporó la misma a la relación laboral, en la que ha quedado posteriormente subrogada la actual empresa, a título de condición más beneficiosa. Y como resume la jurisprudencia (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2000), para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (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 de 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, 31 de mayo y 8 de julio de 1996). Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio –continúa la sentencia– lo que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario.

La sentencia añade que la condición más beneficiosa produce como principal efecto el de intangibilidad unilateral de las ventajas así obtenidas y disfrutadas por los trabajadores (Sentencia de 16 de septiembre de 1992), precisando que la condición más beneficiosa así configurada tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior legal o pactada colectivamente o más favorable que modifique el *status* anterior en materia homogénea. Lo más curioso y llamativo del caso, y que conviene por ello subrayar, es que no estamos ante una empresa privada, sino ante una Administración pública, sujeto empresarial este que por su evidente singularidad y posición no termina de ser el campo más apropiado para el juego de una fuente de obligaciones tan informal, espontánea e impremeditada como es precisamente la condición más beneficiosa.

Reconoce también la condición más beneficiosa en el ámbito de las Administraciones públicas la **STS de 21 de noviembre de 2006**, I.L. J 2157. Trata concretamente la misma del caso de unos trabajadores que reclamaban a la empresa –el Ministerio de Medio Ambiente– el abono de determinados pluses de distancia o gastos de kilometraje al tener que desplazarse a sus centros de trabajo por sus propios medios, debido a la inexistencia de transporte regular o transporte de empresa. La sentencia dice que no cabe atender el argumento de los demandantes de que el derecho a tales complementos retributivos deriva de lo establecido en el Convenio de aplicación ni en determinados reglamentos a los que el mismo remite. Sin embargo, estima la pretensión considerando que el disfrute efectivo de tales beneficios durante los 6 años precedentes constituye una auténtica condición más beneficiosa, que no puede ser suprimida unilateralmente por la empresa. Después de recordarnos la doctrina general sobre la condición más beneficiosa, la sentencia dice que el abono efectivo a los

demandantes de los gastos de locomoción por desplazamiento entre el domicilio y el centro de trabajo durante un largo período de tiempo y las condiciones en que se ha hecho "sin duda pone de manifiesto la existencia de un acto de voluntad empresarial constitutivo del reconocimiento del derecho a su percibo, que no puede ser suprimido unilateralmente y quedar sin efecto mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras esta condición más beneficiosa no sea compensada o neutralizada en virtud de normativa posterior".

En relación a una práctica de abono por la empresa (RENFE) de las cotizaciones sociales imputables a los trabajadores (la llamada "cuota obrera"), procedente de una norma que así lo había impuesto con ocasión de la incorporación de los trabajadores de RENFE al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Ferroviarios (Decreto 1496/1967, de 13 de julio), nos recuerda la **STSJ de Aragón de 28 de junio de 2006**, I.L. J 2045, una interesante doctrina del TCT en virtud de la cual declarada tal práctica empresarial ilegal, por contraria al artículo 26.3 ET, que prohíbe como se sabe que las cargas fiscales y de Seguridad Social de los trabajadores puedan ser asumidas por la empresa, se admite sin embargo la licitud del abono por la empresa de una cuantía igual a tales cotizaciones a los trabajadores considerando que su percepción efectiva a lo largo del tiempo y la indudable voluntad de la empresa de mejorar el salario de los trabajadores permite afirmar que estamos ante un caso de condición más beneficiosa.

La **STS de 16 de noviembre de 2006**, I.L. J 2061, nos recuerda que es condición imprescindible de la condición más beneficiosa el que la ventaja de que se trata haya sido reconocida a título individual a cada trabajador, aunque ello acontezca de manera plural, afectando a varios trabajadores simultáneamente. O, dicho de otra manera, que la condición más beneficiosa no puede derivar nunca de un Convenio colectivo. Las ventajas reconocidas a los trabajadores mediante instrumento colectivo, aun cuando su disfrute efectivo requiera la previa conformidad individual del trabajador, son Convenio colectivo y no condición más beneficiosa, por lo que quedan en consecuencia sometidas al régimen de supresión o modificabilidad típico de los Convenios, no de los contratos.

La **SAN de 29 de diciembre de 2006**, I.L. J 2242, en relación a determinadas pagas especiales disfrutadas por determinados trabajadores de la empresa, que venían cobrando en concepto de condición más beneficiosa, como determina expresamente la propia sentencia, dice que el hecho de que posteriormente un Convenio colectivo se haga eco de tal derecho, fijando y consolidando tales retribuciones, no alterna la naturaleza del título en virtud del cual se disfrutan las mejoras retributivas de referencia, es decir, que no dejamos de estar ante derechos que derivan de la fuente de obligaciones llamada condición más beneficiosa y pasamos a estar ante derechos que derivan de la fuente del derecho llamada Convenio colectivo. La referencia en el Convenio a tales derechos no altera ni su naturaleza ni la de la fuente formal a la que los citados derechos se imputan.

6. ALCANCE, EFECTOS Y LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

Trata la **STC 307/2006, de 23 de octubre**, I.L. J 1745, del alcance del efecto de la cosa juzgada, y de su posible limitación por el principio de igualdad y no discriminación,

precisamente cuando el efecto de cosa juzgada determine el diferente tratamiento jurídico de situaciones materialmente idénticas. Aborda concretamente la sentencia qué sucede en el caso de un perceptor de una pensión de incapacidad permanente que pide su revisión como consecuencia de una nueva doctrina jurisprudencial más favorable a la misma –que entiende que en los períodos de invalidez provisional debe aplicarse la doctrina del paréntesis, y no la cotización por bases mínimas, como antes sucedía– y al que se deniega la revisión solicitada al venir determinado su derecho a la prestación de incapacidad permanente por sentencia firme. El problema se plantea porque a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente reconocidas en vía administrativa sí les ha reconocido la Entidad Gestora la revisión a raíz de la modificación jurisprudencial a la que se ha hecho referencia. El demandante plantea entonces que no permitir la revisión por estar su prestación reconocida en sentencia firme, es decir, por efecto de la cosa juzgada, viene a suponer un quebrantamiento del principio de igualdad, puesto que la situación en que se encuentra quien ha obtenido la prestación en vía administrativa y en vía judicial es idéntica, sin que haya razón objetiva, suficiente y razonable que justifique la diferencia de trato que se produce.

La sentencia estima el recurso de amparo. Entiende que en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión. En efecto, el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho. Lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley (artículo 14 CE) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional. Porque lo que se discute no es si el INSS tenía o no la obligación de revisar el conjunto de las pensiones de invalidez permanente reconocidas mediante la aplicación de un nuevo criterio de cálculo derivado de un cambio jurisprudencial, ni los límites que respecto de tal eventual obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial. Y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE.

La **STS de 20 de diciembre de 2006**, I.L. J 2230, trata igualmente del problema de la cosa juzgada, y determina que ésta no puede impedir que la Entidad Gestora (el INSS) solicite la revisión de un acto de reconocimiento de una pensión de viudedad por la vía

del artículo 145.1 LPL, por haber detectado un error determinante, cuando la pensión de viudedad ha sido previamente reconocida en vía judicial en virtud de sentencia. En el caso concretamente de una viuda a la que el INSS había reconocido pensión de viudedad, que fue impugnada judicialmente por la interesada por disconformidad con su cuantía, recayendo una sentencia en la que se estimaba la demanda, reconociendo el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad más las mejoras reglamentarias solicitadas, pero de modo que posteriormente, de modo sobrevenido, se advierte por el INSS un error en el acto administrativo de reconocimiento original de la pensión, se plantea en efecto si cabe anular el acto administrativo de reconocimiento de la pensión por la vía de la impugnación que permite el artículo 145 LPL (como pretende el INSS) o si esto es imposible al oponerse a ello la cosa juzgada, en la medida en la que el derecho a la pensión de viudedad ha sido reconocido por sentencia posterior (como pretende la viuda). Es decir, se trata de ver cuál es el alcance de los efectos de la cosa juzgada.

La sentencia –con voto particular– resuelve que el efecto preclusivo de la cosa juzgada no puede en el caso impedir anulación de la pensión por el artículo 145 LPL. Básicamente, porque se entiende que no concurren las exigencias de identidad –de personas, cosas y acciones– que la normativa procesal aplicable exige para que pueda entenderse aplicable el efecto de cosa juzgada. Dice concretamente la sentencia que aunque esta cuestión aparece regulada actualmente en el artículo 222 de la LEC, y no por el viejo artículo 1252 del CC, la jurisprudencia construida en torno a esta última disposición puede seguir aplicándose al nuevo artículo 222, lo que impide apreciar que exista identidad entre los dos procesos judiciales implicados, aquel en el que la viuda solicitó la mejora de su pensión y aquel en que el INSS solicita la anulación del acto administrativo de reconocimiento de la pensión por apreciación de un error determinante. La sentencia viene a decir que mientras el objeto del primer proceso judicial –el entablado por la viuda– no era determinar si se tenía o no derecho a la pensión, sino si procedía un nuevo cálculo y mejora de la misma, siendo esto lo único estimado por la sentencia, el objeto del segundo procedimiento es precisamente el cuestionamiento del derecho a la pensión en su integridad, no en la mejora de su cuantía obtenida tras la primera impugnación. Ni las pretensiones son las mismas, ni el objeto del proceso idéntico, ni iguales los efectos que pueden derivarse de la sentencia. Luego, no puede operar el efecto de cosa juzgada.

Óscar Fernández Márquez

II. TRABAJADOR

Sumario*:

Consideración preliminar. 1. *Presupuestos configuradores de la relación de trabajo.* *A) Presupuestos sustantivos.* a) Actividad voluntaria. *b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena.* B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) *Relaciones laborales de carácter especial.* a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) *Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo.* g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) *Administradores sociales.* D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. *Zonas grises.*** *A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas.* C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros. **5. Noción de trabajador en el Sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del Sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

b) Actividad retribuida

STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2006 (recurso de suplicación 561/2006) I.L. J 2048.

1. El demandante ha trabajado para la Clínica demandada desde 1 de septiembre de 2002, con la categoría de médico y el salario de 1.584,02 euros. Entre las partes procesales se suscribió contrato en el que se dice que el centro, para el cumplimiento de sus fines, ha de prestar asistencia médica a sus residentes, y ambas partes, han convenido que el médico por su condición de profesional libre de la medicina, preste la atención necesaria en la Residencia perteneciente al centro. Se sujetan en este contrato a las siguientes condiciones: el médico prestará sus servicios profesionales como profesional libre con carácter discontinuo, durante 20 horas semanales, quedando a la elección del médico el horario y la forma de prestar el servicio. Para variar las 20 horas semanales, aumentándolas o disminuyéndolas será necesario el acuerdo de ambas partes. El médico percibirá por la prestación de sus servicios la cantidad de 22 euros por hora de servicio prestado. El cobro se realizará mensualmente mediante la minuta que girará el médico al centro a final de mes. Esta cantidad se incrementará según el IPC correspondiente al año anterior incrementando en dos puntos. El centro reconoce el derecho al médico de poder disfrutar al año un mes de vacaciones en el período que libremente elija el médico, durante el cual, lógicamente, el médico dejará de estar obligado a prestar sus servicios y el centro tampoco tendrá la obligación de abonar ninguna cantidad al médico durante ese período de vacaciones, dado que no ha prestado sus servicios profesionales.

En el supuesto de que el centro rescinda unilateralmente y sin el acuerdo del médico el presente contrato, el centro indemnizará al médico con la cantidad de 150.000 euros si es dentro de los tres años siguientes a la firma del presente contrato. En el supuesto de que la rescisión fuese posterior a los tres primeros años, la indemnización de 150.000 euros se vería incrementada en 12.000 euros más por cada uno de los años que hubiese pasado de esos tres. Las referidas cantidades que perciba el médico en concepto de indemnización las recibirá libres de impuestos, comprometiéndose el centro a abonar los impuestos con los que estén gravados las mismas, en el supuesto de que hubiese que abonar algún impuesto por ellas.

El actor pasaba consulta en la Clínica demandada y era ayudado por una enfermera, usando el instrumental de la demandada. Trabajaba de 9 a 13 horas o a 13,30 horas. El contrato era para que prestara la actividad cuatro horas, de 9 a 13 horas. El actor había pedido permiso para ir 10 a 15 minutos por las mañanas a prestar su actividad fuera de la Clínica y luego recuperaba el tiempo, incluso por la tarde. Las vacaciones las disfrutaba

de conformidad con el centro. El director del centro daba las instrucciones al demandante, de manera que tenía que ocuparse de la atención de los residentes, atender las anomalías, las enfermedades, y llevar los casos especiales al hospital.

El demandante era el médico de los residentes, no llevaba a la demandada clientes propios, emitía informe por cada residente, uno a uno, sin que pudiera dejar de atender a ningún residente que lo necesitara. Cobraba a la demandada, no a los residentes. Cada semana tenía que pasar consulta a todos los residentes. No se podía marchar el actor antes de acabar su actividad. Los residentes bajaban a su consulta y esperaban a que se les atendiera por el médico. El demandante no entraba en los turnos de vacaciones de los demás empleados de la demandada. En los "puentes" el actor no iba a prestar su actividad. Se tomaba 8 o 10 días libres, dos veces cada año.

2. Concurren las notas de voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. Y así puede observarse que el actor pasaba consulta en la Clínica demandada y era ayudado por una enfermera que era empleada del centro y usaba el instrumental de la demandada, siendo el director del centro quien daba las instrucciones al demandante, de manera que éste, que no llevaba a la Clínica clientes propios, era el médico de los residentes y tenía que ocuparse de atenderles, pasando consulta cada semana a todos ellos y emitiendo el informe correspondiente por cada residente, sin poder dejar de atender a ninguno que lo necesitara ni marcharse antes de acabar dicha actividad; pudiendo apreciarse asimismo que trabajaba en horas predeterminadas, de 8,30 o 9 de la mañana hasta las 13 o 13,30 horas y además cobraba a la demandada, no a los residentes.

Aunque se impugna la validez y la cuantía de la cláusula de blindaje contenida en el contrato de trabajo, se ha de mantener como reflejo del *pacta sunt servanda* que se contiene en el artículo 1091 CC, dado que quien lo concertó con el demandante fue el socio y administrador mancomunado de la sociedad demandada, y a la vez director del centro y según los estatutos de ésta era director general de los establecimientos que se abriesen, asumiendo la responsabilidad del buen funcionamiento del área comercial, contratación de personal y de organización del establecimiento.

3. Se trata de un supuesto típico de contrato de trabajo entre un centro sanitario y el titular de una de las titulaciones habilitantes al ejercicio libre de la profesión, o profesiones liberales, que dan lugar a tantos contratos de arrendamientos de servicios y de ejecuciones de obra, a la vista de las concretas condiciones fácticas en que la prestación se ejecutaba, lo que lleva a la conclusión de que, cada vez más, han de valorarse como contratos de trabajo las prestaciones de trabajo de profesión liberal, por jornadas parciales, para un empresario, si reúnen los requisitos del artículo 1.1 ET.

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de julio de 2006 (recurso de suplicación 1422/2006), I.L. J 2254.

1. El presente recurso es interpuesto por la empresa editora de un periódico de tirada local, que tenía contratada a una periodista para que cubriera los eventos que se producían

en Madrid y que tuvieran relación con Castilla y León, lugar de edición del periódico. El motivo principal alegado por la empresa en su recurso, es que la relación entre empresa y trabajadora no cumplía los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores, y por lo tanto el orden social no sería el competente para conocer del despido de la trabajadora.

La periodista prestó sus servicios para la mercantil desde el 25 de octubre de 2004 hasta el 1 de marzo de 2006, fecha en la que se le comunicó su despido. Durante ese tiempo la periodista acudió a los eventos y citas que previamente la dirección de la empresa editora seleccionaba y le comunicaba, con expresión del lugar, fecha y hora a la que debía presentarse. Del mismo modo, la dirección de la empresa le proporcionaba las acreditaciones de prensa pertinentes en caso de ser éstas necesarias. Para el desempeño de su labor la trabajadora utilizaba una grabadora y diverso material de oficina propiedad de la demandada en instancia. Las fotografías, así como las crónicas de los acontecimientos realizadas por la trabajadora en los eventos determinados por la dirección, pasaban a ser propiedad de la empresa, quedando incorporados a la base de datos de la misma. El trabajo de la empleada era remunerado en función de la cantidad de hojas entregadas a razón de 60 euros medio folio, 120 euros la hoja completa.

2. El Tribunal Superior de Justicia rechaza las alegaciones hechas por la empresa al entender que se dan todos los requisitos regulados en el artículo 1.1 ET. Así, la ajenidad vendría marcada por la transmisión de la propiedad de las obras fotográficas y literarias, que se produciría al incorporar dichas obras a la base de datos de la empresa. Por su parte, el requisito de la dependencia se entiende cumplido por la sujeción de la empleada a las directrices de la empresa en cuanto a qué actos tenía que cubrir y si tenía que hacer fotos, o no. Señala así mismo el Tribunal que la retribución del trabajo fijada no desvirtúa en absoluto el carácter laboral de la relación, y por lo tanto la competencia del orden social, pues aunque no sea la forma tradicional de retribución en la mayoría de los trabajos por cuenta ajena, es innegable que en el ámbito periodístico sí goza de mayor aceptación, además debemos tener en cuenta que dicha forma de retribución es plenamente encuadrable en la definición de salario que hace el artículo 26 del ET.

3. La sentencia que nos ocupa viene a confirmar una asentada línea jurisprudencial sobre la interpretación del concepto de trabajador. El Tribunal vuelve a confirmar que la dependencia no es un requisito absoluto, sino que es un requisito progresivo, es decir, que admite una graduación en su estimación. Por ello, en el presente caso, a pesar de que la dependencia sea tan moderada, es sumamente acertada la opinión del Tribunal que viene a reconocer la situación de dependencia de una trabajadora sometida a las directrices de la dirección, que por su cualificación y por el objeto de su trabajo goza de mayores cuotas de libertad que otros trabajadores. El requisito de la ajenidad es más complicado de observar, debido principalmente a que el archivo del material fotográfico y de las crónicas realizadas por la trabajadora en una base de datos de la empresa, no tendría por qué suponer una transmisión de la propiedad. Sin embargo, pese a esta dificultad expresada, creo acertado el criterio del Tribunal teniendo en cuenta que la presunción de laboralidad recogida en el artículo 8 del ET no ha quedado desvirtuada por

la empresa recurrente, por lo tanto es acertado el fallo del Tribunal que reconoce también este requisito y con ello la competencia del orden social para conocer del despido de la trabajadora recurrente en instancia.

c) Actividad dependiente

STSJ de Extremadura de 28 de julio de 2006 (recurso de suplicación 468/2006) I.L. J 1962.

1. El demandante percibía unos honorarios de 1.700 euros mensuales, en concepto de pago de los servicios prestados. Se pactó, un plazo de seis meses para la realización de los trabajos especificados en el contrato, salvo fuerza mayor. No tenía horario fijado, y el lugar de trabajo dependía del actor, residiendo en Puerto de Santa María, acudiendo a Badajoz sólo puntualmente. El demandante dispone de total libertad para su trabajo; no recibe instrucción alguna en cuanto al horario de trabajo, tiempo de dedicación, criterios de elaboración, directrices o cualquier otro extremo similar que le pueda impartir la referida empresa. El 26 de diciembre de 2005 se le comunicó personalmente la inviabilidad del proyecto.

2. La sentencia de instancia declara la falta de jurisdicción que confirma la sentencia del TSJ, según los siguientes criterios. La dependencia significa que el trabajo del trabajador se encuentra en situación de sometimiento a la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empresario; esto es, que quien organiza el trabajo, da órdenes y sanciona en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el empresario y no el trabajador, si bien, naturalmente, en cada contrato de trabajo la dependencia posee una mayor o menor gradación, según las características de la actividad que se realice y el puesto de trabajo que se ocupe.

La ajenidad significa que la retribución se encuentra garantizada, con independencia de los beneficios o pérdidas del empresario, esto es, con independencia de los riesgos empresariales, de tal forma que el trabajador percibiría su retribución en cualquier caso sin quedar afectado por el riesgo de pérdidas o mayor onerosidad en la ejecución de la prestación, pues el trabajador cumple con la mera puesta a disposición ya que se trata de una obligación de medio y no de resultado.

Ahora bien, existe alguna dificultad para diferenciar el contrato de trabajo con el contrato de arrendamiento de servicios en el que no existe dependencia, ni retribución garantizada. Para resolver el problema se puede acudir a la presunción de laboralidad del artículo 8 ET, trasladando la carga de la prueba procesal al empresario demandado, acudiendo al sistema de indicios, buscando en el supuesto de hecho la existencia de los elementos esenciales del contrato (dependencia y ajenidad) o de sus contrarios (independencia y asunción de riesgos). Así han destacado como indicios de dependencia, entre otros, los siguientes: a) el desempeño formal de la prestación de servicios, sin posibilidad de sustitución; el sometimiento a jornada y a un horario; la asiduidad en el trabajo, esto es, la asistencia al trabajo todos los días laborables; d) la exclusividad en el trabajo, si bien la jurisprudencia admite la presencia de un contrato de trabajo en casos de pluriempleo; e) la inserción en

la organización empresarial y la ausencia de una organización empresarial autónoma por parte del trabajador; f) la asistencia a un centro de trabajo.

Como indicios de la ajenidad ha destacado, entre otros: a) la no aportación de los medios o instrumentos de trabajo (materias primas, herramientas, maquinaria, vehículos de transportes, instalaciones); b) la aportación empresarial del producto elaborado por el trabajador; c) la existencia de una contraprestación económica al trabajo, cuya cuantía, comparada con la de los salarios de los trabajadores de la misma localidad, y categoría, no envuelve un lucro o beneficio especial, sino que resulta equivalente a la de aquéllos; d) el carácter fijo o periódico de la remuneración percibida.

La jurisprudencia ha dictado como dato relevante el análisis y la forma en que se produce la remuneración (control de ajenidad); de tal forma que si la cantidad percibida es a cuenta de aquel asunto en que se ha intervenido, la figura contractual puede ser un arrendamiento de servicios –STS de 9 de febrero de 1990– y si se hace en atención a un parámetro fijo, es más lógico pensar en una relación laboral –STS de 24 de febrero de 1990–.

El demandante prestó servicios de forma voluntaria y retribuida, y también concurre la nota de la ajenidad pues los frutos o resultados del trabajo del demandante repercutían en beneficio de la demandada, sin que el demandante asumiera ningún riesgo en cuanto al resultado de su trabajo pues su remuneración era independiente de los resultados de su actividad y de los de la empresa.

En cambio, no concurría la dependencia, pues el trabajador tenía una total libertad para su trabajo, no recibía instrucción alguna ni tenía horario ni tiempo de trabajo, hasta el punto de que tampoco tenía centro de trabajo, residiendo en el Puerto de Santa María (Cádiz), mientras que la empresa tiene su sede en Badajoz, donde sólo acudía ocasionalmente e, incluso, cualquier otro trabajo distinto del especificado en la cláusula primera se excluye del contrato, pasando a ser retribuido conforme a las tarifas de la empresa o el acuerdo entre las partes, lo que determina que el objeto del contrato era un servicio determinado, no la actividad del trabajador.

3. En la presente sentencia se confunde la dependencia, que es sujeción a órdenes e instrucciones, con remuneración que es derecho a obtener una contraprestación por razón del trabajo dependiente. Si la primera consistiese en la segunda, sobraba exigir además de la dependencia, la remuneración a cargo del empresario. En todo caso, no es el trabajo el que se encuentra sometido al empresario, sino el trabajador, si bien lo sea funcionalmente por razón de su voluntad contractual.

Por otra parte, el trabajador, ya se ha dicho muchas veces por la doctrina, no cumple con la mera puesta a disposición, sino con la efectiva prestación del trabajo encomendado. Si concurre causa de fuerza mayor o caso fortuito, o el empresario se niega a dar trabajo, se toman los efectos legales pertinentes señalados para estos supuestos anormales. El

artículo 8 ET no contiene una presunción, sino una enumeración de requisitos legales. Si la ajenidad fuera la existencia de retribución, no se entendería la referencia de la sentencia a la no aportación por el trabajador de materiales o la referencia al destino de los frutos del trabajo. En fin, la falta de los "indicios" que se aprecian para estimar que no existe contrato de trabajo, es sumamente confusa, pues una cosa es no recibir instrucciones de nadie, lo que es falta de dependencia, y otra muy distinta algo contingente como no tener horario ni obligación de acudir al centro de trabajo, pues estos dos extremos no existen en el teletrabajo, sin que, por definición, no sea objeto de un contrato de trabajo. Las circunstancias han cambiado en esta materia, sin lesión de los caracteres del contrato de trabajo y de su flexibilidad.

STSJ de Aragón de 28 de junio de 2006 (recurso de suplicación 530/2006). I.L. J 2044.

1. El demandante tras haber trabajado antes por cuenta y bajo la dependencia de Unión General de Trabajadores desde el 21 de febrero de 1979 con la categoría de titulado superior, como Director de la Asesoría Jurídica, el 1 de febrero de 1997, las partes suscribieron un contrato de arrendamiento de servicios jurídicos. El actor, en cumplimiento de lo pactado, acudía a la sede del sindicato dos días a la semana, donde se encontraban otro abogado y un graduado social, que se encargaban de recibir a los clientes; el actor no estaba sujeto a horario, utilizaba un ordenador de su propiedad y gozaba de plena libertad para organizar su trabajo, no recibiendo instrucciones de UGT; atendía a los afiliados a los que llevaba su asunto jurídico en la sede del sindicato aunque a veces también los citaba en su despacho profesional y asistía a los juicios; asimismo, en ocasiones realizaba trabajos personales en la sede del sindicato; los servicios podían ser prestados por cualquiera de los Letrados de su despacho en quien delegare y bajo su dirección cuando no pudiera por causa justificada asistir personalmente. Las facturas por los servicios prestados por el actor las emitía UGT con arreglo a sus propias tarifas.

Por sus servicios percibía una retribución mensual fija de 2.030,98 euros, más una cantidad variable anual en función de la facturación de la Asesoría Jurídica de UGT que en 2004 fueron 6.687,21 euros. Además de la prestación de los servicios citados, el actor tenía despacho profesional abierto al público e impartía clases en la Universidad. En un momento se decidió la extinción del contrato por la demandada, que se califica por la demandante de despido.

2. La sentencia de instancia estima la incompetencia de jurisdicción, que revoca la del TSJ. El documento de 1 de febrero de 1997, elaborado por el actor sobre un modelo facilitado por el Sindicato, obliga al actor a asesorar y dirigir en materias de Derecho Laboral a los afiliados y al propio sindicato; los servicios serán prestados por el Letrado o por persona en quien delegue, bajo su dirección; establece la obligación de pasar consulta dos días a la semana durante tres horas cada día, en la sede del Sindicato o en el despacho del Letrado, a su elección, y los gastos de los desplazamientos que exija su labor serán a cargo del sindicato; el Letrado tendrá un mes de vacaciones que no supondrán merma alguna en el precio pactado; como precio del contrato se pacta una cantidad anual pagadera por meses, más una cantidad en función de los ingresos obtenidos por el sindicato mediante

los expedientes tramitados por la Asesoría por cuotas extraordinarias de los afiliados; los asuntos se llevarán hasta su terminación aunque previamente se hubiera rescindido el contrato, caso en el que se facturaría mediante honorarios colegiales; el Letrado puede acceder a la documentación que precise en las oficinas del sindicato para la mejor llevanza de los asuntos; el sindicato puede disponer de un listado de los asuntos llevados por el Letrado y acceder a cuanta información precise sobre los mismos.

El sindicato se obligó a facilitar al letrado un estadillo trimestral de la facturación hecha por los asuntos tramitados en la Asesoría jurídica. Los parámetros de la remuneración le venían impuestos y cuya variabilidad, en un concepto accesorio y en función de la productividad, no obsta al concepto retributivo de salario que contiene el artículo 26.1 ET.

La dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa–, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales. La ajenidad resulta, en primer lugar, de la presunción *iuris tantum* del artículo 8.1 del ET, traslada a la receptora de los servicios la carga de acreditar que era quien los prestaba el que recibía la utilidad de ellos, prueba aquí no conseguida. Y como se trata de un profesional liberal quien presta tales servicios, la nota de ajenidad viene también íntimamente ligada a la forma de retribución, constituyendo un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo, siendo esto último lo que en el presente caso acontece. Es verdad que, respecto del horario, tenía cierta flexibilidad el demandante, pero ello es propio y habitual en trabajadores con alta cualificación. También es cierto que, a veces, atendía a clientes particulares en las instalaciones de la demandada y dentro del horario de trabajo que en ella tenía asignado; pero ello no es, por sí solo, bastante para desnaturalizar o neutralizar la nota de dependencia, pues perfectamente puede obedecer, bien a tolerancia por parte de la empresa, o simplemente a defectuoso cumplimiento de sus deberes por parte del empleado. Finalmente, por lo que a la retribución se refiere, está perfectamente acreditado que ésta consistía en una cantidad regular por doce mensualidades, que se incrementaba anualmente, y su verdadera naturaleza es la de salario de un trabajador y no la de honorarios de un profesional liberal, por más que el actor también ejerciera la profesión de abogado, al margen de los servicios que prestaba a la demandada.

3. Llama la atención que no se haya valorado el elemento fáctico consistente en que el demandante podía delegar en otra persona de su despacho para realizar la actividad que se le pedía, que es fundamental para afirmar o negar la prestación personal de los servicios. Seguramente es el elemento más importante que tiene la sentencia para negar la concurrencia de la nota de la dependencia. Tampoco se ha elaborado consideración jurídica alguna relativa al hecho de que, a veces, el demandante se llevara a los clientes del sindicato a su propio despacho profesional, a lo que estaba autorizado, pues implica

una dosis de autotrabajo. Aunque la sentencia diga que no recibía instrucciones del sindicato, es evidente que las mínimas, las que corresponden al contrato de un alto especialista, las estaba recibiendo y cumpliendo, y eran las de asistir jurídicamente a sus afiliados. Ahí está la esencia de la nota de la dependencia. Es relevante que se estime como eventual incumplimiento de los deberes de trabajador, pero nada más, el hecho de que el demandante atendiera a clientes particulares en el despacho que tenía asignado en el sindicato.

También es relevante estimar que los resultados que se obtienen del artículo 8.1 ET, que no es disposición expresiva de presunciones, sino de prueba plena de existencia de requisitos propios del contrato de trabajo, puedan ser neutralizados por el demandado en el sentido de que puede demostrar que quien recibía la utilidad de los servicios era el trabajador. Y es relevante porque vendría a acreditar que la afirmación de la existencia de la ajenidad se había obtenido de modo superficial, incompleto o provisional.

d) Actividad por cuenta ajena

STS de 18 de octubre de 2006 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 3939/2005), I.L. J 1692.

1. Se declara como hecho probado en la sentencia que nos ocupa que los actores fueron trabajadores de las empresas demandadas, primero de la mercantil "Jet servicies", que más tarde sería "Chonoexpress", mediante un contrato de colaboración, cuya naturaleza es discutida por la demanda. El contrato de colaboración se caracterizó porque la actividad laboral se desarrollaría por los demandantes sin dedicación exclusiva, a cambio de una cantidad de dinero por cada expedición entregada o recogida, más otra por kilómetro, y una tercera cantidad en concepto de propaganda, que llevarían en su indumentaria y en su vehículo. Se establecía igualmente la obligación para los demandantes de estar dados de alta en licencia fiscal y en el RETA, girando facturas con el correspondiente IVA, obligación que han cumplido escrupulosamente durante los años 2003 y 2004. Es también destacable que los demandantes tenían que cumplir un horario que previamente había sido pactado mediante una hoja de ruta, así como que podían recibir órdenes por un emisor-transmisor telefónico incorporado al vehículo. Por último, se señala desde la sentencia de instancia que el vehículo no superó los 2.000 kg.

2. El Tribunal Supremo dictamina que la relación que vincula a los demandantes con las empresas demandadas es una relación laboral y, por lo tanto, será competente la jurisdicción laboral para conocer de aquellos litigios que posteriormente enfrenten a ambas partes, por lo tanto ordena reponer las actuaciones de instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que el Tribunal con libertad de criterio pero teniendo en cuenta la competencia del orden social dicte la sentencia que estime oportuna sobre el fondo del asunto. El fallo viene a reconocer que en el caso de autos son plenamente perceptibles los elementos exigidos por la legislación española, artículo 1.1 ET, toda vez que por el peso máximo autorizado al vehículo propiedad de los demandantes ha quedado invalidada la excepción recogida en el artículo 1.3.g) ET.

El artículo 1.1 ET determina la necesidad de que la relación laboral contemple los requisitos de ajenidad, dependencia, carácter retribuido de los servicios prestados y naturaleza personal y voluntaria de éstos. El Alto Tribunal entiende que todos estos elementos se reproducen en el caso que nos ocupa. En concreto entiende que hay ajenidad porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo para ofrecerlos como servicios de transportes a sus clientes, percibiendo directamente los beneficios. De igual forma entiende que hay ajenidad porque en la práctica la prestación se ha desarrollado en régimen de exclusividad. La dependencia viene marcada por la sujeción de los trabajadores a un horario predeterminado mediante una hoja de ruta, y por la posibilidad de recibir órdenes mediante el emisor-transmisor incorporado al vehículo. Entiende por último el Alto Tribunal que el salario está suficientemente definido en las reglas contenidas en el contrato.

3. La presente sentencia plantea algunos problemas con el reconocimiento de los requisitos de ajenidad y dependencia. Respecto de la dependencia, podríamos señalar que pese a ser leve la sujeción de los trabajadores demandantes a las órdenes de la empresa, es correcto el fallo del Alto Tribunal pues, como el propio Tribunal Supremo ha reconocido en otras ocasiones, la dependencia puede darse en diferentes grados en la relación laboral, encontrándonos en el presente asunto ante un supuesto de dependencia moderada ya que el trabajo se realiza fuera de un centro de trabajo y, por lo tanto, alejado de la esfera de control del empresario. Por su parte, la ajenidad presenta el grave problema de la simulación llevada a cabo en el contrato, que *a priori* hace irreconocible este requisito. Al respecto, el Tribunal estima adecuadamente que las manifestaciones formales como el alta en el Régimen Especial de Autónomos o el pago de la licencia fiscal, son sólo aspectos formales que no deben hacernos confundir el vínculo que une a empresario y trabajadores. Reconociendo que en la práctica sí se estaba produciendo el requisito de ajenidad exigido por el artículo 1.1 del ET.

STSJ de Aragón de 28 de junio de 2006 (recurso de suplicación 530/2006), I.L. J 2044.

1. La resolución judicial se pronuncia acerca de la existencia de relación laboral entre un abogado y el sindicato Unión General de Trabajadores (en adelante, UGT) sobre una base fáctica caracterizada por su amplia duración en el tiempo, en la que cabe distinguir tres momentos determinantes. En primer término, en 1979 el actor comenzó a prestar sus servicios como Director de la Asesoría Jurídica de UGT en Huesca en régimen de laboralidad. En segundo lugar, en 1995 el actor solicitó una excedencia por nacimiento de hijo, derecho que le fue reconocido y del que disfrutó hasta 1997, instante en que pidió su reincorporación. Ante la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo en condiciones similares a las que venía disfrutando hasta el momento de excedencia, debido a la reestructuración del empleador, el actor optó por solicitar la extinción indemnizada de su relación de trabajo. Seguidamente, el mismo año 1997, el actor firmó con UGT de Huesca un contrato de arrendamiento de servicios jurídicos, en el que se pactaba que el demandante acudiera a la sede del sindicato dos días a la semana durante tres horas

cada día, con el fin de asesorar y dirigir en materias de Derecho Laboral a los afiliados y al propio sindicato. En ocasiones, el actor recibía a los clientes en su propio despacho, personalmente o delegando en alguno de los letrados que también prestan servicios en el mismo. El actor percibía una retribución mensual fija contra factura girada por UGT, cantidad a la que se sumaba una partida variable anual en función de la facturación de la Asesoría Jurídica de UGT de Huesca. De acuerdo con estos hechos, el órgano judicial de instancia declara la inexistencia de relación laboral.

2. Ante el recurso de suplicación planteado por el actor contra la sentencia de instancia, el TSJ procede a examinar los hechos valorándolos en sentido contrario y declarando la nulidad de aquélla, al concluir la existencia de una relación de trabajo por cuenta ajena, que reúne todos los presupuestos exigidos por el artículo 1.1. El ponente recuerda que es reiterada la jurisprudencia que señala la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen al contrato, prevaleciendo la naturaleza jurídica de la misma. En el caso objeto de juicio, se valora especialmente la existencia de una retribución fija mensual como indicio de ajenidad. Igualmente, se estima la concurrencia de dependencia, a pesar de la flexibilidad horaria y el hecho de que el actor también desarrollara su profesión en su propio despacho.

3. El supuesto enjuiciado vuelve a demostrar cómo una misma realidad, observada en toda su complejidad, puede ser o no incluida en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, en virtud de cuales sean los elementos a los que se atribuya mayor relevancia. Así, esta sentencia presenta un interés particular porque, ciertamente, existen argumentos suficientes para alcanzar con toda legitimidad tanto la solución sostenida por el juez de instancia como la declarada por el TSJ. Sin embargo, en mi opinión, dos datos resultan definitivos para determinar la inexistencia de relación laboral entre las partes; esto es, para apoyar la sentencia anulada. De una parte, la posibilidad de que los servicios pactados en el contrato puedan ser desarrollados por cualquiera de los letrados que forman parte del despacho del que es titular el actor; de otra, la flexibilidad e independencia con que desarrolla su prestación, en la sede del sindicato, en su propio despacho, con sus propios materiales, etc. Por supuesto, la forma en que se retribuyen los servicios tiene un peso importante para alcanzar una decisión contraria, no obstante, entiendo que, a la vista del resto de circunstancias que concurren en el supuesto, no es un dato suficiente para entender que se trata de un trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial de UGT.

STSJ de Extremadura de 28 de julio de 2006 (recurso de suplicación 468/2006), I.L. J 1962.

1. El presente recurso de suplicación es interpuesto contra la sentencia de instancia que desestima íntegramente las peticiones contenidas en la demanda por entender que el orden social no es el competente en el caso. El actor del recurso es un trabajador que prestó sus servicios, para la entidad demandada, a través de un contrato de prestación de servicios, desde el 1 de marzo de 2005. Se pactó también, vía contractual, que la retribución sería de 1.700 euros brutos mensuales por los servicios prestados, que deberían finalizar en un plazo de 6 meses, salvo fuerza mayor. Para el desarrollo de su actividad el actor no estaba sujeto a un horario impuesto por la empresa, tampoco tenía fijado un lugar determinado

para realizar su actividad, de hecho durante el tiempo que el contrato estuvo vigente el trabajador residió en el Puerto de Santa María, yendo muy ocasionalmente a Badajoz, localidad en la que tenía fijado su domicilio social la empresa. Igualmente recoge la sentencia como hecho probado que el actor no recibía ninguna instrucción por parte de la empresa para el desarrollo de su actividad, ni estaba sometido a trabajar unas horas mínimas.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura reconoce la falta de jurisdicción del orden social para conocer de las pretensiones del actor, confirmado casi totalmente lo dicho en instancia. El fallo del Tribunal se funda en que en el caso recogido en los hechos no se reproducen las características exigidas por la legislación y la jurisprudencia para poder reconocer la existencia de una relación laboral. Así se produce una falta de uno de los elementos esenciales para que exista una relación laboral, como es la relación de dependencia. Es cierto que en el contrato parecen reproducirse algunas características de la dependencia, pero la total libertad con la que el actor podía desarrollar su actividad (no tenía horario, ni centro de trabajo) hacen que el Tribunal se incline por entender que no existía una relación de dependencia entre trabajador y empresario. Por el contrario, el Tribunal Superior corrige al tribunal de instancia y declara que en el supuesto sí existe el segundo de los elementos esenciales de la relación laboral, es decir, la ajenidad. Pues la retribución del trabajador se encontraba garantizada con independencia de los beneficios o pérdidas del empresario. Igualmente entiende el Tribunal, se dan los dos elementos de retribución y voluntariedad en la prestación laboral, pues el contrato fue libremente pactado y se fijó contractualmente un salario de 1.700 euros.

3. Llama la atención en la presente Sentencia que pese que reconoce que hay muchas ocasiones en las que es muy difícil determinar si la relación existente entre empresario y trabajador es laboral o no, debiendo acudir a la presunción de laboralidad del artículo 8 ET, y al sistema de indicios reconocidos por la jurisprudencia, termina por negar la existencia del elemento de la dependencia. Y lo hace cuando, previamente, también ha advertido que no todas las actividades tendrán la misma dependencia, admitiendo que existe una gradación posible de la dependencia según la actividad desarrollada. Siguiendo con esta interpretación, la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo que pasó de entender la dependencia como la sujeción estricta del trabajador a las órdenes del empresario, para entender que eran también dependientes aquellos trabajadores que sin estar sujetos estrictamente a las órdenes del empresario, sí se encontraban bajo su círculo rector y organizativo (entre otras, STS 19 de julio de 2002). Permitiendo incorporar al concepto de trabajador a las profesiones que gozaban de más amplia libertad en su relación laboral, y consecuentemente obligando a reconocer la existencia de una gradación de la relación de dependencia, así no será igual de dependiente el trabajador que desarrolle su actividad en su hogar, que el que deba ir a su centro de trabajo, no será igual de dependiente el trabajador de alta graduación que el de menor graduación… Por lo tanto, hecha esta argumentación por parte del Tribunal sorprende que termine sin reconocer en el presente caso la existencia de una relación laboral, cuando el trabajador realiza trabajos de consultoría empresarial para los cuales no necesita estar en un puesto de trabajo determinado, ni unas horas determinadas. Opuestamente

entiendo que el Tribunal debería haber reconocido la existencia de la laboralidad de la relación.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo

STS de 8 de noviembre de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina, 1920/2005), I.L. J 1784.

1. La sentencia de instancia y la de suplicación desestiman la naturaleza laboral de las relaciones establecidas entre la empresa y quienes realizaban para la misma trabajos de venta de seguros por teléfono, en el local de la demandada, utilizando medios materiales facilitados por la empresa, percibiendo una retribución en forma de comisiones, y con cláusula contractual de supuesta responsabilidad del buen fin de las operaciones.

2. Admitida la contradicción con la sentencia invocada por el recurrente en el trámite de unificación de doctrina, la Sala casacional recuerda "con la Sentencia de esta Sala de fecha 9 de abril de 2002, que 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 Sentencias de 23 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2769) y 2 de julio de 1996 (RJ 1996, 5631) hasta la más reciente jurisprudencia de la Sala contenida entre otras muchas en las Sentencias de 18 de abril de 2001 (RJ 2001, 5115), 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5207), 28 de junio de 2001 (RJ 2001, 6845) y 2 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8976) 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 Sentencia de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1809), a la existencia de una propia relación laboral, cuyo conocimiento ha de recaer en el ámbito del orden jurisdiccional social".

Por otra parte, "en el artículo 7.3 de la Ley 9/1992 (RCL 1992, 1020), 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 (RJ 1998, 1809), 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 (RCL 1995, 997), que es precisamente el precepto que se invoca como infringido" [FJ 3º, STS de12 de junio de 2006, R-1173/05 (RJ 2006, 3326)].

En el caso que nos ocupa al igual que en los casos anteriores resueltos por SSTS de 26 de mayo de 2006 [recurso1678/2005 (RJ 2006, 3789)], 12 de junio de 2006 [recurso 1173/2005 (RJ 2006, 3326)], 4 de julio de 2006 (recurso 1168/2005) o 14 de julio de 2006 (recurso 1921/2005), los trabajadores contratados como subagentes por la empresa demandada que actúa como agente a pesar de no tener horario fijo "unas iban por las tardes, otras mañana y tarde" (hecho probado sexto); la empresa les proporcionaba las guías telefónicas, los teléfonos y los demás medios que necesitaban (hecho probado sexto), para la realización de su cometido y existe un Jefe de Equipo que les facilita el trabajo pues "les reparte las letras de los apellidos para evitar que molesten a los clientes" (hecho probado tercero). Perciben de la demandada por la prestación de servicios una retribución bajo la denominación de "comisiones" sobre la prima de tarifa que varía según el tipo de seguro (hecho probado 11º). Al igual que en el caso resuelto por la sentencia de contraste, en los contratos suscritos por los trabajadores codemandados, existe una cláusula 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, como admite la propia empresa demandada en su escrito de impugnación al recurso, 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, como en caso análogo puso de manifiesto la ya citada Sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2002 (RJ 2002, 5286), 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 un Jefe de Equipo, 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. El mayor interés de la sentencia no consiste en el criterio acogido para decidir la laboralidad de los subagentes de seguros, que venden el producto por teléfono, pues la Sala se limita a aplicar al caso de autos su reiterada doctrina sobre el particular. Lo que verdaderamente es interesante es la doble delimitación que se lleva a cabo, entre el campo mercantil y el campo laboral, primero respecto de los agentes de seguros, incluidos en aquél y no en éste, con aplicación de la Ley 9/1992, y luego respecto de los subagentes de seguros, incluidos en éste y no en aquél, con aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Por lo demás, el fallo es irreprochable a la vista de los hechos y de la extensa fundamentación jurídica que los acompaña, aunque se trate de jurisprudencia repetitiva de la ya establecida con anterioridad.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

STJS de Castilla-La Mancha de 21 de septiembre de 2006, J.L. J 2250 (recurso de suplicación 176/2006).

1. La resolución judicial recurrida en suplicación declaraba la existencia de relación laboral entre D. Rafael y la mercantil Composystem, SA, así como la improcedencia del despido efectuado por esta última. Dicha sentencia se basa en los siguientes hechos probados. En primer término, el actor fue contratado laboralmente por la empresa EP Y H, con el objeto de llevar a cabo las funciones inherentes a su titulación como Ingeniero Técnico Aeronáutico. Con posterioridad, suscribió un nuevo contrato de trabajo para la realización de idénticos cometidos en la sociedad demandada, representada por el mismo administrador de su anterior empleadora. Resulta llamativo que, con anterioridad a la firma de este último contrato de trabajo, el actor fue nombrado administrador solidario, sin retribución, de la empresa demandada, en un principio sin ostentar simultáneamente la condición de accionista y, dos años después, como accionista minoritario de la misma. Desde el instante en que se convierte en titular de parte del capital social de la entidad, se pacta la obligación del actor de continuar prestando sus servicios, en exclusiva para la sociedad, pero bajo la forma de una prestación accesoria, personal y gratuita. Trascurridos cinco años, la Junta General de Composystem acuerda cesar en el cargo de administrador solidario a D. Rafael y suspender su obligación de realizar la correspondiente prestación accesoria.

2. Tras desestimar sucesivas peticiones revisorias de las dos partes en conflicto, el TSJ entra en el fondo del asunto para refrendar la sentencia de instancia, estimando la existencia de relación laboral y su compatibilidad con el cargo de administrador de la sociedad, así como la improcedencia del despido de D. Rafael. La solución se apoya en la jurisprudencia ya consolidada sobre la admisión de la coexistencia de las relaciones laboral y societaria, siempre que ambas mantengan su autonomía y sustantividad (SSTS de 29 de septiembre de 2003, 20 de octubre de 1998 y 15 de noviembre de 1990, entre otras). No obstante, la sentencia reproduce la duda que aparece cuando las dos relaciones que se aspira a simultanear son la de administrador y la de alto directivo, indicando cómo,

en este caso, la respuesta jurisprudencial no ha sido uniforme. De hecho, existen dos posiciones enfrentadas: la que admite la dualidad de relaciones y la que entiende que las funciones de administrador absorben aquellas otras asignadas a un alto cargo (STS de 26 de febrero de 2003). Ante las incertidumbres que generan este tipo de supuestos, el Tribunal opta por atender a criterios de justicia material y valorar las circunstancias concretas del caso para alcanzar la resolución ya enunciada, si bien señalando el carácter ordinario y no de alta dirección de la relación laboral, ya que no quedan desvirtuados los rasgos de dependencia y ajenidad en la misma y que ha quedado demostrado que el poder de dirección y de gestión de la sociedad es ejercitado por los tres hermanos socios mayoritarios de la misma.

3. La controversia planteada en esta sentencia presenta enorme interés pues, a pesar del desorden del relato fáctico del que parte y de la ausencia de elementos que considero determinantes para alcanzar la solución más adecuada, es una prueba clara del proceso de deslaboralización que se está llevando a cabo mediante instrumentos societarios, como la participación del trabajador en el capital social, la articulación de sus servicios a través de prestaciones accesorias, etc. En efecto, desde el momento en que el actor se incorpora a la sociedad como administrador solidario, sin retribución, lo que antes era objeto de un contrato de trabajo pasa a ser, formalmente, contenido de una obligación típicamente societaria como es la prestación accesoria, cuestión que, por otra parte, no ha sido analizada por la resolución que se comenta. Sin embargo, las condiciones en que desarrolla su prestación de servicios son idénticas a las que venía disfrutando como trabajador por cuenta ajena, motivo por el cual, la modificación de la denominación de la relación no resulta suficiente para desvirtuar su verdadera naturaleza laboral. Otro dato concluyente es el que ha sido destacado por el TSJ; esto es, que el control efectivo de la sociedad continúa siendo desempeñado por los propietarios mayoritarios de la misma, lo que garantiza la presencia de los rasgos de ajenidad y dependencia en la prestación de Don Rafael.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas con vehículo propio

STS de 18 de octubre de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina, 3939/2005), I.L. J 1692.

1. Según los hechos probados, los actores firmaron con la empresa demandada un contrato de colaboración para la distribución y recogida de mercancías, por el cual el transportista se obliga a prestar a la empresa Jet Services los servicios de distribución de las mercancías que con destino a distintos destinatarios reciba de ésta, para lo cual el transportista dedicará a dicha actividad un vehículo de su propiedad: "El transportista no queda comprometido en exclusiva con Jet Services, pudiendo concertar los servicios a que viene dedicándose con otras personas ya físicas o jurídicas. El transportista se

obliga, por tanto, a poner las mercancías transportadas a disposición de los clientes de Jet Services y en el sitio o lugar donde los mismos tengan su domicilio, negocio o local comercial. El transportista se obliga a permanecer dado de alta y al corriente en los recibos de Licencia Fiscal del Impuesto Industrial correspondiente a su actividad de empresario o transportista. Igualmente se obliga a permanecer dado de alta y al corriente de los recibos derivados de su afiliación al Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, comprometiéndose a presentar, cuando se le solicite por Jet Services, los justificantes del pago de sus cuotas de Licencia Fiscal y del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Serán de cargo del transportista tanto los gastos generales de mantenimiento como el pago de combustible de los vehículos aportados, así como toda clase de tasas, gravámenes e impuestos derivados de su actividad, quedando exonerado Jet Services de toda responsabilidad civil y pecuniaria que se pueda derivar de la formalización del presente contrato. El transportista no estará sometido a horario de entrada ni salida, ni de dependencia respecto a Jet Services en relación a itinerarios, criterios de distribución o precios a aplicar, pero deberá presentarse en las oficinas de la mencionada Sociedad en el momento en que se le requiera por ella para la ejecución del servicio contratado o para proceder a la oportuna rendición de cuentas. El transportista se obliga a llevar en el vehículo reseñado el anagrama de Jet Services, así como a usar el vestuario con publicidad que a tal efecto le suministre Jet Service. El transportista se obliga a llevar en dicho vehículo un radioteléfono. Jet Services se obliga a pagar al transportista las cantidades siguientes: 1) 120 pesetas por cada expedición entregada o recogida a los clientes de Jet Services por el transportista, con un máximo de ptas.---días. 2) 20 pesetas por Km. 3) 10.000 pesetas en concepto de propaganda y publicidad por llevar los anagramas de Jet Services en el vehículo, así como uso de vestuario con publicidad. Si el importe de las facturas presentadas al cobro por el transportista es superior a 150.000 pesetas, Jet Services abonará la misma mediante pagaré. En caso de que el importe de la factura sea inferior al que se ha especificado, Jet Services abonará la misma mediante talón librado a los 20 días de su presentación de factura. Las mercancías en poder del transportista lo estarán en concepto de depósito, debiendo responder de su buen estado y conservación. El transportista no asume el riesgo y ventura de las operaciones mercantiles realizadas por Jet Services, entendiéndose ello sin perjuicio de la obligación del transportista de entregar las mercancías y efectos que se le encomienden en el mismo estado en que éstos se encontraban en el momento de recibirlos, sin detrimento ni menoscabo alguno; asimismo deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al destinatario los efectos que hubiera recibido, siendo responsable, caso de no hacerlo así, de los perjuicios que ello ocasionara. Ambas partes reconocen la naturaleza puramente mercantil de este contrato, que podrá ser revocado libremente y en cualquier momento por cada una de las partes, mediante la simple manifestación de voluntad, con una semana de anterioridad".

Pasado un cierto tiempo, la empresa remitió al transportista carta del siguiente tenor: "por la presente se le detalla que, a fecha de hoy, tiene pendientes de liquidación los reembolsos y portes debidos que se relacionan en los listados adjuntos. Tal y como ya se le comunicó anteriormente, esta falta de liquidación no sólo implica un claro incumplimiento del manual de procedimiento de Chronoexpres, SA, sino que supone una irregularidad de suma gravedad que puede ser constitutiva de un delito de apropiación indebida tipificado en el artículo 252 del Código Penal. De cara a evitar perjuicios mayores, le requerimos para

que, en el improrrogable plazo de 48 horas desde la recepción de la presente, proceda a la devolución de las cantidades propiedad de Chronoexprés, SA que indebidamente retiene, y que asciende a la suma de 1.785,14 euros. En caso de no proceder a la devolución en el plazo indicado, Chronoexprés, SA, procederá a ejercer todas aquellas acciones que la Ley pone a su disposición. Con independencia de ello, debo indicarle que su reiterado incumplimiento en el procedimiento de liquidación de reembolsos y portes debidos, ha motivado que la mutua confianza que debe presidir nuestra relación mercantil se rompa de manera irreversible, por lo que por medio de la presente le comunicamos que dicha relación de prestación de servicios de transporte queda extinguida con efectos del día de hoy. Dentro de los siete días siguientes a esta fecha, deberá presentar la factura por los servicios que, en su calidad de empresario transportista por cuenta propia, haya en su caso prestado a Chronoexprés, SA durante el mes de febrero y del presente mes de marzo, las cuales le serán abonadas en la forma habitual". El Juzgado de lo Social que conoció de la reclamación interpuesta por despido, estimo la excepción de incompetencia jurisdiccional, lo que fue confirmado por la Sala de Suplicación. Recurrida esa sentencia en unificación de doctrina, la Sala estima el recurso y admite la existencia de relación laboral entre las partes.

2. En el recurso se cita como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de octubre de 1996 (AS 1996, 3717). La Sala *ad quem* admite la contradicción, razonando sobre la laboralidad del vínculo del modo siguiente: "se dan todos los presupuestos que determinan la atribución de esta calificación conforme al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), sin que pueda aplicarse ninguna de las exclusiones que contempla el número 3 de ese artículo. En especial, hay que señalar que no concurre la excepción del párrafo 2º del apartado g) del número citado, porque la sentencia de instancia reconoce, con valor fáctico, que los vehículos utilizados tienen una carga útil inferior a las dos toneladas métricas, con lo que están exentos de autorización administrativa para dedicarse al servicio de transporte. El problema se sitúa, por tanto, no en el ámbito de la exclusión, sino en el de la regla general sobre la determinación del carácter laboral de la prestación de servicios que se contiene en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto califica como laborales las relaciones en que se aprecien las notas de ajenidad, dependencia, el carácter retribuido de los servicios prestados y la naturaleza personal de éstos. En este sentido ha de estarse a los criterios generales de calificación que han sido establecidos sobre el trabajo de los denominados transportistas con vehículo propio por una reiterada doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de 26 de febrero (RJ 1986, 834) y 26 de junio de 1986 (RJ 1986, 3741), 4 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8826), 2 de febrero y 12 de septiembre de 1988, 20 de octubre, 14 de noviembre y 22 de diciembre de 1989, 8 de marzo (RJ 1990, 2030), 6 de noviembre y 12 de diciembre de 1990, 29 de enero de 1991 (RJ 1991, 190) y las más recientes de 15 de junio de 1998 (RJ 1998, 5262), 23 de diciembre de 1998 y 19 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 332). A partir de estos criterios ha de examinarse la situación de los actores. En primer lugar, la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca, porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo

para ofrecerlos como servicios de transporte a sus clientes, percibiendo directamente los beneficios de esta actividad. Los actores no son titulares de una organización empresarial propia, sino que prestan de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio. Esta prestación es el elemento fundamental del contrato, sin que la naturaleza de éste se desvirtúe por la aportación de vehículo por el trabajador, pues esa aportación no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del trabajador se revela como predominante. Las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la relación como laboral. La ajenidad se manifiesta también a través de indicios típicos de la laboralidad como la continuidad temporal del trabajo para una sola empresa y la aplicación de un régimen de dedicación personal que hace en la práctica imposible la oferta de servicios para el mercado, pese al reconocimiento de que no hay compromiso de exclusividad, el cual tampoco es definitivo en orden a la calificación de la relación, como se desprende del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores. En segundo lugar, la dependencia no ofrece duda, aunque se presente con el margen de flexibilidad que es propio del trabajo que ha de desarrollarse fuera de un centro de trabajo. Los actores inician la jornada diaria en un tiempo previamente determinado y de acuerdo con una hoja de ruta, a la que se dice que están "sujetos" y la demandada puede trasmitirles instrucciones a través de "emisor-transmisor radio telefónico". El carácter dependiente de la prestación se manifiesta también en la obligación de llevar en los vehículos el anagrama de la empresa y de incorporar la publicidad de ésta en el vestuario. Aunque estas obligaciones se retribuyan de forma independiente, es obvio que acentúan la imagen de dependencia en la prestación de trabajo, poniendo de relieve incluso en el plano simbólico que los pretendidos transportistas son en realidad órganos de la empresa. Por lo que respecta a la retribución, la sentencia de instancia afirma que no existe salario, ni determinación de unas reglas, por las que éste pueda fijarse, destacando que las cantidades percibidas son variables y exceden con mucho de los salarios del convenio. Respecto a esta última precisión, hay que indicar que el que la retribución abonada supere la del convenio no es dato que permita excluir la laboralidad, pues la retribución del convenio es un mínimo que puede ser mejorado por contrato. Además es lógico que la retribución de los actores supere la del convenio, pues con ella tienen que hacer frente no sólo a la amortización del vehículo, sino a los gastos de mantenimiento y combustible. El salario, tal como se define en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, existe y sus criterios de determinación se fijan en el propio contrato en función de las operaciones de entrega o recogida realizadas y de los kilómetros completados; criterios que ponderan a la vez el acto de transporte y el recorrido del mismo. Encajan así plenamente dentro del concepto de contraprestación económica del trabajo realizado que establece el precepto citado. La retribución independiente de la "publicidad" no descalifica el carácter salarial de la remuneración considerada en su conjunto. Por otra parte, el que una parte de las cantidades percibidas se destine presumiblemente a compensar los gastos que los trabajadores realizan para la amortización, mantenimiento y combustible del vehículo o por otros conceptos tampoco descalifica la laboralidad, pues tal compensación es normal cuando el trabajador ha de realizar determinados pagos como consecuencia de

la prestación de trabajo. Por último, hay que indicar que no se ha probado ningún dato que permita cuestionar el carácter personal de la prestación de trabajo.

3. La Sala aprecia de inmediato que la relación contractual cuestionada no puede ser una relación de transporte, con lo que desecha cualquier delimitación técnica entre las prestaciones de transportistas incluidas o excluidas del ordenamiento laboral. A la vista del pequeño tonelaje del vehículo utilizado, entiende que se trata de una relación contractual ordinaria, bien que respecto de ella haya necesidad de decidir si se cumplen o no los presupuestos de laboralidad según las reglas generales. Con ese motivo se lleva a cabo un riguroso estudio de los presupuestos sustantivos, en particular de los presupuestos de ajenidad y de dependencia, para concluir que, pese a las apariencias, y a las intencionadas maniobras para disfrazar la laboralidad, se está en presencia de una relación sustantivamente laboral, incluida plenamente en el Estatuto de los Trabajadores.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STS de 17 de octubre de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3195/2005), I.L. J 1847.

1. El pronunciamiento viene referido a la existencia o no de una relación laboral entre la demandante y la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), entidad que contrató administrativamente a aquélla con la finalidad de que introdujera una serie de información en su página web. Constan como hechos probados que, a fin de concertar dicho contrato, el Subdirector General de Cooperación Multilateral y Horizontal del Ministerio de Asuntos Exteriores firmó una propuesta de gasto para la provisión de un contrato menor de Asistencia Técnica para apoyo de su Subdirección. El resultado de la aprobación de dicho gasto fue la contratación de la demandante, a través del procedimiento previsto en los artículos 56 y 201 del RDLeg. 2/2002, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho contrato se pacta por un período de 6 meses a cambio de seis pagos de 2.000 euros cada mes. La prestación de servicios fue desarrollada por la actora diariamente, en el centro de trabajo de la AECI, dentro del horario fijado, tal y como se puede comprobar por las fichas de entrada y salida del trabajo. Agotado este primer contrato se procede a acordar uno nuevo, bajo idénticas condiciones. El día 7 de abril de 2004 se impide la entrada de la trabajadora a la AECI, motivo por el cual se inicia un procedimiento de despido. Este acto de extinción es declarado improcedente en instancia y confirmado como tal en resolución del recurso de suplicación planteado por el Abogado de Estado ante el TSJ de Madrid.

2. Tras valorar los hechos probados, así como las alegaciones del Abogado del Estado contenidas en su recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala de lo Social del TS analiza, de manera precisa y ordenada, la evolución del tratamiento jurídico de casos que reúnen circunstancias semejantes al enjuiciado. De este modo, se examina la

progresión legislativa en materia de contratos celebrados por las Administraciones públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Se reitera que la noción de "trabajo específico" que puede ser objeto de contrato administrativo es aquel "producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final", con lo que, cualquier contrato cuyo objeto consista en la realización de una actividad, sin que se exija un producto final lo será de naturaleza laboral. Ésta es la situación que concurre en el supuesto enjuiciado, por lo que se confirman las dos resoluciones judiciales previas, resolviendo la improcedencia del despido de la trabajadora de la AECI.

3. La sentencia resuelve, conforme a jurisprudencia ya consolidada, un supuesto que se presta a confusión y en el que colisionan dos parcelas del ordenamiento en constante tensión: la correspondiente al Derecho Administrativo y al Derecho del Trabajo. En este concreto asunto la dificultad ha venido de la mano de la legislación sobre contratación administrativa que, poco a poco, ha sido depurada hasta excluir supuestos claros de "administrativización" de relaciones laborales, dando lugar a situaciones que nada tienen que ver con la función de las administraciones públicas. Por este motivo, resulta enormemente clarificadora la resolución comentada, pues vuelve a incidir en las claves que permiten delimitar la prestación de trabajo en régimen de laboralidad dentro del ámbito de organización y dirección de un empleador tan complejo como la Administración.

Maravillas Espín Sáez
Jesús González Velasco
María de Sande Pérez-Bedmar (coordinadora)
Luis Enrique de la Villa de la Serna
Diego de la Villa de la Serna

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **4. Empresas de Trabajo Temporal.** A) El contrato de puesta a disposición no es una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal: cómputo de la antigüedad en supuestos de sucesivos contratos temporales y de puesta a disposición. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Período en el que debe ejercitarse la acción de fijeza. C) Eficacia *ex nunc* o *ex tunc* de la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal. D) La cesión ilegal no impide la extinción contractual durante el período de prueba. **6. Sucesión de empresas.** A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Convenio Colectivo aplicable. D) Consecuencias de la sucesión: mantenimiento y respeto de los derechos de los trabajadores asumidos, entre ellos, la antigüedad. E) Subrogación contractual.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1631 a 2273) 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) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas con fondos públicos. Con carácter previo, al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro que, de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación –derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar– y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende que "en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos". Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración –que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial–, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, "la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios". Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dada por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, "el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar 'se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo'. Y el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de

cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) 'las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros'; b) 'las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales…'; y c) 'las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores'". Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de "gastos variables" la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, la **STSJ de Aragón de 27 de junio de 2006,** I.L. J 2043, debe decidir si la paga extraordinaria por antigüedad, recogida en el IV Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos y sustitutiva de la anterior mejora social que se percibía en el momento de la jubilación de acuerdo con el III Convenio colectivo, debe ser abonada o no por la Administración en su función de obligada al pago delegado en virtud de concierto educativo. A esta cuestión nos hemos referido en comentarios precedentes, poniendo de relieve las posturas divergentes de los distintos Tribunales Superiores de Justicia y la inexistencia aún de doctrina unificada al apreciar siempre el Tribunal Supremo en los diversos recursos planteados la inexistencia de contradicción [véanse, entre las más recientes, Revistas núm. 29, III.2.A), núm. 28, III.2.A), núm. 27, III.2.A), núm. 26, III.2.C) y núm. 25, III.2.B)]. En esta ocasión la respuesta de la resolución estudiada será positiva, conclusión a la que se llega sobre la base de las siguientes argumentaciones:

–Frente a la alegada por la Administración falta de naturaleza salarial de la mencionada paga, en tanto que se trata de una cantidad que no hace sino mantener el premio de jubilación recogido en el III Convenio –premio que la propia norma convencional calificaba de "mejora social"–, la Sala señalará que "la paga extraordinaria (…) se encuadra en el capítulo de las retribuciones y que a tenor del artículo 26 ET entra dentro de su amplio concepto de salario, pues es una retribución que se satisface como remuneración a una larga prestación de servicios y que su única razón de ser es remunerar una notable antigüedad en la prestación del trabajo a la empresa, sin que el artículo 26 ET ni la noción de salario requiera periodicidad". Recordemos que, como indicamos en crónicas anteriores [véase Revista núm. 29, III.2.A)], ya el Tribunal Supremo había declarado la naturaleza salarial de la citada paga.

–Así las cosas y ante la previsión del artículo 49.6 de la LODE –hoy en el artículo 76 de la LOCE– que establece que la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos, que superen el incremento global de las cantidades correspondientes a salarios, la sentencia comentada argumentará que la

paga extraordinaria litigiosa no estaba contemplada como salario antes del IV Convenio colectivo, por lo que "el Convenio no introduce una alteración en este concepto salarial superior al porcentaje de incremento global presupuestario de los salarios, pues no puede alterarse lo que antes no existía (…) Por lo tanto, no puede oponerse sin más a lo reclamado (…) lo dispuesto en el artículo 49.6 de la LODE (…), porque la cuestión es, más que una alteración salarial, la introducción por Convenio de un concepto salarial nuevo, contemplado hasta entonces como mejora social de jubilación, la cual venía siendo abonada por la Administración".

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 6.A).

B) Responsabilidad del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

La panoplia de responsabilidades a que da origen el incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo sufre un nivel de complejidad adicional cuando estamos en presencia de supuestos de contratación y subcontratación de actividades. A la variedad de normas que disciplinan cada tipo de responsabilidad (Estatuto de los Trabajadores, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley General de la Seguridad Social, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Código Penal y Código Civil) se une el dato de que cada una de ellas toma como referente de imputación o presupuesto de hecho no siempre coincidente y en el que el dato de tratarse de actividades correspondientes a la "propia actividad" en ocasiones es determinante pero en otras resulta indiferente. Por ello, la dicción exacta y los términos concretos que aparecen en cada una de las normas que regulan las diversas responsabilidades son elementos de trascendencia vital a la hora de determinar quién es el sujeto responsable. A tales efectos, el artículo 123.2 LGSS señala que la responsabilidad del pago del recargo de las prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional "recaerá directamente sobre el empresario infractor"; expresión que ha dado origen a una abundante litigiosidad en su aplicación a los supuestos de contrata de obras y servicios. La doctrina judicial en su interpretación se ha mostrado favorable a hacer abstracción, a la hora de decidir sobre el sujeto responsable del recargo, del elemento de estar en presencia de una contrata correspondiente a la propia actividad, poniendo énfasis en el hecho de que la producción del accidente estuviera o no dentro de la esfera de responsabilidad y control del empresario principal (véanse sentencias comentadas en crónicas precedentes –SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, de 4 de enero de 2002, I.L. J 142; STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2204; STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006, I.L. J 428). La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 26 de mayo de 2005, u.d., I.L J 990 y de 11 de mayo de 2005, u.d., I.L. J 1080), por su parte, parece más inclinada a conectar la eventual existencia de responsabilidad del empresario principal con la circunstancia de incurrir en algún incumplimiento de

obligaciones *ex* artículo 24.3 LPRL lo que, a lo postre, y dado el presupuesto de hecho de este último precepto que alude a la contratación de obras o servicios correspondiente a la propia actividad, termina por reducir enormemente las posibilidades de apreciación de responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por el recargo de prestaciones.

Esta última línea de tendencia es la que parecer acoger la **STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2006,** I.L. J 1793, cuando, tras una detallada exposición de los elementos exigidos para que pueda imponerse el recargo de prestaciones, analiza los posibles sujetos responsables del mismo desde una interpretación coordinada de los artículos 123 LGSS, 42.2 ET y 24.3 LPRL, llegando a la conclusión de que:

> "Tres son, por tanto, los requisitos necesarios para extender la responsabilidad solidaria al empresario principal: a) que el empresario principal sea el titular del centro de trabajo; b) que la actividad de la empresa contratista o subcontratista sea la misma que la del empresario principal; c) que exista una relación jurídica entre la empresa principal y la contratista en virtud de la cual aquélla encomienda a ésta la realización de una obra o un servicio."

Dado que en el caso de autos, si bien el accidente se produjo en el centro de trabajo de la empresa principal, falta uno de los "presupuestos legales, el de la 'propia actividad', toda vez que 'Ampros' se dedica al mantenimiento integral de jardines y espacios verdes, mientras que 'Padre Menni' es un centro hospitalario, razón por la cual no puede extenderse a ésta la responsabilidad postulada por la recurrente. La mera cesión del espacio donde se produjo la caída, no integra los supuestos del artículo 24 LPRL".

C) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) El contrato de puesta a disposición no es una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal: cómputo de la antigüedad en supuestos de sucesivos contratos temporales y de puesta a disposición

La aplicación de su doctrina a tenor de la cual el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal, conduce a la **STS de 17 de octubre de 2006,** u.d., I.L. J 1795, a mantener que, a efectos del cálculo de la indemnización correspondiente a un despido improcedente, la antigüedad del trabajador debe computarse desde la fecha inicial de prestación de servicios para la empresa y no desde el comienzo del último contrato celebrado. En el supuesto de hecho analizado se ha constatado la existencia de una contratación abusiva al margen de lo previsto legalmente, como lo

demuestra el hecho de que el actor había prestado servicios, sin solución de continuidad para la empresa recurrente, mediante dos contratos sucesivos de puesta a disposición y un contrato celebrado directamente con la que había sido la empresa usuaria, prorrogado en tres ocasiones, bajo la premisa de necesidad temporal de mano de obra cuando la realidad es que "una necesidad que persiste dos años es una necesidad permanente".

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

La plasmación normativa de algunos de los principales criterios utilizados jurisprudencialmente o bien la introducción de algunos criterios novedosos respecto de aquéllos para delimitar la lícita contrata de obras y servicios de la prohibida cesión de mano de obra aún no ha encontrado desarrollo y aplicación en la doctrina de los tribunales, que siguen, debido al momento en que acontecen los hechos analizados, recurriendo a los ya clásicos parámetros elaborados por la jurisprudencia para fijar los límites y la línea divisoria entre una y otra figura. A ellos aluden la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de marzo de 2006,** I.L. J 2080 y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de junio de 2006,** I.L. J 1642, que, en un detenido examen de las diversas fases por las que ha atravesado el Tribunal Supremo en la ardua y siempre inconclusa labor de delimitación de la legítima contrata y el vetado mecanismo interpositorio –especialmente por parte de la primera de las resoluciones judiciales mencionadas–, nos recuerdan que:

– El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva; lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, siendo la contrata a que se refiere el artículo 42 ET la forma más común de realizar la actividad descentralizadora.

– En un primer momento se declaró que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista era una empresa ficticia o aparente.

– A partir de la Sentencia del TS de 19 de enero de 1994 se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio, para situarnos fuera del ámbito de la cesión legalmente prohibida, pues existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un concreto supuesto contractual se limita al suministro de mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial.

– En esta línea se apunta que mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma; quien no asume los riesgos del negocio y tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal.

La aplicación de estos criterios al supuesto enjuiciado conduce a la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de marzo de 2006,** I.L. J 2080, a declarar la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores, pues "la empresa prestataria del servicio (…) la contratista es empresa real, tiene una organización propia que se pone a disposición de la arrendataria, no apareciendo datos que indiquen lo contrario ni reflejen relación societaria o de interdependencia entre la empresa contratista y la arrendataria, y por otro lado el actor estuvo integrado en la estructura organizativa o de dirección de la misma (…) sin que sean suficientes las alegaciones del recurrente ni la circunstancia de que el despacho asignado al actor se encontrase en las dependencias del Ayuntamiento (…) para apreciar la existencia de cesión ilegal de mano de obra, por lo que debe entenderse que tal prestación de servicios a dicha referida empresa dedicada a la actividad de servicios y con una propia organización que se pone a disposición de la arrendataria aunque lo fuera con aportaciones simples, queda incardinada en la prestación de servicios propia de la contrata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores".

A la solución contraria llega la **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de junio de 2006,** I.L. J 1642, al haberse constatado que si bien el trabajador aparece vinculado formalmente por contrato de trabajo con la empresa Mibérico, SL, que presta servicios de mantenimiento para ENCASUR, SA, y que ambas entidades ejercen actividad empresarial propia y cuentan con patrimonio, instrumentos, medios y organización propios, lo cierto es que en el caso de autos "los medios materiales e infraestructura necesaria para el desempeño de la actividad del demandante fueron aportados por ENCASUR y se desarrolla bajo las órdenes directas de los Maestros de Taller de esta entidad, que controlan en todo momento el trabajo del actor, firmando los partes de trabajo, con indicación de la actividad desarrollada y las horas de trabajo empleadas, facturándose posteriormente en función de las mismas por parte de ENCASUR, sin que la entidad Mibérico tuviera control alguno de tales trabajos; ni aportase medios o infraestructura relevante para la realización de los mismos".

B) Período en el que debe ejercitarse la acción de fijeza

Como ya se ha señalado en crónicas anteriores, la doctrina jurisprudencial viene manteniendo que el tenor literal del artículo 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión", de modo que, concluida ésta, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque la cesión haya sido ilegal. No obstante, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de junio de 2006,** I.L. J 1642, trayendo a colación y aplicando al supuesto examinado la doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad, llegará a un resultado diverso, señalándose que el hecho de que tanto la demanda de conciliación como la demanda judicial se presentaran después de que el trabajador dejara de prestar servicios en la empresa "no constituye óbice para que el trabajador pueda ejercitar su acción de cesión ilegal, si nos atenemos al proceso histórico que se ha producido en este caso". En efecto, del relato de hechos se desprende que el trabajador ha venido prestando servicios en tareas de mantenimiento en los talleres de la empresa ENCASUR, SA, a través de diversos contratos con distintas empresas que, a su vez, habían suscrito los correspondientes contratos civiles de prestación de servicios de mantenimiento con ENCASUR, SA, A la vista

del dilatado período de tiempo trabajando en las instalaciones de ENCASUR, SA, el actor formula denuncia ante la Inspección de Trabajo aduciendo la cesión ilegal que, a su juicio, está sufriendo. Conocida la denuncia del trabajador, la empresa que en ese momento lo ha contratado formalmente le comunica que debe presentarse al encargado para que le asigne otras ocupaciones pues ha concluido el contrato que la entidad mantenía con ENCASUR, SA. Días después la citada entidad suscribe un nuevo contrato de prestación de servicios con ENCASUR, SA, similar al anteriormente vigente, y a cuya ejecución la empresa destina a otros trabajadores distintos al actor. Así las cosas, la Sala considera que

> "tal maniobra ha de ser entendida como una medida de represalia contra el trabajador por haber formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal, que no ha de surtir efecto alguno que perjudique a la eficacia de la acción ahora emprendida, al tratarse de una vulneración de la garantía de indemnidad (…)".

C) Eficacia *ex nunc* o *ex tunc* de la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal

La **STS de 5 de diciembre de 2006,** u.d., I.L. J 2000, aborda la problemática de la eficacia que debe otorgarse a la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal; en concreto, la cuestión se centra en determinar si tal resolución judicial tiene carácter constitutivo, y, por tanto, sólo produce efectos *ex nunc* o, por el contrario, sus efectos se retrotraen al momento del inicio de la cesión prohibida. En el supuesto enjuiciado la sentencia del TSJ declaró el derecho del trabajador a percibir su retribución de acuerdo con las normas laborales aplicables en la entidad para la que prestó efectivamente servicios en un período anterior a la declaración judicial de la cesión. La empresa cesionaria recurre en unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste un pronunciamiento judicial en el que se indica que "cuando la empresa cedente es real la resolución judicial que declara la cesión es constitutiva y produce efectos *ex nunc* desde la fecha de la integración en la plantilla de la empresa".

El Alto Tribunal, tras recordar su doctrina, según la cual la eficacia *ex tunc* de las condiciones de trabajo sólo puede predicarse para aquellos supuestos de cesión en los que la empresa cedente es un empleador ficticio, carente de la organización empresarial, debiendo estarse en otro caso a la eficacia *ex nunc*, señalará que la mencionada interpretación ha evolucionado, pues estaba centrada en una visión del derecho de opción por la fijeza del trabajador cedido que sólo tenía sentido cuando las dos empresas implicadas en el fenómeno interpositorio eran empresas reales. Frente a ello, la sentencia comentada, con cita de pronunciamientos anteriores que evidencian el cambio operado, destacará la naturaleza interpositoria de toda cesión ilegal, con independencia de que se produzca entre empresas reales o ficticias, de tal manera que

> "la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. Desde esta nueva perspectiva, la opción tiene el sentido de proteger el posi-

ble interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción –como lo será normalmente– por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal por la empresa cedente y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse y la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión".

En atención a lo expuesto el Tribunal Supremo desestimará el recurso interpuesto por la empresa cesionaria.

D) La cesión ilegal no impide la extinción contractual durante el período de prueba

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de marzo de 2006,** I.L. J 2080, ya comentada en el apartado 5.A) de esta crónica, llega a la conclusión de que en el supuesto examinado no existe cesión ilegal de trabajadores pero dado que la extinción del contrato de trabajo se produjo durante la vigencia del período de prueba se razona adicionalmente que, aun en el caso de que se pretendiera la aplicación de los efectos previstos en el artículo 43 ET para incumplimientos de la interposición prohibida, ello no impediría que desplegara su eficacia el período de prueba pactado, que seguiría siendo válido y eficaz por aplicación del artículo 9 ET, "pues la cesión pretendida no impediría a la empresa la extinción válida durante el período de prueba válidamente pactado (…)".

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho del fenómeno de la sucesión empresarial es una de las cuestiones que ha suscitado mayor debate científico y jurisprudencial en lo que al análisis de esta figura concierne; y no sólo en nuestro país. La normativa comunitaria, y sus hasta cierto punto comprensibles imprecisiones, han propiciado un elevadísimo número de pronunciamientos del TJCE y una vacilante doctrina, a veces con consecuencias directas sobre el texto de la norma y su necesaria rectificación, que, pese a todo, no parece definitivamente cerrada. Las transformaciones productivas y las nuevas formas de gestión empresarial están detrás, en buena medida, de la difícil determinación del encaje del caso examinado dentro de las coordenadas constitutivas de la sucesión de empresa, a lo que tampoco es ajena la cuestión, irrelevante en principio en el texto del artículo 44 ET, de la no siempre mejor opción de la afirmación de la existencia de subrogación por lo que a los intereses de los trabajadores respecta. En este contexto, de los dos elementos

tradicionalmente exigidos por nuestro Tribunal Supremo en la configuración de la figura de la sucesión empresarial, a saber, el denominado elemento subjetivo, representado por el cambio en la titularidad empresarial, y el llamado elemento objetivo, materializado en la transmisión al cesionario de los factores materiales y personales necesarios para la actividad empresarial –hoy identificados en el artículo 44.2 ET en la transferencia de una entidad económica que mantenga su identidad– es este último el que mayores discusiones ha generado, fundamentalmente en su aplicación a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas, como más adelante veremos.

Así las cosas, la **STSJ de La Rioja de 17 de mayo de 2006,** I.L. J 1750, vuelve a recordarnos que

> "La institución de la transmisión o sucesión de empresas o cambio de titularidad que regula el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (…), requiere la concurrencia de dos condiciones, una subjetiva representada por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, y otra objetiva que radica en la entrega efectiva del conjunto de elementos patrimoniales, personales y materiales que permitan la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de la unidad socioeconómica de producción que configura la identidad del objeto trasmitido de manera que resulta necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos que configuren la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación susceptible de constituir un soporte de producción dotado de autonomía funcional y no una mera actividad y a los contratos a ella vinculada."

La aplicación de estos criterios al caso de autos conduce a la Sala a la apreciación de una sucesión de empresa incluible en el artículo 44 ET, ya que ha quedado probado que el trabajador, que inició su relación laboral con la empresa "Segundo Santo Tomás Torralba", tras causar baja en ella, pasa a ser dado de alta de forma inmediata en la empresa Transportes Azkar, SA; que la primera de las empresas mencionadas figuraba como corresponsal de transportes de la segunda; que la empresa "Segundo Santo Tomás Torralba" tenía rotulados los camiones con el anagrama de Transportes Azkar, SA; que el centro de trabajo donde prestaba servicios el trabajador para la primera empresa es el mismo que donde lo hace para la segunda; que los camiones utilizados por el nuevo empleador son los mismos que empleaba el anterior; que las rutas y clientes de las dos empresas eran las mismas, y que los trabajadores de la empresa "Segundo Santo Tomás Torralba" pasaron a desarrollar su actividad sin ningún tipo de modificación laboral para la empresa Transportes Azkar, SA. En resumen, la posición del empresario "Segundo Santo Tomás Torralba" fue asumida por la entidad Transportes Azkar, SA, "efectuándose el traslado a la segunda empresa de todos los elementos materiales y personales necesarios para el normal desarrollo de la actividad, actividad que continuó desarrollándose con los mismos clientes que tenía la anterior empresa".

Similar referencia a esos dos elementos exigidos por el Tribunal Supremo para concluir en la existencia de sucesión empresarial encontramos en la **STSJ de Madrid de 16 de mayo**

de 2006, I.L. J 1633, que probablemente presente más interés desde la perspectiva del supuesto de hecho analizado que desde el punto de vista de la doctrina sustantiva aplicada. En efecto, los trabajadores prestaban servicios para la empresa "Cinesa-Compañía de Iniciativas y Espectáculos, SA", propietaria de un determinado local en el que explotaba los "Minicines Fuencarral". "Cinesa" vende a Yomalu 2000, SA el citado local, libre, vacuo y expedito, pero en tanto se consuma la venta, el comprador acepta que Cinesa continúe en la explotación del negocio, sin que ello suponga la existencia de relación laboral o de dependencia entre el comprador y el personal que la vendedora tenga empleado, debiendo la parte vendedora haber cesado al personal que tenga trabajando en el local con carácter previo a su entrega al comprador. Unos días antes de la fecha fijada para la entrega del local, Cinesa comunica a sus trabajadores su cese en la explotación del cine, la consiguiente finalización de sus contratos de trabajo y la subsiguiente subrogación en ellos por la nueva sociedad que, a partir del día siguiente al estipulado para la entrega del local, se encargará de la explotación del cine, a saber, "Minicines Fuencarral, SL". En esa misma fecha Yomalu suscribe con "Minicines Fuencarral, SL" contrato de arrendamiento de industria en virtud del cual la primera, dueña de la industria de exhibición cinematográfica denominada Minicines Fuencarral, que consta de 3 salas de proyección cinematográfica, una zona destinada a bar-cafetería, otra a taquilla, otra a sala de proyección, un despacho, una sala con la ubicación de maquinaria de aire acondicionado, zona de cafetería y zonas comunes, arrienda la descrita unidad patrimonial de explotación a la sociedad "Minicines Fuencarral, SL", durante un período de dos años. Tras la extinción de los contratos de los trabajadores de "Minicines Fuencarral, SL", y frente a su reclamación, la sentencia de instancia condena solidariamente a esta empresa y a Yomalu a abonarles la correspondiente indemnización. Recurre en suplicación Yomalu, alegando, entre otras razones, que no puede ser considerada empresaria de los trabajadores ya que sólo entregó en arriendo el local, pasando la actividad y los trabajadores de "Cinesa" a "Minicines Fuencarral, SL", por lo que sólo le puede revertir lo que ha entregado, el local, y no una actividad que desconoce y que no puede ejercer y unos trabajadores que no ha contratado.

Con estos antecedentes de hecho, la Sala, ante el debate de si existió o no sucesión de empresa en los términos del artículo 44 ET por la mercantil "Yomalu 2000, SA", entiende que "el arrendatario recibe, además del local, el negocio o industria en él establecido, pues el objeto del contrato no son solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada como minicines, contando con la propiedad inmobiliaria, servicios, instalaciones, equipos y maquinaria (…), por lo que la extinción del contrato de arrendamiento de industria de exhibición cinematográfica (…) produce el cambio en la titularidad de la empresa en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores".

B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

La aplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas sigue ocupando la mayor parte del debate judicial en lo que a la figura de la sucesión de empresas respecta. La vacilante doctrina del TJCE sobre la cuestión y la reticente actitud de nuestro Tribunal Supremo hacia las tesis y criterios del órgano

jurisdiccional comunitario no han hecho sino acrecentar el problema, propiciando pronunciamientos jurisdiccionales de signo muy dispar e introduciendo altas dosis de inseguridad en la calificación definitiva que deba merecer un concreto supuesto de hecho.

La doctrina judicial se afana por evidenciar la evolución que tanto la normativa española como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJCE han sufrido, intentando proyectar sobre el supuesto examinado las últimas posiciones mantenidas. En este recorrido, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de junio de 2006,** I.L. J 1652, recordará que, de conformidad con lo establecido por el TJCE, "para determinar si ha existido o no sucesión, no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas o si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales organizados, sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, a cuyos efectos la transmisión de medios materiales es un elemento más a tener en cuenta, pero no el único"; "que los supuestos de privatización de servicios públicos no quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria si concurren las circunstancias que configuran el supuesto de hecho de la transmisión"; "que no obsta tampoco a la calificación como transmisión de empresas o centros de actividad el que después de producida ésa el nuevo empleador introduzca modificaciones productivas, agregando nuevos trabajadores o elementos de activo para el desarrollo de la actividad"; en fin, "que la identidad de funciones no constituye, por sí misma, un elemento que permita apreciar la existencia de sucesión si no concurren otros elementos adicionales". En el caso de autos, la Administración empleadora decide contratar el servicio de conservación y mantenimiento de jardines con una empresa privada, y por ese motivo dispone la transferencia de los contratos de trabajo de dos de sus trabajadores a la nueva empresa, sin que conste la transmisión de ningún medio propio del Ayuntamiento. Por otra parte, el Ayuntamiento conserva trabajadores con la misma categoría que los transferidos y convoca plazas de categorías similares o relacionadas. Además, uno de los empleados afectados por la subrogación, el recurrente, desempeñaba no sólo funciones de limpieza de jardines sino de limpieza varia. En esta situación y ante las argumentaciones del trabajador en el sentido de que no ha producido una sucesión de contratas sino una decisión administrativa de un Ayuntamiento de privatizar el servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de zonas verdes, disponiendo que la empresa que se hace cargo de dicho servicio ha de subrogarse en los derechos y obligaciones que el Ayuntamiento tenía respecto a él y a otro trabajador del mismo servicio, la Sala dará la razón al recurrente afirmando que

> "lo que está ausente de los hechos probados es que existiera una unidad productiva de conservación de jardines configurada como tal que haya sido objeto de transmisión a la empresa contratista y a la cual estuviera adscrito el trabajador prestando servicios en su seno. La transmisión efectuada se concreta en el pliego de condiciones (…) en dos trabajadores aislados. Al obrar así no se está traspasando un conjunto productivo organizado, sino una mera suma desagregada de trabajadores seleccionados de entre aquellos que formaban parte de la organización productiva que atendía, entre otras, las tareas privatizadas. Y, por consiguiente, si no hay en el supuesto de autos traspaso de una organización productiva no existe tampoco sucesión de empresas a efectos laborales (…)".

Y a esta conclusión no obsta el criterio de la llamada "sucesión de plantilla", continúa la Sala, pues

> "Para que opere este criterio, imponiéndose la sucesión, es preciso acreditar: –que se ha producido una transmisión de una actividad de una empresa a otra…; –que dicha actividad descansa esencialmente en la mano de obra (…); –que una parte sustancial de ese conjunto de trabajadores ha pasado de la plantilla de una empresa a la de otra…".

Justamente es la aplicación de la tesis de la "sucesión de plantilla" al caso enjuiciado la que permite a la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2006,** I.L. J 1657, concluir en la existencia de sucesión de empresa. En esta ocasión estamos ante un conjunto de trabajadores que vienen prestando servicios para la empresa "Umano, Servicios Integrales, SL" como lectores de contadores en virtud de contrato temporal de duración equivalente a la de la contrata que la empresa tiene suscrita con Iberdrola para la prestación del citado servicio. Con anterioridad a la adjudicación del servicio de lectura de contadores por Iberdrola a Umano, los trabajadores habían realizado idéntica tarea vinculados laboralmente a las empresas "Cobra Servicios Auxiliares, SA," y "Outservicio Servicios y Comunicaciones, SL". La sentencia comentada, tras realizar un estudio de la evolución de nuestra jurisprudencia en torno a la aplicabilidad del artículo 44 ET a los supuestos de sucesión de concesiones administrativas y contratas y resaltar su importante cambio de orientación a partir de la STS de 27 de octubre de 2004, argumentará que la actividad en cuestión descansa fundamentalmente en la mano de obra, dado que "la lectura de contadores exige para su realización, de forma esencial, la concurrencia del elemento humano, que ha de desplazarse por los domicilios, establecimientos, locales, etc., clientes de Iberdrola, a fin de realizar personalmente la lectura de contadores y, si bien puede auxiliarse de algún elemento para realizar la lectura o contar con vehículos de la empresa para desplazarse a los distintos lugares, tales elementos son accesorios siendo lo esencial de la actividad la realización de la lectura de contadores efectuada por los trabajadores. En consecuencia, el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esta actividad común, constituye una actividad económica, lo que conduce a admitir que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, dado que el nuevo empresario –"Umano, SL"– no se ha limitado a continuar la actividad, sino que se ha hecho cargo de la totalidad de los trabajadores que el titular anterior de la contrata destinaba a esta actividad, por lo que resulta de aplicación la doctrina unificada que, siguiendo el criterio interpretativo sentado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (…) aplicó el denominado criterio de 'sucesión en la plantilla'".

También es el criterio de la asunción o no del personal de la contratista saliente el barajado por la **STSJ de La Rioja de 20 de julio de 2006,** I.L. J 1639, para dilucidar si en el supuesto enjuiciado se ha producido un sucesión de empresa. La respuesta será negativa pues no existen datos fácticos de los que puedan deducirse que el cambio de la empresa a la que se encomiendan los servicios de limpieza en la residencia municipal de personas mayores haya comportado la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura empresarial básica ni que este último se haya hecho cargo de una parte esencial de los trabajadores que su antecesor destinaba al

cumplimiento de la contrata; de tal manera que la asunción por el nuevo concesionario de dos trabajadoras del anterior no permite deducir que se haya transferido un conjunto organizado de personal que constituya una entidad económica con propia identidad, máxime si se tiene en cuenta que no existe tampoco identidad en las actividades contratadas por una y otra empresa, en cuanto que a la primera se había adjudicado el servicio de limpieza de la residencia y a la segunda la gestión integral de la misma, lo que determina su inclusión en sectores de actividad distintos y la sumisión de las relaciones laborales a convenios colectivos diferentes.

Especialmente singular es el supuesto examinado en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de noviembre de 2006,** I.L. J 2244, calificado por la Sala como "sucesión de segundo grado", y en el que el pronunciamiento final desestimatorio de la existencia de sucesión de empresa deriva tanto del previo análisis de la inclusión del caso en el ámbito del artículo 44 del ET como del de su eventual encaje en las previsiones sobre el particular contenidas en el convenio colectivo de empresas de limpieza de edificios y locales. Los datos fácticos son los siguientes: la trabajadora demandante prestaba servicios para la empresa Limpiber, por una parte, limpiando una serie de portales de comunidades de vecinos y, por otra, limpiando un supermercado del que era titular la empresa "Cenco, SA" y cuya limpieza estaba contratada con la empresa Limpiber. El contrato de trabajo es objeto de modificación por reducción de la jornada pactada en el momento en que la empresa Limpiber deja de prestar los servicios de limpieza para el supermercado. El local del supermercado es vendido por su titular a la empresa "El Árbol Distribución y Supermercados, SA", que lo adquiere vacío y sin material alguno. Esta última empresa acondiciona el local, lo provee de material y lo abre de nuevo al público como supermercado, al tiempo que la empresa Lacera se hace cargo de su limpieza en virtud del contrato de servicio que tiene concertado con "El Árbol Distribución y Supermercados, SA" para la limpieza de todos sus centros de trabajo. Lacera no incorpora a su plantilla a la trabajadora demandante ni a ningún otro trabajador de Limpiber. En este contexto, y tras reiterar la ya reseñada doctrina del TJCE acerca de la inclusión en la noción de traspaso de la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, y el cambio en tal sentido de la doctrina unificada del Tribunal Supremo, la sentencia citada concluirá que si bien la actividad de limpieza se presta esencialmente a través del trabajo organizado de un conjunto organizado de trabajadores, sin una aportación significativa de medios materiales, por lo que, si la empresa que asume la contrata de limpieza de los supermercados hubiese asumido una parte sustancial de la plantilla de la anterior empresa, existiría una sucesión de empresa conforme al artículo 44 ET, sin embargo,

> "(…) en el supuesto de autos no resulta de los incombatidos hechos probados que se haya producido transmisión alguna de una plantilla organizada (…) Tampoco aparece transmisión alguna de medios materiales entre las empresas, ni estructura productiva de ningún tipo (…)",

por lo que la solución debe ser la contraria.

Descartado el efecto subrogatorio vía precepto estatutario, la Sala se debe pronunciar sobre la posible existencia de una obligación de subrogación en virtud de lo establecido en el convenio colectivo aplicable. Y es en este debate donde se construye la figura de la sucesión de segundo grado, pues, constatado que la norma convencional obliga a la subrogación con motivo del cambio de contratista de limpieza, la cuestión se centra en valorar si tal obligación desaparece por el hecho de que el cambio subjetivo de la contrata de servicio de limpieza por parte del prestador del servicio coincida con un cambio subjetivo de la misma contrata en lo relativo al prestatario. A tales efectos se indicará que

> "Parece obvio que no existe obligación de subrogación, por no tratarse de un mero cambio de contrata, en aquel supuesto en el que lo transmitido es un mero local. El contratista de limpieza del segundo titular del local del negocio no está obligado a subrogarse en los contratos del contratista de limpieza del primer titular del local, puesto que el supuesto no es el de la sucesión de contratas regulado en el convenio colectivo, sino que existe un corte obvio entre ambos contratos de limpieza del primer y del segundo titular. Por el contrario, el cambio de contrata con motivo del cambio del titular de la empresa no parece que pueda ser excluido de la aplicación del (…) convenio colectivo si entre el primer titular de la empresa y el segundo existe una continuidad en la explotación, de manera que la empresa principal mantenga su identidad sustancial a pesar del cambio de titularidad. Se plantea así lo que sería un supuesto de sucesión de segundo grado, que repercutiría sobre las obligaciones en orden a la sucesión de empresas o de la subrogación convencional de sus contratistas (…) para poder aplicar esa sucesión de segundo grado sería preciso acreditar el mantenimiento de la identidad de la empresa o centro de trabajo principal (…) No consta en los hechos probados sino que lo que se ha transmitido es un local totalmente vacío, sin ninguna infraestructura material adicional al mero local, sin que conste tampoco la asunción de la plantilla (…) o cuando menos una parte sustancial de la misma (…) en definitiva, si solamente estamos ante la venta de un local, no puede decirse que la contratación de una empresa de limpieza por el comprador del mismo que allí organiza y establece un negocio *ex novo* sea un mero cambio de contrata de limpieza que, como supuesto de hecho, permita activar las previsiones del convenio colectivo."

Finalmente, la **STS de 20 de septiembre de 2006,** u.d., I.L. J 1733, relativa a un caso de sucesión en la contrata del servicio de transporte y manipulado de cajeros que el banco Santander Central Hispano tenía concertado, aborda la existencia o no del efecto subrogatorio desde la perspectiva directa de la aplicación y alcance del convenio colectivo del sector, y no de la eventual inclusión del supuesto en el marco del artículo 44 ET. En este contexto, y tras recordar la doctrina de la Sala sobre las cláusulas de subrogación previstas en convenios colectivos, la sentencia comentada indica que la solución al debate pasa por el examen de los términos exactos de la regulación contenida en la norma convencional aplicable –Convenio Colectivo Nacional de Vigilancia y Seguridad–, sin que pronunciamientos recaídos en la interpretación de otros textos convencionales sean susceptibles de traslación directa, especialmente en lo que afecta al cumplimiento o no de los deberes de información que la negociación colectiva suele establecer para la empresa saliente y en favor de la nueva adjudicataria. Apuntemos que en el examen de esos otros textos convencionales la jurisprudencia había señalado que el incumplimiento por la empresa saliente de los deberes que le impone la norma paccionada tiene como consecuencia que no se produzca transferencia

alguna hacia la empresa entrante, con la salvedad de que se trataran de incumplimientos "sin gravedad" [véase, por ejemplo, Revista núm. 16, crónica III.6.A)].

Analizada la concreta previsión contenida en el Convenio Colectivo Nacional de Vigilancia y Seguridad, la Sala llega a la siguiente conclusión: "que se han cumplido los supuestos fácticos determinantes de la subrogación (cese en la contrata con entrada de nueva adjudicataria y afectación de los demandantes) y que, sin embargo, no se ha cumplido la exigencia de información (…)". Resta, pues, evaluar el alcance del incumplimiento por la empresa saliente de su deber de información; evaluación que concluye afirmándose que

> "Si los hechos determinantes de la subrogación existen, el incumplimiento de su deber de información por parte de la empresa saliente no podrá proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del trabajador, haciéndole perder un derecho como consecuencia de un incumplimiento que ni le es imputable, ni ha afectado a la existencia del supuesto que justifica la subrogación. El trabajador podrá instar su incorporación a la nueva adjudicataria aunque tendrá que acreditar los hechos que fundan su pretensión. Pero la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria como a los trabajadores. De ahí que el incumplimiento del deber de información permita a los trabajadores afectados mantener su relación con la empresa saliente o instar su adjudicación a la nueva adjudicataria".

Eso sí, la empresa saliente que ha incumplido su obligación de información no podrá imponer la subrogación, debiendo responder de las consecuencias de una eventual extinción contractual.

De los pronunciamientos comentados, especialmente de la sentencia del TS de 20 de septiembre de 2006 y de la del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de junio de 2006, parece deducirse una cierta evolución en el papel que juega la norma convencional y el pliego de condiciones administrativas en la configuración de supuestos subrogatorios al margen o más allá de los presupuestos de aplicación del artículo 44 ET. En tales casos, si bien la subrogación parece imponerse de forma obligatoria a la nueva contratista o concesionaria, lo que no parece posible es la transferencia del personal pese a la voluntad contraria del trabajador. Mientras que en el supuesto del artículo 44 ET la subrogación opera *ope legis* y al trabajador no le resta sino dimitir si no está conforme con la transferencia al nuevo adquirente, en los otros casos estamos ante auténticas subrogaciones contractuales, donde el consentimiento del trabajador, expreso o tácito, *ex* artículo 1205 CC aparece como determinante; su negativa a la transferencia le permite mantener la vinculación laboral con el cedente.

C) Convenio Colectivo aplicable

La reforma del artículo 44 del ET por la Ley 12/2001 trató de cerrar la hasta ese momento discutida y discutible cuestión del convenio colectivo aplicable a los trabajadores que,

como consecuencia de la sucesión, habían pasado a prestar servicios para el cesionario. De las diversas teorías y soluciones apuntadas por doctrina y jurisprudencia (aplicación del convenio de la empresa cedente, de la norma más favorable, del convenio de la empresa cesionaria) hace un ilustrativo repaso la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2006,** *I.L. J 1657,* para, finalmente, concluir que con la mencionada reforma el legislador, al señalar en el artículo 44.4 ET que "las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa", lo que pretende es que los trabajadores transferidos sigan vinculados por el convenio colectivo existente en la empresa de origen, con independencia de que la empresa cesionaria tenga o no convenio colectivo. Y, además, el convenio de origen debe aplicarse con el contenido que tenía en el momento de la transmisión, de tal manera que "si ha sufrido modificación en su texto original, con anterioridad a efectuarse la transmisión, será dicho texto modificado el que haya de aplicarse…"

En resumen, la fórmula legal a favor de la aplicabilidad del convenio vigente significa, en palabras del pronunciamiento analizado, que "–Se aplica el Convenio Colectivo de la cedente, vigente en la fecha de la transmisión sea o no más favorable que el de la cesionaria. –Se aplica el citado Convenio en su totalidad, sin que sea admisible la denominada técnica del "espigueo". –Se aplica dicho Convenio aun en el supuesto de que la empresa transmitida quede incorporada físicamente a la empresa cesionaria pasando los trabajadores a prestar servicios en las instalaciones de ésta. –Se aplica el mencionado convenio con independencia de que los dos Convenios colectivos sean de distinto ámbito, bien se trate de Convenios de empresa o de Convenios de sector de distinto ámbito territorial".

D) Consecuencias de la sucesión: mantenimiento y respeto de los derechos de los trabajadores asumidos, entre ellos, la antigüedad

Tras constatar la presencia de un fenómeno de sucesión empresarial en los términos previstos en el artículo 44 ET, la **STSJ de La Rioja de 17 de mayo de 2006,** I.L. J 1750, ya comentada en el apartado 6.A) de esta crónica, proyecta sobre la situación examinada las consecuencias que el precepto estatutario hace derivar de aquél, a saber, que el trabajador "mantiene en la empresa sucesora la misma vinculación que tuvo con la entidad que inicialmente le contrató, surgiendo para la empresa sucesora la obligación de mantener y respetar los derechos de los trabajadores asumidos, y entre ellos el respeto de la antigüedad ostentada", la cual, por ende, debe ser tenida en consideración a la hora de efectuar el cálculo de la indemnización que pudiera corresponderle en caso de despido improcedente.

E) Subrogación contractual

De nuevo hemos de hacer referencia en estas crónicas al examen de la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. En esta

ocasión el debate se centra no ya en la propia configuración y calificación jurídica que el fenómeno haya de tener sino en los efectos colaterales que provoca asumiendo, como tan reiteradamente se ha puesto de manifiesto, que estamos ante una subrogación de carácter contractual y no ante una consecuencia directa de lo previsto en el artículo 44 ET. En este contexto, la **STS de 23 de octubre de 2006,** u.d., I.L. J 2100, debe pronunciarse acerca del eventual derecho de los trabajadores que han pasado a prestar servicios para la nueva empresa cesionaria a seguir disfrutando del derecho a billetes de tarifa gratuita y con descuentos especiales de que gozaban en virtud del convenio colectivo aplicable a la empresa cedente (Iberia). El Alto Tribunal, reiterando pronunciamientos anteriores, rechazará la pretensión, señalando que, pese a que la situación examinada presenta "una importante analogía" con la que se deriva del artículo 44 ET, el derecho de los trabajadores a recibir gratuitamente o a precios reducidos billetes de avión recogido en el convenio colectivo de Iberia,

> "no puede ser calificado como derecho consolidado en poder de los trabajadores que pasaron de una empresa a otra, por cuanto estaba establecido en atención a las concretas condiciones y situación de aquella empresa, es decir, en relación con el hecho de que Iberia es una empresa dedicada al transporte de pasajeros con flota propia, y por lo tanto sólo es ejercitable por quienes mantengan su relación de trabajo con ella. En definitiva, estamos en presencia de un derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral con Iberia; y, por consiguiente, no puede ser reconocido, aun cuando exista un pacto de subrogación (…), a quienes han pasado al servicio de otra empresa que, (…) no reúne las condiciones determinantes del derecho en cuestión, ya que no posee flota propia de aviones como ocurría con Iberia y está dedicada exclusivamente a prestar servicios de *handling*, es decir, en tierra".

La perspectiva de análisis de la **STS de 29 de noviembre de 2006,** u.d., I.L. J 2097, es diversa. Se trata también de un supuesto conectado con la liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros, pero ahora la cuestión es la de determinar el alcance exacto de la declaración de nulidad de la subrogación por no contar con el consentimiento de los trabajadores afectados. En principio, tal nulidad implica la reposición de los trabajadores a la situación que tenían antes de la subrogación, pero en el caso de autos éstos pretenden que, además, se les repare los perjuicios complementarios que han sufrido como consecuencia de la ilícita subrogación. En concreto reclaman la transformación de sus contratos fijos-discontinuos en contratos fijos a tiempo completo en jornada irregular desde la fecha de su reincorporación a la Compañía Iberia, dado que algunos trabajadores de la Compañía que no fueron subrogados y que tienen peor puesto en el escalafón disfrutan del citado beneficio. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación rechazaron la pretensión, esta última argumentando que en la resolución judicial que declaró nula la subrogación de los trabajadores el único derecho que se les reconoce es el de volver a los puestos y condiciones de trabajo que tenían en la Compañía Iberia antes de la subrogación, "y de ninguna manera puede cambiarse una modalidad contractual con efectos retroactivos". El Tribunal Supremo desestimará el recurso de casación, entre otras razones procesales, señalando que "no es cierto, como se pretende, que

los actores hayan sido privados de un beneficio que se deba 'restituir' y ello porque los trabajadores no estaban integrados en la plantilla de Iberia cuando tuvo lugar la transformación contractual litigiosa"; de tal manera que será, una vez integrados en la plantilla de Iberia, cuando podrán ser firmes candidatos a las transformaciones contractuales que se produzcan, y será en ese nuevo proceso de selección cuando podrán alegar –si la antigüedad en la empresa constituye uno de los elementos de la prioridad en la mutación contractual– la eficacia que pudiera tener el período trabajado en otra empresa en virtud de la subrogación declarada nula.

Por su parte, las **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de mayo de 2006,** I.L. J 1753 y **STSJ Canarias (Las Palmas) de 19 de mayo de 2006,** I.L. J 1754, vuelven a reiterar el ya consolidado criterio jurisprudencial a tenor del cual en el proceso de subrogación de Iberia a Eurohandling estamos ante un caso de subrogación contractual y no ante un supuesto de hecho incardinable en el artículo 44 ET por lo que para que opere el efecto subrogatorio es necesario el consentimiento del trabajador afectado. Probablemente lo más llamativo de estas resoluciones judiciales sea el ya expreso acatamiento que la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, Las Palmas, realiza de la doctrina del Tribunal Supremo, pues, recordemos, que siempre se ha mostrado a favor de la inclusión del supuesto comentado en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET. Ahora, pese a que se continúa argumentando prolijamente en tal sentido, se declara que el Tribunal Supremo ha dado explícita respuesta a tales argumentos por lo que, aunque no se comparten en su integridad los criterios del Alto Tribunal, se procede al cambio de posición.

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de junio de 2006,** I.L. J 1652, a la que ya hemos aludido en el apartado 6.B) de esta crónica, ofrece algunas indicaciones acerca de las principales diferencias entre la novación subjetiva *ex* artículo 44 ET y la que tiene lugar al margen del precepto estatutario. Así, mientras que en la primera "la subrogación del nuevo empleador se produce *ope legis* y no queda a opción del trabajador oponerse legalmente a la misma", el cambio de la persona del empleador en la relación laboral no amparado en el artículo 44 ET es "una subrogación contractual, para cuya validez se exige, de acuerdo con el artículo 1205 del Código Civil, el requisito del consentimiento del trabajador cedido"; consentimiento que implica la incapacidad de la negociación colectiva –y de los pliegos de condiciones propios de la contratación administrativa– para crear nuevas formas de subrogación al margen del artículo 44 ET y que puedan imponerse al trabajador como obligatorias. Las diferencias, continúa señalando la Sala, se trasladan también a la vertiente procesal, pues el cauce para impugnar la subrogación contractual ilícita es el procedimiento ordinario, con la consecuencia de que no es aplicable el plazo de caducidad de veinte días hábiles, restando solamente el plazo de un año de prescripción.

Jesús Cruz Villalón
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco
Rafael Gómez Gordillo

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Período de prueba. B) Pacto de permanencia. C) Nulidad 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. c) Extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos. 5. Contrato de fomento de empleo. 6. Contratación en la Administración Pública.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en la presente crónica las sentencias correspondientes a los números 13 a 16 de la *Revita Información Laboral-Jurisprudencia*. De nuevo, como se comprobará, son muchas las sentencias del TS sobre la interinidad por vacante y su duración en el supuesto de la empresa Correos y Telégrafos, de las cuales se ha dado cuenta ya también en números anteriores. En este período, puede destacarse la **STS de 18 de diciembre de 2006,** I.L. J 2235, que sobre las causas de extinción del contrato de interinidad por vacante se refiere a la aplicación de la doctrina general de la vinculación de los actos propios.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

En relación con el pacto de prueba y las posibilidades de resolución del contrato durante el mismo, además de la **STS de 3 de octubre de 2006,** I.L. J 2224, de alcance procesal, hay que hacer alusión a la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de junio de 2006,** I.L. J 1650, que considera ajustada a derecho la decisión resolutoria de la empresa basada no en la discapacidad de la trabajadora (conocida evidentemente por la empresa) sino en limitaciones que la misma produce en su trabajo habitual, que no podrían ser conocidas en el momento de contratarla "pues una cosa son las dolencias que aquejan a una persona –conocidas en el momento de la contratación– y otra diferente las limitaciones que tales lesiones proyectan sobre su capacidad de trabajo".

Respecto, en segundo lugar, de la naturaleza jurídica del artículo 14 ET cuando deja en manos de la negociación colectiva la delimitación temporal del período de prueba la **STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2006,** I.L. J 1959, viene a señalar que el convenio podrá establecer el plazo que estime conveniente sin que quepa entender en modo alguno que "exista abuso del Derecho o ejercicio antisindical del mismo por dar fiel cumplimiento a un derecho recogido en el Texto Básico Laboral".

Finalmente, ha de llamarse la atención sobre la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de marzo de 2006,** que considera que en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores la misma no impediría a la empresa la extinción válida del contrato durante el período de prueba válidamente pactado, dado que éste seguiría siendo válido y eficaz por aplicación del artículo 9 ET.

B) Pacto de permanencia

La **STS de 23 de noviembre de 2006,** u.d., I.L. J 1979, viene a concluir que legalmente, de acuerdo con el artículo 21.4 ET, no es posible entender vigente un pacto de permanencia, excepto en el supuesto de que el mismo se hubiese concertado por escrito cuando la empresa haya invertido cierta cantidad en la especialización profesional del trabajador.

C) Nulidad contractual

Resulta interesante la **STSJ de Cantabria de 14 de septiembre de 2006,** I.L. J 2260, que viene a declarar la nulidad de un contrato de trabajo suscrito por el trabajador con una empresa que "carece de la preceptiva autorización administrativa para su actividad en materia de juego" y a la que, por esta circunstancia, se le ha procedido a cancelar la inscripción correspondiente. De acuerdo con ello, la resolución determina que:

> "el trabajador sólo puede exigir por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, en evitación de enriquecimiento injusto del empresario, pero no otros efectos propios del contrato de trabajo con causa lícita, como la pretendida extinción indemnizada del contrato por incumplimientos del empresario, porque tales medidas no son posibles en los contratos nulos".

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Los pronunciamientos judiciales recaídos en el período analizado se mueven dentro de las habituales referencias a esta modalidad contractual.

En primer lugar, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 de junio de 2006,** I.L. J 1760, viene a recordar que no es posible recurrir a esta modalidad contractual cuando la actividad de que se trata es de carácter permanente y cíclico.

Por el contrario, se sigue admitiendo que la necesidad de afrontar una determinada contrata es causa justificativa del uso de este contrato temporal. Así, la **STS de 6 de octubre de 2006,** I.L. J 1929, reitera la conocida doctrina jurisprudencial sobre la cuestión, apuntando que en estos supuestos "existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es 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".

Por otra parte, en relación con la validez del contrato por obra celebrado por la Administración en supuestos en los que la causa justificativa se refiere a servicios sujetos a la correspondiente subvención, la **STS de 10 de noviembre de 2006,** I.L. J 1869, reitera la jurisprudencia vigente desde 2002 en relación con la imposibilidad de deducir la temporalidad de la existencia de la subvención y reseña que de este modo lo corrobora la dicción literal del artículo 52.e) del ET.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Poco hay que decir respecto al contrato eventual. Tan sólo cabe señalar la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de mayo de 2006,** I.L. J 1755, que reitera la conocidísima doctrina respecto a la necesidad de concretar la causa sin que sea suficiente la mera reproducción de la norma legal que la define.

c) Interinidad

En relación con esta modalidad contractual en el período analizado se recoge la **STSJ de La Rioja de 12 de mayo de 2006,** I.L. J 1749, y numerosas sentencias del TS –**SSTS de 26 de julio de 2006,** I.L. J 1711, **26 de octubre de 2006,** I.L. J 1681 y 1859, **4 y 5 de octubre de 2006,** I.L. J 1926 y 1927, **25 de septiembre de 2006,** I.L. J 1799, **10 de octubre de 2006,** I.L. J 1816, **11, 12, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 26 y 27 de diciembre de 2006,** I.L. J 2118, 2209, 2211, 2200, 2182, 2205, 2197, 2009, 2190, 2208, 2203, 2204, 2207, 2069, 2014, 2201, 2202, 2206 y 2117, **21, 23 y 28 de noviembre de 2006,** I.L. J 2225, 1977 y 1980– que vienen a confirmar la solución apuntada por la **STS de 11 de abril de 2006,** I.L. J 599, dictada en Sala General, y ya analizada en el número anterior, respecto a los trabajadores interinos de vacantes con anterioridad a la transformación de Correos y Telégrafos y su conversión de entidad de derecho público en empresa sujeta al privado.

La normativa que la produjo, en efecto, lo que pretendió fue "simplemente mantener al personal con los derechos que tuviera en el momento de la transformación", sin ninguna pretensión de retroactividad. Así pues, planteado el tema de la posible superación del plazo máximo general de tres meses para la duración del contrato, se concluye que:

> "ni la norma de transformación establece cambio jurídico alguno en la situación de los contratados como interinos por plaza vacante antes de la entrada en vigor de la misma, ni puede afirmarse que aquella contratación careciera de cobertura legal tanto en el momento de su contratación como con posterioridad". Por tanto, los trabajadores demandantes "no pueden pretender tener la condición de trabajadores fijos".

Por otro lado, la **STSJ de Extremadura de 31 de julio de 2006,** I.L. J 1964, aplica la doctrina jurisprudencial en materia de identificación de la plaza a cubrir en el supuesto de interinidad por vacante, reseñando que a estos efectos "basta precisar la categoría, el lugar o el centro de trabajo en que la plaza que así se ocupa está situada".

Finalmente, también se encuentran diversas resoluciones que en supuestos de contratación de interinos por vacante en la Administración Pública abordan la conversión de la relación laboral en una relación indefinida no fija –**STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de junio de 2006,** I.L. J 1643; **STS de 29 de noviembre de 2006,** I.L. J 1908, y **STS de 28 de noviembre de 2006,** I.L. J 1910–. Sobre las mismas volveremos más adelante. Concretamente, en el epígrafe referido a la contratación en la Administración Pública.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Son varias las sentencias que se ocupan de cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales. Y las mismas se centran, como es habitual, en la necesaria aplicación del principio de igualdad entre los mismos y los trabajadores fijos. De este modo, en primer lugar, en la **STS de 26 de septiembre de 2006,** I.L. J 1766, en relación con el complemento de antigüedad pactado en convenio teniendo en cuenta "los días trabajados, entendidos éstos como todos aquellos en que el trabajador ha recibido un salario o remuneración", se plantea si se ajusta o no a derecho la exclusión de los trabajadores temporales vinculados sucesivamente a la empresa con períodos de interrupción superiores a veinte días; señalando la resolución citada que:

> "(…) el convenio no distingue y ello porque no existe motivo para diferenciar los servicios prestados con interrupción o sin ella, sea ésta mayor o menor de veinte días, cuando se tiene reconocido el derecho al cómputo de los servicios prestados".

Por otra parte, sobre el reconocimiento a los trabajadores temporales del "complemento de permanencia y desempeño" pactado en convenio, la **STS de 17 de octubre de 2006,** I.L. J 1856, también se pronuncia desde la perspectiva de aplicación del principio de igualdad de trato, admitiendo su abono a los mismos.

En relación con los trienios reclamados por el personal laboral temporal en instituciones de Salud, la **STS de 18 de diciembre de 2006,** I.L. J 2010, reitera la conocida jurisprudencia (**STS de 13 de julio de 2006,** I.L. J 1301, JL, núm. 30) sobre la imposibilidad de

que el contrato de los mismos pueda establecer pactos o condiciones contrarios a la Ley y los Reglamentos o que resulten menos favorables para el trabajador en función de lo dispuesto en dichas disposiciones legales y en los convenios colectivos que resulten de aplicación, como lo es, obviamente, el artículo 15.6 ET.

Finalmente, en la **STSJ de Cantabria de 18 julio de 2006,** I.L. J 1948, se resuelve la aplicación del principio de equiparación retributiva entre trabajadores fijos y temporales, declarando que no se ajustan a derecho los "Acuerdos Municipales que establecen una diferenciación entre fijos y temporales".

b) Conversión en contratos indefinidos

La **STSJ de La Rioja de 14 de julio de 2006,** I.L. J 1638, declara que se convierte en indefinida la relación laboral de una trabajadora contratada con incumplimiento de los requisitos formales exigidos legalmente para el contrato eventual:

> "No se han cumplido los requisitos formales que para esta modalidad contractual laboral exige el artículo 6 del RD 2720/1998, al haber instrumentalizado la contratación de servicios a través de un contrato administrativo simulado, por lo que debía presumirse concertado por tiempo indefinido *ex* artículo 15.3 ET. Al haber continuado prestando los mismos servicios sin suscripción de ningún contrato laboral y no haber sido dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar como período de prueba, había adquirido la condición de trabajadora fija."

c) Extinción contractual

Destaca en esta materia la **STS de 18 de diciembre de 2006,** I.L. J 2235, que precisamente en un supuesto de interinidad por vacante viene a considerar que es posible la extinción del contrato más allá de las posibilidades previstas específicamente en el artículo 8 del RD 2170/1998, esto es, "ha de atenderse también a las previstas en el artículo 49 del ET en relación con la teoría de la vinculación de los actos propios".

Concretamente, en el caso que resuelve la sentencia el trabajador participó y superó las correspondientes pruebas selectivas pero no se presentó a su cita para la contratación como fijo, lo que supuso la extinción de su contrato de interinidad, de acuerdo con lo establecido en las condiciones de la convocatoria. En este sentido, señala el Tribunal que:

> "La participación del trabajador en las pruebas supuso la aceptación por su parte, aun cuando no fuera expresa, de todas las condiciones establecidas en la convocatoria (…). La aceptación, tácita pero perfectamente válida de esa Condición General, cuya redacción es clara y no permite albergar ninguna duda acerca de su significado, vinculó sin duda alguna al demandante, máxime teniendo en cuenta que el artículo 20.2 ET consagra, en su inciso final, el principio de la buena fe (…)".

Podría argüirse, finaliza la resolución, como argumento en contra que la incorporación de la persona prevista en las condiciones de la convocatoria, no se cumple aquí realmente, dada la falta de incorporación. Sin embargo, se concluye en la resolución, a ello obsta, no sólo la exigencia del principio de la buena fe y la doctrina de la vinculación de los actos propios, "sino incluso el propio Código Civil, que en su artículo 1119 dispone que se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado (en este caso el trabajador) impidiese voluntariamente su cumplimiento".

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con el contrato a tiempo parcial, o mejor, con las condiciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial, hay que detenerse en la **STS de 15 de septiembre de 2006,** I.L. J 1764, en la que se plantea la cuestión del reconocimiento en plenitud o proporcional a estos trabajadores de un permiso retribuido para asuntos propios reconocido en el convenio. La resolución, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12.4.d) ET y teniendo en cuenta el argumento centrado en que se trata de un permiso reconocido con la finalidad de facilitar a los trabajadores que tienen ocupados todos los días laborables con la jornada de trabajo un tiempo para sus gestiones personales, viene a concluir que se trata de una condición a disfrutar con reducción proporcional y ello porque aunque "el convenio no especifique nada en orden a la extensión del disfrute y a la razón de ser del permiso, no significa que haya de aplicarse sin más el principio de igualdad en términos absolutos", dado que así ocurre también con los derechos que por su naturaleza son medibles.

B) Contrato fijo discontinuo

Respecto de los trabajadores fijos discontinuos las únicas referencias que se encuentra en el período revisado se refieren, en primer lugar, al supuesto resuelto por la **STS de 29 de noviembre de 2006,** I.L. J 2097, sobre 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 sentencia 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."

En segundo lugar, las **SSTS de 21 de diciembre de 2006,** I.L. J 2107 y 2189, delimitan el alcance de la actividad que da lugar a la celebración de esta modalidad contractual en lugar de utilizar la vía del contrato eventual por circunstancias de la producción. Concretamente, se trata en el supuesto de dilucidar si la actividad del INE consistente en realizar sendas encuestas anuales –las Encuestas Estructurales de Recogida de Datos y la Encuesta Industrial Anual– es o no una actividad de carácter cíclico, reiterada en el tiempo, dotada de plena homogeneidad y totalmente previsible. Naturalmente, ambas sentencias concluyen que sí se trata de actividades de naturaleza discontinua, puntualizando, como veremos más abajo, que se trata de una relación indefinida no fija de carácter discontinuo.

5. CONTRATO DE FOMENTO DE EMPLEO

La **STS de 11 de octubre de 2006,** I.L. J 1808, resuelve, aplicando la doctrina jurisprudencial ya conocida (STS de 15 de junio de 2005), la cuestión relacionada con la posibilidad de concertar contratos temporales para el fomento del empleo entre trabajadores discapacitados y Centros Especiales de Empleo, teniendo en cuenta la referencia que el ET en su artículo 17 hace a la posibilidad de que el Gobierno regule esta modalidad de contratación, que se viene manteniendo en vigor en todo caso para los trabajadores discapacitados; y ello, aunque concretamente el artículo 15 ET no reconozca esta modalidad de contratación siguiendo la referencia de la normativa reglamentaria (RD 1368/1985, de 17 de junio).

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

En primer lugar, en relación con un trabajador contratado a través de varios contratos concertados por obra o servicio determinado y eventuales, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2006,** I.L. J 1762, estima la conversión de la relación laboral con la Administración en una indefinida de carácter no fijo, ya que "ninguno de ellos cumple las exigencias mínimas de validez para la contratación temporal tanto para obra o servicio como por razones de eventualidad, al no identificar con la concreción debida la obra o servicio que les sirve de objeto en la causa de la temporalidad respectivamente".

En segundo lugar, tres son las resoluciones que se detienen en supuestos de posible conversión de la relación en indefinida no fija partiendo de contratos de interinidad por vacante. La primera de ellas es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de junio de 2006,** I.L. J 1643, que estima que la falta de identificación de la plaza a cubrir en el contrato comporta su celebración en fraude de ley y así el carácter indefinido no fijo de la relación. Ahora bien, en el supuesto concreto hay que tener en cuenta que se trata de una actividad de carácter discontinuo; de acuerdo con ello señala la sentencia:

> "la relación laboral mantenida por el actor es de naturaleza discontinua, pues viene justificada en la existencia de trabajos que se repiten de forma intermitente o cíclica en su identidad (…) razón por la que el contrato del actor debe considerarse discontinuo e indefinido (no fijo por ser la empleadora la Administración Pública)".

En el mismo sentido y en un supuesto idéntico se pronuncian las **SSTS de 21 de diciembre de 2006,** I.L. J 2107 y 2189, a las que hacíamos alusión anteriormente, que concluyen que el INE "no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

Por otra parte, la **STS de 29 de noviembre de 2006,** I.L. J 1908, determina que la demora en la provisión de las plazas en ningún caso produce la transformación del contrato temporal en uno indefinido no fijo al servicio de la Administración.

Y, finalmente, debe destacarse la **STS de 28 de noviembre de 2006,** I.L. J 1910, en la que se plantea un supuesto específico de extinción del contrato de interinidad por vacante, cual es el de la incorporación al puesto del interino de un trabajador fijo removido temporalmente de su puesto por amortización de la plaza que ocupaba. Concretamente, se plantea en la resolución si es posible admitir esta causa de extinción a la luz de lo previsto en el convenio colectivo aplicable que señala que "el personal laboral que ocupa puestos de trabajo obtenidos por concurso podrá ser removido por ellos por desaparición del puesto como consecuencia de una modificación de la relación de puestos de trabajo correspondiente, quedando el personal afectado por la remoción a disposición del órgano competente en materia de personal, quien le atribuirá el desempeño provisional de un puesto correspondiente a su categoría profesional en la misma localidad o en la más próxima al puesto de trabajo del que es removido". Pues bien, viene a concluir la sentencia que la Administración:

> "se atuvo a las normas reguladoras del cese del contrato de interinidad, porque si bien es cierto, como se ha dicho, que el convenio aplicable no ha previsto las causas de extinción de este tipo de relaciones por adscripción temporal de un trabajador fijo removido a la plaza ocupada por un interino, no lo es menos que esa laguna debe colmarse con la aplicación del RD 2720/1998, en cuanto se refiere, con carácter general, a la extinción de estos contratos".

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:

1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial. a) Plus de nocturnidad. Base de cálculo cuando el importe del plus de nocturnidad supone un porcentaje sobre el salario. A falta de expresa previsión convencional, la base de cálculo es el tiempo de trabajo efectivo. b) Absorción y compensación de salarios. La homogeneidad o heterogeneidad de los conceptos salariales depende de su propia naturaleza y no de lo que acuerden las partes. c) Plus de penosidad. Necesidad de que su percepción se encuentre regulada en el convenio colectivo, no siendo de aplicación la Ordenanza Laboral. d) Asunción por parte de la empresa del coste de las cuotas de colegiación. Naturaleza indemnizatoria y no salarial. e) Plus de toxicidad. Condiciones de trabajo que en sí mismas no resultan excepcionales, pueden serlo por la ausencia de medidas preventivas. f) Plus de turnicidad. Su percepción es compatible con el plus de localización por cuanto persigue una finalidad distinta. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Conflicto colectivo. Pagas especiales a trabajadores ingresados antes de determinada fecha. Condición más beneficiosa. No vulnera los principios de igualdad y no discriminación. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria: alcanza a las horas extraordinarias que superen el máximo legal anual de 80 horas. b) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. Trabajador extranjero con permiso de residencia por circunstancias excepcionales que carece de permiso de trabajo. **2. Clasificación profesional.** A) Acción de clasificación profesional: plazo de ejercicio. Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado. B) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación. **3. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: expediente de regulación de empleo. Derecho a la indemnización inexistente.

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2007 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1631 a 2273).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Plus de nocturnidad. Base de cálculo cuando el importe del plus de nocturnidad supone un porcentaje sobre el salario. A falta de expresa previsión convencional, la base de cálculo es el tiempo de trabajo efectivo

De acuerdo a lo establecido en el artículo 36.2 del ET, el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o que se haya acordado la compensación de este trabajo con descansos.

La determinación de la cuantía del plus de nocturnidad corresponde, en consecuencia, a los convenios colectivos. El problema surge cuando el convenio establece una regla genérica de determinación del plus de nocturnidad; limitándose a establecer que el mismo constituye un porcentaje sobre el salario, pero sin concretar cuál es la base de dicho cálculo (por ejemplo: un 15% sobre el salario bruto anual).

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, en casación para unificación de doctrina. La sentencia recurrida ante el Supremo había partido de la siguiente fórmula de cálculo del plus de nocturnidad: salario bruto anual (dividendo) entre el número de horas de jornada anual (divisor) y a este resultado le había aplicado el porcentaje previsto convencionalmente. La sentencia de contraste, por el contrario, parte de una base de cálculo diferente, deduciendo del salario bruto anual las retribuciones correspondientes al tiempo no trabajado (la retribución de las vacaciones, del descanso semanal y de los festivos).

¿Cuál es la tesis correcta? Cuando el convenio colectivo no concreta cuál es la base de cálculo de un plus de nocturnidad configurado como un porcentaje sobre el salario, la **STS de 9 de diciembre de 2005,** I.L. J 1712, –en base a una interpretación finalista– considera que la solución correcta es la de la sentencia de contraste. Si el objetivo del plus de nocturnidad es compensar los inconvenientes de prestar servicios en ese concreto horario de trabajo, la base de cálculo no tiene por qué incluir devengos que se corresponden con fechas –como las vacaciones, los festivos o el descanso semanal– que no están afectadas por este inconveniente.

b) Absorción y compensación de salarios. La homogeneidad o heterogeneidad de los conceptos salariales depende de su propia naturaleza y no de lo que acuerden las partes

En el caso analizado por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006,** I.L. J 2047, las partes habían acordado expresamente tanto el derecho del trabajador a per-

cibir una participación en las ventas en las que interviniera como comercial, como el carácter absorbible y compensable de dichas comisiones.

En aplicación de tal acuerdo, la empresa abonaba al trabajador un salario fijo por debajo del establecido en el convenio colectivo de aplicación, por cuanto –en cómputo global– percibía emolumentos superiores. El trabajador, no obstante, reclama a la empresa la diferencia salarial entre la retribución fija percibida y la que señalan las tablas salariales del convenio.

El mecanismo de la absorción y compensación de salarios exige, según una asentada doctrina del Tribunal Supremo, que los conceptos salariales absorbente y absorbido tengan una naturaleza homogénea. Pues bien, el TSJ de Castilla-La Mancha considera que los incrementos salariales aquí compensados se refieren a partidas no homogéneas: mientras el salario base, la antigüedad y las pagas extraordinarias son conceptos salariales fijados por unidad de tiempo, las comisiones retribuyen el mayor esfuerzo o habilidad del trabajador en la realización de una operación comercial por parte de la empresa. En consecuencia, no cabe la aplicación del mecanismo de la absorción y compensación de salarios. A ello no obsta el hecho de que las partes expresamente acordaran la posible absorción y compensación de las comisiones. La homogeneidad o heterogeneidad de los conceptos salariales se ha de establecer en atención a su propia naturaleza, de acuerdo a lo que efectivamente retribuyan y al margen de lo que las partes puedan establecer en el contrato de trabajo. Estamos ante una materia de carácter indisponible, por lo que las partes no pueden determinar el carácter homogéneo o heterogéneo de determinadas partidas salariales.

Lo que sí cabría es que las partes establecieran un régimen más favorable al previsto por el legislador y acordaran, precisamente, lo contrario: el carácter no absorbible de algunas cuantías. En este sentido, se pronunció la **STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006,** I.L. J 1235, concluyendo que el mecanismo de la absorción y compensación se encuentra condicionado a que su uso no esté prohibido en la norma, en el convenio o en el acuerdo individual.

c) Plus de penosidad. Necesidad de que su percepción se encuentre regulada en el convenio colectivo, no siendo de aplicación la Ordenanza Laboral

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ de la Rioja de 12 de septiembre de 2006,** I.L. J 1831, se analiza el derecho de una trabajadora a que se le compense por las condiciones penosas en las que presta el servicio, mediante la percepción de un plus no previsto expresamente en el convenio colectivo de aplicación. La trabajadora prestaba servicios en una empresa dedicada a la actividad de industrias metalgráficas; concretamente, en un puesto de trabajo cuyo nivel de ruido superaba los 80 decibelios durante toda la jornada laboral. Dicha circunstancia lleva a la trabajadora a demandar a la empresa, reclamando el abono de un plus de penosidad que aunque no estaba previsto en el convenio colectivo de aplicación, sí que lo estaba en la Ordenanza Laboral de la Industria Metalgráfica; una norma que, según lo establecido en el propio convenio colectivo, sería de aplicación supletoria en todo lo no regulado en el mismo.

Como es de sobra conocido, las Ordenanzas Laborales han perdido su vigencia y su contenido sólo será de aplicación si los negociadores lo incorporan a la norma convencional, "lo que exige una remisión expresa del convenio, a tal efecto." En el caso analizado, el propio convenio se remitía a la Ordenanza Laboral e, invocando esta remisión, la trabajadora reclama el derecho al plus de penosidad.

Pues bien, el convenio colectivo regulaba la estructura salarial aplicable a la empresa, comprendiendo tanto el salario base como distintos complementos; pero no reconocía el derecho al percibo del plus de penosidad. De acuerdo al artículo 3.3 del ET, los conflictos originados entre los preceptos de dos normas laborales "se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables", es decir, el Estatuto no autoriza la técnica del espigueo, seleccionando lo más favorable de cada uno de los textos normativos, sino que habrá que aplicar uno de ellos –el más favorable– en su integridad. Si la materia salarial viene regulada de forma exhaustiva en el convenio colectivo y no prevé la percepción del plus de penosidad, no puede reconocerse el derecho al mismo, aun cuando los trabajadores realicen tareas objetivamente penosas. "A nuestro ordenamiento jurídico no le repugna que trabajadores sujetos a condiciones laborales extraordinariamente gravosas, desde esa perspectiva, no tengan derecho a percibir ese tipo de complemento salarial, si es que no está previsto su devengo en el convenio colectivo por el que se rigen ni lo han estipulado con su empresario."

La remisión a la Ordenanza Laboral no resulta de aplicación cuando la materia se encuentra regulada de modo completo y exhaustivo en el propio convenio colectivo. Tal remisión debe entenderse referida a aspectos no regulados en el convenio y no a materias cerradas, como es el caso.

d) Asunción por parte de la empresa del coste de las cuotas de colegiación. Naturaleza indemnizatoria y no salarial

En la **STS de 28 de noviembre de 2006,** I.L. J 1886, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la naturaleza del abono por parte de la empresa de las cuotas de colegiación satisfechas por los médicos a su colegio profesional.

El abono de esta cantidad no tiene carácter retributivo, sino que constituye una indemnización de gastos por la prestación de un servicio profesional para el que se requiere una determinada titulación.

e) Plus de toxicidad. Condiciones de trabajo que en sí mismas no resultan excepcionales, pueden serlo por la ausencia de medidas preventivas

En el caso enjuiciado por la **STS de 15 de noviembre de 2006,** I.L. J 1887, el Tribunal Supremo se cuestiona si procede o no el abono del plus de toxicidad previsto en el con-

venio colectivo de aplicación. El trabajador prestaba servicios para una empresa de mantenimiento y asumía, como maestro de taller, la reparación de los equipos sanitarios del Hospital Torrecárdenas de Almería. Concretamente, su trabajo tenía por objeto el mantenimiento y la reparación de los equipos de radiología, cardiología, quirófano, hemodiálisis, los desfibriladores, etc.

Pues bien, de acuerdo a lo previsto en el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Almería, los trabajadores que prestaban servicios en puestos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos tendrían derecho a percibir, en contraprestación, un determinado complemento salarial; si bien, la excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad de los trabajos quedaría comprendida en la propia valoración de puestos.

No obstante lo anterior, la empresa de mantenimiento no tenía elaborado el plan de prevención de riesgos y no había adoptado ningún tipo de medidas al respecto. Teniendo en cuenta que el convenio colectivo abarca una rama de actividad muy amplia (como la siderometalúrgica) y que las condiciones específicas de penosidad, toxicidad o peligrosidad pueden variar sustancialmente de una empresa a otra, la obligación de valorar los puestos de trabajo resulta especialmente exigible. En consecuencia, y aun cuando las tareas realizadas por el maestro de taller no fueran excepcionales en sí mismas, sí lo son a la vista de las carencias acreditadas en materia preventiva, por lo que la empresa tiene la obligación de abonar al trabajador el plus de toxicidad previsto convencionalmente.

f) Plus de turnicidad. Su percepción es compatible con el plus de localización por cuanto persigue una finalidad distinta

La **STSJ de Aragón de 28 de junio de 2006,** I.L. J 2041, analiza la compatibilidad entre el plus de turnicidad y el de localización. En el caso enjuiciado, los trabajadores –técnicos de operaciones y mantenimiento de una empresa de telefonía– se habían comprometido por contrato a lo siguiente. En primer lugar, durante el descanso semanal, los trabajadores debían estar localizables y disponibles para atender los posibles requerimientos de la empresa. En consecuencia, no podían alegarse más de 50 Km del centro de trabajo. En contraprestación, recibirían una cuantía fija por cada semana que se encontraran en tal situación y una variable, según el número de intervenciones efectuadas. En segundo lugar, los trabajadores aceptaban quedar adscritos a un régimen de trabajo a turnos, trabajando indistintamente en el turno de mañana, en el de tarde o en el de noche. En tal caso, se les compensaría con un 15% de su salario bruto anual.

En la práctica, los trabajadores prestaban servicios en horario rotativo de mañana y de tarde y cubrían las guardias de noche, permaneciendo a tal efecto localizables. No obstante, no percibían el plus de turnicidad previsto en el contrato. Precisamente por ello, los trabajadores demandaron a la empresa reclamando tal cantidad. En opinión de la empresa, los técnicos no trabajan a turnos y, aunque así lo hicieran, la percepción de ambos complementos –turnicidad y localización– resultaría incompatible. El TSJ de Aragón no puede compartir la postura empresarial. En primer lugar, la forma de organizar el trabajo se acomoda sin problema a la prevista en el artículo 36.3 del ET. En segundo lugar, uno

y otro complemento son perfectamente compatibles porque responden a finalidades distintas: El plus de turnicidad compensa "la mayor incomodidad que representa ese cambio periódico del horario de trabajo", mientras que el plus de disponibilidad contrapresta la obligación del trabajador de permanecer localizable y disponible durante las guardias, con independencia de que se materialice el llamamiento.

En consecuencia, el Tribunal reconoce el derecho de los trabajadores a percibir el plus de turnicidad previsto en el contrato de trabajo.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Conflicto colectivo. Pagas especiales a trabajadores ingresados antes de determinada fecha. Condición más beneficiosa. No vulnera los principios de igualdad y no discriminación

La **SAN de 29 de diciembre de 2006**, I.L. J 2242, aborda el conflicto colectivo que afecta a la totalidad de sus empleados de la Caixa vinculados laboralmente a través de diferentes modalidades contractuales y que prestan servicios en los distintos centros de trabajo que dicha entidad tiene repartidos por toda la geografía nacional, siendo dichos empleados aproximadamente unas mil cincuenta personas. Se debe advertir que una cuestión muy similar fue decidida por esta Sala Nacional en su Sentencia 23/2004, de 30 de marzo, dictada en los Autos 2/2004.

La Audiencia Nacional parte de la premisa general de que el empresario no está sometido de forma absoluta al principio de igualdad. Corresponde examinar si la conducta imputada a la empresa puede ser tachada de discriminatoria a efectos de la eventual aplicación de la protección reforzada que otorga el segundo inciso del artículo 14 de la CE y que afectaría a las relaciones privadas. La conclusión es negativa porque la discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia. Para establecer la diferencia de trato se toman en consideración ligadas a formas de opresión y de segregación o que constitucionalmente se excluyen como elementos de diferenciación por considerarse incompatibles con determinados valores constitucionales. Y la fecha de ingreso en la empresa o la fecha de la contratación no es un factor de discriminación a los efectos del segundo inciso del artículo 14 de la CE, porque no se encuentra enumerado en la relación laboral del artículo 14 de la Constitución Española –nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión–, ni en las ampliaciones de los artículos 4.1.c) y 17.1 del ET. Tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 de la CE –"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"– porque, pese a la aparente amplitud de esta expresión, la misma ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la CE y es claro que esta analogía no concurre en este caso, pues la fecha de la contratación no tiene las implicaciones y el significado que, como factores de exclusión o marginación

típicos, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa. No cabe, por tanto, considerar discriminatoria la diferencia establecida, con lo que ésta no vulnera ni el segundo inciso del artículo 14 de la CE, ni los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET.

Una segunda precisión consiste en establecer que el trato igual tampoco deriva en este caso de ninguna norma legal, como en el caso del artículo 15.6 del ET, que impone de forma general la exclusión de diferencias de trato en función del carácter temporal del contrato.

Las consideraciones anteriores llevan a la desestimación del recurso en cuanto establece que la igualdad de trato que reivindican los demandantes no era exigible, con lo que el trato diferente no tenía que ser justificado por la empresa. Pero la Sentencia de la Audiencia Nacional añade que ese trato diferente está justificado por el respeto a una condición más beneficiosa otorgada al personal contratado con anterioridad a 1992. Lo que existía era una compensación económica que mejoraba el régimen convencional aplicable para los trabajadores de la empresa –excepto para los eventuales y los contratados específicamente para trabajar los domingos y festivos y esa mejora se había incorporado a sus contratos de trabajo. La empresa ha respetado la mejora que no podría desconocer sin recurrir a la vía del artículo 41 del ET, para atender las necesidades derivadas de la ampliación de la actividad comercial en domingos y festivos mediante unas nuevas contrataciones, en las que ya no se aplica la mejora, que queda así "a extinguir", según la técnica del respeto a los derechos adquiridos. Por lo tanto, la única vía para mantener la persistencia de la mejora sería la de vincular ésta a una regulación colectiva de carácter normativo, pero, como esto no se ha intentado en el recurso, no entraría en el ámbito de la contradicción y no se desprende de las actas que se relacionan en la sentencia de instancia.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria: alcanza a las horas extraordinarias que superen el máximo legal anual de 80 horas

En **STS de 29 de noviembre de 2006,** I.L. J 2096, se cuestiona si el FOGASA responde únicamente dentro de los límites establecidos por el ET para las horas extraordinarias y, en consecuencia, si su responsabilidad en caso de insolvencia no alcanza a las horas extra que superen el máximo anual de 80 horas que establece el artículo 35.2 del ET.

El TS responde negativamente a esta cuestión destacando que la superación del límite máximo de horas extraordinarias no varía la naturaleza salarial del correspondiente devengo, ni altera el derecho del trabajador a percibirlo ni la obligación empresarial de abonarlo, de modo que la superación del límite legal para nada afecta a la garantía del FOGASA.

Esta conclusión se impone, según el TS, atendiendo a los fines propios del FOGASA, al que se le atribuye la finalidad social de garantizar a todos los trabajadores por cuenta

ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario mediante el pago de créditos impagados que resulten de contratos o relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente a un período determinado, y que no se comprende cómo se puede alcanzar dicha finalidad si en ausencia de precepto expreso limitativo se excluye la garantía en supuestos como el analizado.

Por otro lado, el TS indica que se obtiene la misma conclusión de la estricta interpretación normativa, en tanto que el artículo 33.1 del ET únicamente establece un límite cuantitativo.

b) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. Trabajador extranjero con permiso de residencia por circunstancias excepcionales que carece de permiso de trabajo

En la **STSJ de Cantabria de 4 de octubre de 2006,** I.L. J 2262, se señala que el FOGASA responde de forma subsidiaria de los salarios de tramitación devengados en favor de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, pero que goza de permiso de residencia por circunstancias excepcionales.

Se concluye, analizando la normativa vigente, que se trata de un contrato de trabajo válido y que la empresa pudo perfectamente haber readmitido al trabajador solicitando el permiso de trabajo, de modo que el trabajador podía haber prestado sus servicios durante todo el período de tramitación.

En consecuencia, se considera que se le deben abonar al trabajador los salarios dejados de percibir, y también de forma subsidiaria, es decir, hecha efectiva en toda su extensión la responsabilidad del FOGASA.

2. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Acción de clasificación profesional: plazo de ejercicio. Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado

Es aplicable al ejercicio de la acción de clasificación profesional el plazo de un año recogido en el artículo 59.2 del ET. Jurisprudencia reflejada en la doctrina de suplicación, *ad exemplum* en la STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005 (recurso 217/2005), I.L. J 1397. Plazo cuyo *dies a quo* se abre desde que pudo ejercitarse la correspondiente acción. Momento que no necesariamente coincide con la entrada en vigor de un convenio colectivo regulador del sistema de clasificación profesional aplicable, sino que puede fijar su inicio con la aprobación de normas más específicas de concreción de aquél. Así sucedió en la Sentencia recién citada, identificando dicho *dies a quo* en el nuevo encuadramiento profesional *ex*

convenio rebatido o, "cuando menos, desde que la comisión técnica de clasificación profesional del grupo 'Endesa', en acta de 13 de febrero de 2001, ratificó las tablas de equivalencias". Y sucede igualmente en la **STSJ de Canarias de 2 de junio de 2006** (recurso 1499/2003), I.L. J 1756, fijando como fecha inicial del cómputo objeto de comentario no la fecha de entrada en vigor del Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado, sino la fecha de publicación de un posterior acuerdo colectivo complementario en la materia. Acuerdo negociado, precisamente, para superar los problemas de clasificación profesional suscitados por aquél.

B) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación

La modalidad procesal especial de clasificación profesional no admite recurso de suplicación. Sin embargo, esta materia puede acceder a las Salas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia en función del contenido de la pretensión lo que determinará la modalidad procesal adecuada, por ejemplo a través del proceso ordinario, como sucede en la **STS de 13 de noviembre de 2006** (recurso para la unificación de doctrina 1600/2005)**,** I.L. J 1786. Delimitar la pretensión y compararla con el objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional es, en consecuencia, determinante a los efectos de elección de la vía procesal a seguir y consiguiente posibilidad de recurso.

La **STS (4.ª) de 13 de octubre de 2006,** (recurso para la unificación de doctrina 2867/2005) I.L. J 1691, identifica la presentación de la demanda como acto procesal determinante de esta modalidad procesal adecuada advirtiendo, claro está, que "lo relevante para entender que se está ante una pretensión sobre clasificación profesional es que ésta se funde en esa discrepancia entre las funciones respectivamente realizadas y la categoría atribuida", independientemente de la denominación dada por el actor y, desde luego, de la procedencia o improcedencia del fondo de la cuestión. La Sentencia es además interesante porque, tras hacer extraordinario acopio jurisprudencial sobre los procesos que pueden versar sobre materia de clasificación profesional, aclara que cuando la acción ejercitada versa sobre la integración de determinados colectivos de trabajadores en ámbitos con distinta regulación pactada, manteniéndose la actividad de aquéllos uniformemente desde la empresa de origen, dicha reclasificación y consiguientes equivalencias, en el caso de autos motivada por la entrada en vigor del Convenio Marco de ENDESA, esta acción no se enmarca en el contenido propio de la de clasificación profesional sino que lo desborda pues precisa el encuadramiento de la categoría inicial del actor en un nuevo grupo profesional, no el mero incardinamiento de su prestación de servicios en una clasificación profesional objetiva. La modalidad procesal adecuada será la ordinaria.

Por el contrario, si los trabajadores alegan realizar bajo la vigencia del convenio de procedencia funciones que se corresponden con un nivel retributivo superior al que tenían asignado y que, continuando en idénticas funciones, pretenden que se les reconozca en el convenio de destino el nivel correspondiente a las funciones que siempre han llevado a cabo, el TS entiende en su **Sentencia de 20 de septiembre de 2006** (recurso para la unificación de doctrina 2205/2005), I.L. J 1728, que el cauce a seguir es el de la modalidad procesal de clasificación profesional.

3. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: expediente de regulación de empleo. Derecho a la indemnización inexistente

Las **STSS de 26 de octubre de 2006,** I.L. J 1806, **13 de noviembre de 2006,** I.L. J 2090 y **29 de noviembre de 2006,** I.L. J 1875, establecen que 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 le proporcionaba, daño que se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso "expectante", en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia, concluye el Tribunal, el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente.

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.* B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** *A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET.* B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** *A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.* B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. *b) Salarios de tramitación.* **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** *A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.* B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13 a 16 del año 2006.

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,

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

más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de despido.

– La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de julio de 2006** (recurso 663/2006), I.L. J 1667, desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual debida a la apertura de un expediente regulador de empleo.

– También fallan la inexistencia de despido las **SSTSJ de Madrid de 16 y de 23 de mayo de 2006** (recursos 1450/2006 y 1445/2006), I.L. J 1631 y 1632, ante sendos supuestos de pretendido abandono de puesto de trabajo cuando se estaba tramitando el proceso de despido.

– Asimismo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2006** (recurso 501/2006), I.L. J 2263, estima que no existió despido por tratarse de la extinción del contrato de un trabajador por cumplimiento de la edad de jubilación, 65 años, al ser ésta una causa válidamente consignada en el contrato individual de trabajo.

– En idéntico sentido, la **STSJ de Murcia de 18 de septiembre de 2006** (recurso 735/2006), I.L. J 2247, ante la negativa empresarial de reincorporación a su puesto de trabajo de un trabajador que, debido a una mejoría de salud, es revisado el grado de incapacidad permanente absoluta al que estaba afecto, entiende que no se produjo despido.

– Finalmente, la **STS de 21 de noviembre de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2326/2005), I.L. J 2225, reitera la inexistencia de despido ante la extinción válida de la relación laboral de interinidad por vacante.

Relativa a la extinción del contrato de trabajo *por voluntad del trabajador* (artículo 50 ET), es la **STS de 19 de octubre de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3491/2005), I.L. J 1821. La **STS de 10 de octubre de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 5065/2005), I.L. J 2022, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de julio de 2006** (recurso 662/2006), I.L. J 2052, abordan la extinción del contrato de

trabajo y su clasificación, como dimisión o como abandono de trabajo, analizando para ello la doctrina jurisprudencial sobre la dimisión tácita o por hechos concluyentes.

Las Salas argumentan:

> "cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina es la de si procede o no la extinción del contrato de trabajo, por 'dimisión' del trabajador, prevista en el apartado d) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 27 de enero de 2005 (recurso 2990/2004), revocando la resolución de instancia, declaró la improcedencia del despido del trabajador demandante, en base, fundamentalmente, a las circunstancias siguientes: a) el trabajador solicitó su traslado desde el centro de trabajo de Valencia al de Bilbao por motivos personales (enfermedad de un hijo); b) la empresa accedió al traslado concediéndole vacaciones desde el 7 al 25 de enero de 2004, más cinco días por traslado, debiendo incorporarse al centro de trabajo en Bilbao el día 1 de febrero de 2004; c) el día 30 de enero de 2004, el supervisor de zona de Bilbao comunicó telefónicamente al demandante su horario de trabajo, solicitándole éste cinco días adicionales de permiso que le fueron denegados por ser necesaria su reincorporación, ofreciéndole la posibilidad de concederle más tarde un permiso por asuntos personales. El supervisor puso en conocimiento del técnico de recursos humanos que el demandante había alegado que se encontraba en Madrid arreglando unos papeles de la herencia; d) el demandante no llegó a incorporarse a su puesto de trabajo, intentando la empresa reiterada e infructuosamente ponerse en contacto telefónico con el demandante y al no conseguirlo, remitió un telegrama en fecha 5 de febrero de 2004 a la dirección del mismo que consta en la empresa, sito en calle Reverendo José María Pinza, 14, con el siguiente texto: 'Presentarse en Telepizza en 24 horas o se procederá a baja por desistimiento'; e) el demandante afirma no haber recibido el telegrama por haber trasladado su domicilio a la calle Arquitecto Arnau, 1, de Valencia; f) La empresa cursó la baja del trabajador el 11 de febrero de 2004. Segundo.–La Sala de suplicación, en la sentencia recurrida, con cita de la doctrina contenida en nuestras Sentencias de 21 de noviembre de 2000 y 29 de marzo de 2001, acerca de la dimisión o 'abandono' del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, ha entendido, que en el presente caso, del comportamiento de las partes no se puede deducir, sin dudas muy razonables, que fuera voluntad del trabajador dar por concluida la relación laboral por la causa prevista en el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por dimisión. En efecto, la Sentencia de la Sala de fecha 17 de mayo de 2005 (recurso 2219/2004), resume así la doctrina al respecto: '1) la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal', bastando que 'la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral' (STS de 21 de noviembre de 2000, que cita STS de 1 de octubre de 1990); 2) así pues, la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador 'clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito', si bien en tal caso la manifestación se ha de hacer por 'hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención o alcance' (STS de 10 de diciembre de 1990), y 3) en concreto, las conductas de 'abandono de trabajo' pueden ser unas veces simple falta de asistencia al trabajo y pueden tener otras un significado extintivo, dependiendo la inclinación por una u otra calificación del 'contexto', de la 'continuidad' de la ausencia, de las 'motivaciones

> e impulsos que le animan' y de 'otras circunstancias' (STS de 21 de noviembre de 2000, con cita de STS de 3 de junio de 1988). Sobre la base de esta doctrina jurisprudencial la sentencia recurrida ha llegado a la conclusión de que el abandono de trabajo enjuiciado del demandante no ha constituido una dimisión, y que el cese del mismo ha de ser calificado como despido improcedente".

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] es llevada a cabo por la **STSJ de Murcia de 24 de julio de 2006** (recurso 488/2006), I.L. J 1669. Ésta llegó a la conclusión de que el despido "objetivo" del recurrente fue adecuadamente calificado como procedente, al tener origen la decisión extintiva del contrato de trabajo en el cambio de sistema de comercialización adoptado por la sociedad, con cesión de negocio a otra empresa, de forma que, estando el actor disconforme con la subrogación, su despido se debió a la amortización del puesto de trabajo.

Para la Sala:

> "Por otra parte, en los despidos objetivos basados en causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada 'haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa', bastando con que se acredite 'exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo', con lo que la decisión de la sentencia recurrida en este punto sería conforme a la jurisprudencia y el motivo adolecería no sólo del requisito de identidad sustancial de los supuestos examinados, sino también de contenido casacional. En cualquier caso, de los anteriores razonamientos se desprende la necesidad de inadmitir este primer motivo del recurso. El segundo de los motivos del recurso se refiere a la necesidad de que en los despidos por causas objetivas 'la empresa acredite realmente la concurrencia de tales causas, sin que baste una alegación genérica de su existencia, para excluir que el despido obedezca a razones discriminatorias o de otro tipo'."

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 2006** (recurso 2141/2005), I.L. J 1641, argumenta cómo para fundamentar el despido no es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. Basta que sea coyuntural o transitoria. El empresario debe acreditar que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa. Para que la extinción sea improcedente debe constar la desconexión entre el puesto del trabajador y la causa.

La Sala, en su FJ 2º, razona:

> "Para considerar improcedente la extinción debe constar de manera muy clara la desconexión entre el puesto del trabajador seleccionado y la causa, pues en principio y con los límites generales antes aludidos habrá de reconocerse la posibilidad de elección de la empresa en virtud de sus facultades de dirección y control y de movilidad funcional. En el caso de la actora, era operaria de producción junto con otros 11 compañeros y aunque en el momento del despido de forma habitual trabajaba en el modelo que se sigue produciendo, a lo largo de su contrato ha realizado diversas funciones y ha rotado en todas las actividades de la empresa, por lo que no existe una vinculación tan intensa con el puesto de trabajo –por circunstancias de preparación específica, dedicación permanente, u otras que pudieran considerarse– que permitan excluirla radicalmente de la afectación de la medida extintiva."

La **STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2006** (recurso 1290/2006), I.L. J 1665, declara la improcedencia de un despido por causas objetivas ante la inexistencia de pérdidas económicas importantes, cuando se trata del reajuste entre las fuerzas del trabajo y las necesidades de la producción.

Para la Sala:

> "Los hechos descritos no evidencian una situación importante de crisis económica de tal manera que la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo no concurre en su manifestación más apremiante de pérdidas continuadas del negocio. En estos supuestos, según jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo la acreditación de la razonabilidad en términos económicos del acuerdo de extinción de uno o varios contratos de trabajo suele ser más fácil ya que tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa."

La **STS de 11 de octubre de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3148/2004), I.L. J 1850, al abordar el estudio de la finalidad del despido por causas objetivas basado en causas económicas, lo identifica con la superación de situaciones económicas negativas y del relato de hechos probados no se aprecia la existencia real de una situación económica negativa o de una posición que exige la aplicación de medidas organizativas para aumentar el rendimiento empresarial o la competitividad en los mercados.

La Sala alega:

> "Debemos entrar, por tanto, en el fondo del asunto, unificando la doctrina sobre la cuestión jurídica planteada, que no es otra que la de precisar el alcance del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, cuando describe las causas justificativas del despido objetivo por necesidades empresariales, y en concreto, 'las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda', en supuestos como el aquí contemplado de subcontratación o exteriorización de actividades empresariales, para una vez realizada dicha operación, valorar, ateniéndo-

se al relato de los hechos probados, si la situación de la empresa que le impulsó a dicha exteriorización de servicios o actividades se puede subsumir o no en el concepto legal de 'dificultades' que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Al respecto, la Sala, en su Sentencia de 30 de setiembre de 1998 (recurso 4489/1997), razonaba ya que: En todo caso se debe hacer referencia –siguiendo la doctrina de esta Sala en su Sentencia de 21 de marzo de 1997– al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contratas tiene encaje en tal causa en todo caso o sólo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial'; doctrina esa ratificada por las Sentencias de 3 y 4 de octubre de 2000 (recursos 621/2000 y 4098/1999), dictadas en Sala General. Más recientemente, la Sala ha dictado las Sentencias de 10 y 31 de mayo de 2006 (recursos 725/2005 y 49/2005), razonando, en relación con lo hasta ahora expuesto que: Referido a empresas u organizaciones, el término genérico 'dificultades', que el artículo 52.c) del ET utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las 'causas técnicas, organizativas o de producción' justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad. En el momento del despido tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos. Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho del artículo 52.c) del ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS de 17 de mayo de 2005, recurso 2363/2004), pero no el despido objetivo por causas empresariales. La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 30 de septiembre de 1998, recurso 7586 y STS de 21 de julio de 2003, recurso 4454/2002), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales. Cuarto.–A la luz de toda esta doctrina, la decisión correcta es la que contiene la sentencia de contraste, por lo que el recurso –que denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita, así como el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 192/1993, de 27 de octubre– ha de ser estimado, como propone el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, y ello por las siguientes razones: A) En el caso que examinamos, del relato de hechos probados no se aprecia la existencia real de una situación económica negativa o de una posición que exige la aplicación de medidas organizativas para aumentar el rendimiento empresarial o la competitividad en los mercados, es más, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia, pero con valor de hecho probado, se afirma, que habiendo aludido la empresa demandada en sus comunicaciones a externalizar las actividades de Data Base

> Márketing, ni en tales comunicaciones ni en las pruebas practicadas se ha puesto de manifiesto la existencia de una situación económica productiva negativa, crítica o que exija objetivamente dicha externalización; B) Dichas comunicaciones son ambiguas e inconcretas, de tal modo que impiden valorar la presencia de 'dificultades' en la empresa que amparen la aplicación del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores; C) Como acertadamente pone de manifiesto el ya citado informe del Ministerio Fiscal, que la externalización del servicio sea a nivel europeo no exime a la empresa de las debidas acreditaciones, pues conceder privilegios a las grandes multinacionales que tienen implantación en muchos países en orden a la ausencia de justificación de las medidas que adopten sería discriminatorio y produciría indefensión a los trabajadores; D) En el presente caso, no se ha aportado justificación documental alguna, sino únicamente las ya señaladas referencias genéricas, palmariamente insuficientes, por ausencia de datos, para llegar a alguna conclusión, y E) Contrariamente a lo que parece entender la sentencia recurrida, la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52.c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador. Quinto.–Los razonamientos precedentes conllevan la estimación del recurso interpuesto por las trabajadoras demandantes. Ello comporta en el presente caso, al haberse estimado el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada, casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate de suplicación, desestimar el recurso de suplicación interpuesto, confirmando el fallo del Juzgado de lo Social en todos sus pronunciamientos".

Por el contrario, diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de los despidos efectuados con motivo de la concurrencia de causas objetivas, organizativas o de producción. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 2006** (recurso 504/2006), I.L. J 2050, juzga procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, organizativas o de producción, concurrentes en un centro de trabajo. En idéntico sentido la **STSJ de Cantabria de 22 de agosto de 2006** (recurso 755/2006), I.L. J 2258, falla la validez de la extinción contractual por causas económicas debido a la acreditación de pérdidas económicas cuantiosas y la carencia de actividad empresarial en los últimos años. Finalmente, la **STSJ de Navarra de 16 de junio de 2006** (recurso 101/2006), I.L. J 2269, determina la procedencia de la extinción contractual por causas productivas, debido al descenso en la producción empresarial.

Las Salas argumentan:

> "Ninguna duda cabe que la redacción dada al citado precepto [artículo 52.c) ET], amplía considerablemente las posibilidades del empresario para acogerse a este privilegiado método de resolución de los contratos de trabajo, porque ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa, como anteriormente se exigía, y basta que se pruebe la concurrencia de dificultades que inciden en el buen funcionamiento de la misma. La cuestión que se suscita, en segundo término, es si la necesidad de amortizar un puesto de trabajo es una circunstancia a valorar exclusivamente en relación con el centro de trabajo o la unidad productiva afectados por la medida o, por tener superior dimensión conceptual, habría de ponderarse en todo el ámbito de la empresa (…) A la vista de la

> unificación de doctrina, plasmada en las Sentencias del Tribunal Supremo en las que tras distinguir entre causas económicas y las organizativas y productivas, señalan que: cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta. El remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio."

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 9 de junio de 2006** (recurso 180/2006), I.L. J 1646, y la **STSJ de Murcia de 17 de julio de 2006** (recurso 700/2006), I.L. J 1670, declaran improcedente la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haberse acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de su contrato. Las Salas, tomando en consideración la doctrina judicial emanada del Tribunal Supremo, argumentan:

> "La calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando no se está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2 de la LPL. El denominado despido fraudulento, de creación jurisprudencial, no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que, como en el presente caso, se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedente."

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de junio de 2006** (recurso 1221/2005), I.L. J 1763, analiza el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido como procedente. Acaba concluyendo la procedencia del despido, tras analizar los requisitos de culpabilidad y gravedad, contenidos en el artículo 54.2 ET.

Según razona la Sala:

> "Para constituirse en causa de despido y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.2 del ET las infracciones a que se refiere dicho precepto deben, en todo caso, alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente. Suficiencia que, además no puede determinarse bajo

> meros criterio objetivos, exigiéndose, por el contrario un análisis individualizado de cada conducta."

Asimismo, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de junio de 2006** (recurso 947/2006), I.L. J 1654, y **de Extremadura de 28 de junio de 2006** (recurso 349/2006), I.L. J 1961, estiman la procedencia de los despidos de dos trabajadores por incurrir en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales. En el mismo sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de julio de 2006** (recurso 696/2005), I.L. J 2051, declara la procedencia de un despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual, del Director de una entidad bancaria, que permite la "rueda de talones pues esta conducta, recogida en el hecho probado, revela, por su parte un claro incumplimiento contractual grave y culpable subsumible en los artículos 54.2.d) y 55.4 del ET, determinante de la sanción de despido que le ha sido impuesta".

Finalmente, la **STSJ de Extremadura de 22 de junio de 2006** (recurso 284/2006), I.L. J 2265, declara procedente el despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual, de un trabajador que utiliza de forma privada inadecuada y excesiva la tarjeta de la empresa para surtir de gasolina su propio vehículo. Y la **STSJ de Cantabria de 30 de octubre de 2006** (recurso 881/2006), I.L. J 1956, declara la procedencia del despido disciplinario, basado, asimismo, en la transgresión de la buena fe contractual, debido a la conducta fraudulenta del actor que, en situación de incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, es observado realizando trabajos. "La conducta quebró el tratamiento médico prescrito, que el actor, en el plano laboral, tenía la obligación de respetar".

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) 8 de junio de 2006** (recurso 1089/2005), I.L. J 1760, analiza la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal sucesiva para cubrir necesidades permanentes en un ayuntamiento de orientación y asistencia para el empleo.

Para la Sala:

> "La comunicación de despido que se le hace a la trabajadora demandante es debido a que es también baja en la empresa otra distinta trabajadora, que no es la que era titular del puesto que ocupaba interinamente. Luego no era viable pretender, con apoyo en tal circunstancia, la terminación de la vinculación interina existente con la demandante, tal y como acertadamente entendió la Sentencia recurrida."

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al declarar la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, las **SSTSJ de La Rioja de 13 de julio de 2006** (recurso 215/2006), I.L. J 1830, y de **Castilla y León (Valladolid) de 18**

de septiembre de 2006 (recurso 1411/2006), I.L. J 2252, al resolver sobre dos supuestos de despido improcedente, argumentan que la sanción ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre le hecho cometido y la sanción impuesta. Las Salas califican los dos despidos efectuados como improcedentes porque no se ha podido determinar cuál de los trabajadores fue el instigador inicial de la agresión física y verbal, por lo que el despido de ambos actores es sanción desproporcionada.

Asimismo, la **STS de 15 de noviembre de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 277/2005), I.L. J 2101, califica como improcedente el despido efectuado a un trabajador al que le comunica la empresa la carta de despido con 20 días de retraso desde la primera comunicación.

Para la Sala:

> "Es doctrina unificada que aun cuando lo discutido sea una cuestión de naturaleza procesal deberá mediar entre las dos resoluciones la igualdad sustancial entre los supuestos de hecho, Sentencia Tribunal Supremo de 29 de enero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3498/2001): 'III. Las igualdades sustanciales objetivas son exigencias que no pueden vaciarse, en contra del artículo 217 de la Ley, ante la denuncia de infracciones procesales. Por consiguiente, cuando se trata de valorar la contradicción judicial respecto a una materia procesal, se exige no sólo la homogeneidad de dicha infracción, sino también la más perfecta identidad subjetiva, objetiva y de pretensión procesal entre las sentencias comparadas dentro del recurso. De modo que para viabilizar el recurso, aunque los motivos de impugnación se centren exclusivamente en infracciones procesales, la parte ha de acreditar la contradicción sustantiva que justifica su existencia. (Sentencias antes citadas de 4 de diciembre de 1991, 21 de noviembre de 2000 y 28 de febrero de 2001.) IV. Para que pueda ser apreciable la identidad en el plano exclusivo de la homogeneidad procesal, es necesario que, habiéndose propuesto en las dos sentencias como tema de decisión la existencia de una infracción procesal, aquéllas lleguen a soluciones diferentes. Siendo preciso por consiguiente 'que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o la *ratio decidendi* las sentencias'. De modo que no existe contradicción entre una sentencia que decide sobre una cuestión procesal y otra que sin entrar en ella resuelve sobre el fondo, porque mientras que en un caso el problema procesal es objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, en el otro no ha entrado en el ámbito de la decisión' [Sentencias de 4 de diciembre de 1991, 21 de noviembre de 2000 y 28 de febrero de 2001 ya citadas y de 19 de febrero de 2001 (recurso 2098/2000), 22 de marzo de 2001 (recurso 4352/1999), 7 de mayo de 2001 (recurso 3962/1999), y 20 de de marzo de 2002 (recurso 2207/2001)]. V. La contradicción, que constituye presupuesto de admisibilidad del presente recurso extraordinario, debe darse, no entre doctrinas abstractas sino entre las sentencias comparadas, de forma que la comparación ha de hacerse atendiendo al problema o problemas planteados y decididos en suplicación, y no a otros distintos. De modo que 'la identidad de las controversias debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que éstas han sido planteadas en suplicación (…)'. [por todas, Sentencias de 18 de marzo de 1999 (recurso 1117/1998), 23 de julio de 1999 (recurso 3362/1998) y 9 de abril de 2001 (recurso 2659/2000)]. VI. El examen de

las infracciones procesales en este excepcional recurso está condicionado por la existencia de contradicción, sin que estas infracciones puedan apreciarse de oficio, ni a instancia de parte si ésta no acredita tal requisito. (SS. de 21 de noviembre de 2000 y 21 de marzo de 2000, recurso 2260/1999.) 'Por otra parte 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 IV 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]."

b) Salarios de tramitación

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2006** (recurso 1058/2006), I.L. J 1656, a propósito de la improcedencia de un despido, se pronuncia sobre el alcance temporal del abono de los salarios de tramitación. La Sala expone que éstos corresponderán, en todo caso, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia dictada por el Tribunal.

La Sala argumenta:

"El tema de debate se circunscribe, como acertadamente advierte el Ministerio Fiscal en su dictamen, a precisar la extensión temporal de los salarios de tramitación en casos de tanta singularidad como el presente, en el que por dos veces se imputó la responsabilidad derivada del despido a empresas diferentes. La solución al dilema planteado debe buscarse en el texto del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción que presentaba en la fecha en que se produjo el despido, a cuyo tenor, declarada la improcedencia del despido, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización y de 'una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación'. Aquí no se contempla este último supuesto, sino solamente el primero, es decir, la fecha inicial y final

a tener en cuenta para el cómputo de los salarios de tramitación; en cuanto al primer factor no se ha suscitado controversia, pues ambos recurrentes admiten que debe ser la fecha en que se produjo el despido, y éste es el sentido de la norma que interpretamos."

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Diversas resoluciones judiciales declaran la nulidad de los despidos efectuados a varias trabajadoras durante el período de embarazo y lactancia. La **STS de 19 de julio de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1452/2005), I.L. J 1718, la **STSJ de La Rioja de 29 de junio de 2006** (recurso 226/2006), I.L. J 1752, y la **STC de 11 de diciembre de 2006** (recurso de amparo 812/2004), I.L. J 1975, determinan la nulidad de los despidos efectuados a varias trabajadoras embarazadas, cuyo estado conocía ya, previamente, la empresa.

Las Salas fundamentan el fallo:

"La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la 'aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo', no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, 'durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo'; cuando se despida 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."

Por el contrario, las **SSTSJ de Murcia de 24 de julio de 2006** (recurso 488/2006), I.L. J 1669, y **de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 6 de junio de 2006** (recurso 249/2006), I.L. J 1757, revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos, calificándolos de improcedentes en dos supuestos de sucesivos contratos temporales celebrados en fraude de ley, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Tampoco se aportan indicios que generen sospecha de su existencia.

Razonan las Salas:

> "En el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discriminatorio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, de ahí lo sorprendente y lo incorrecto que resulta de la calificación del despido por la juzgadora *a quo* como nulo, de haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental. Debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado. El despido no pude ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos."

Mª. Carmen Ortiz Lallana
Begoña Sesma Bastida

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Derechos de negociación, participación e información en la empresa. B) Proceso de tutela de la libertad sindical. **2. Representación unitaria de los trabajadores: indemnidad económica. 3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: delimitación y objeto. B) El proceso de conflicto colectivo: otras cuestiones procesales. **4. Huelga.** A) Determinación de los servicios mínimos. B) Huelgas ilegales y abusivas. C) Actos empresariales durante la huelga.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Derechos de negociación, participación e información en la empresa

Son particularmente significativas, por su número, las sentencias que en el período de referencia resuelven conflictos relativos a la composición y actuación de comisiones creadas y reguladas por convenio colectivo. A este respecto, la **STS de 26 de diciembre de 2006**, I.L. J 2123, y la **STS de 28 de diciembre de 2006**, I.L. J 2231, recuerdan que es preciso partir de la distinción entre las comisiones que tienen atribuidas facultades de negociación, y las comisiones "aplicadoras". A las primeras corresponde la modificación o creación de reglas nuevas, mientras que las segundas tienen atribuida la función de interpretar o aplicar algunas cláusulas del convenio colectivo, o adaptarlas a las peculiares circunstancias del caso concreto. Es por ello que la exclusión de un sindicato de una comisión creada por un pacto que no ha firmado y al que no se ha adherido, sólo constituirá una lesión del derecho de libertad sindical si ello implica un desconocimiento o una limitación del derecho a la negociación colectiva, porque la comisión en cuestión tenga atribuidas facultades negociadoras; sin que a tales efectos resulte relevante la denominación que las partes hayan dado al órgano litigioso, en el bien entendido que lo importante es la competencia o función que la comisión tenga atribuida, pudiendo ser aplicadora o interpretadora aunque las partes se refieran a ella como comisión negociadora. En aplicación de esta doctrina, en ambos casos se desestima la pretensión de los sindicatos actores, toda vez que no firmaron el convenio de la empresa y las comisiones en las que no participan no tienen carácter negociador.

También en el supuesto de la **SAN de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1739, se cuestiona, a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo, la composición de determinadas comisiones creadas en convenio colectivo, conforme al principio de proporcionalidad representativa. En el caso debatido se trata de una pluralidad de comisiones o comités previstos en convenio colectivo (de salud laboral, de control del plan de pensiones, paritaria del convenio, de promociones y de promoción del crédito a la vivienda), cuya composición, conforme a las reglas establecidas en esta norma paccionada, decide el comité de empresa. El problema se suscita porque en la empresa sólo existe un comité de empresa en su centro de Cantabria, teniendo los restantes centros de trabajo de España, obviamente con menor plantilla, delegados de personal.

Con carácter previo la Sala declara la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo, frente al de impugnación de convenios, por entender que no se está instando la nulidad de ninguna cláusula del convenio aplicable, sino una determinada interpretación de su contenido. También reconoce la legitimación pasiva de la empresa, pues aun cuando no tiene responsabilidad en la composición del banco sindical en las debatidas comisiones, sí puede verse afectada por la resolución que sobre el particular se adopte judicialmente.

La Sala rechaza la pretensión del sindicato actor, por estimar que el principio proporcional de representación en las comisiones delegadas sólo se impone a las de carácter y funciones negociadoras o reguladoras, que sólo concurren respecto de la comisión paritaria del convenio, teniendo en cuenta, además, que la regulación convencional encarga la designación de los miembros de tales comisiones al comité de empresa, y que éste existe tan sólo en el centro de trabajo de Cantabria. No obstante y respecto de la comisión paritaria, dado su carácter negociador o regulador, la Sala parece reconocer la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, toda vez que en tal caso sí procedería una composición proporcionalmente representativa, pero tal posibilidad interpretativa viene obstaculizada por la regla del convenio que prevé la designación por parte del comité de empresa, y la afectación del convenio no es factible a través de esta modalidad procesal.

Esta diferencia entre el comité paritario del convenio, de carácter negociador, y otras comisiones meramente administradoras, se pone igualmente de manifiesto en el más complejo supuesto de la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de julio de 2006**, I.L. J 1668. En este caso se cuestiona la eventual vulneración del derecho de libertad sindical de un miembro de un comité de empresa, representante del sindicato USO, por su revocación y exclusión sobrevenida de la comisión de seguridad y salud y de la comisión paritaria del convenio colectivo de la empresa. Como antecedentes fácticos relevantes debe destacarse que el comité de empresa estaba compuesto por 17 miembros (9 de CCOO, 6 de UGT y 2 de USO), que el convenio colectivo fue suscrito por acuerdo unánime entre la dirección de la empresa y todos los miembros del comité de empresa, que en las referidas comisiones delegadas se integraron desde el inicio de su actuación 4 miembros por la parte sindical, entre los cuales se incluía el actor, representante del sindicato USO, y que éste fue revocado y excluido de estas comisiones por acuerdo del resto de las representaciones sindicales en el comité de empresa.

Partiendo del carácter negociador de la comisión paritaria del convenio y de su vinculación a la vigencia del propio convenio, y de la consideración de que la participación de los sindicatos en los órganos de representación y negociación en las empresas forma parte de su derecho de libertad sindical, la Sala declara que el mandato de los representantes en las comisiones delegadas debe corresponderse con el de vigencia del convenio que las crea, y que la revocación y exclusión de uno de los sindicatos firmantes del convenio e integrantes del comité de empresa supone una vulneración de sus derechos de libertad sindical.

Un conjunto más heterogéneo de derechos de acción sindical en la empresa, regulados convencionalmente, se contempla en el supuesto de la **SAN de 16 de octubre de 2006**, I.L. J 1967. En este caso se cuestionan diversas cláusulas del IX Convenio General de la Industria Química, en relación con el reconocimiento de ciertos derechos sindicales tan sólo a los sindicatos firmantes del convenio. Se cuestiona esta restricción, en primer lugar, respecto del uso sindical de redes informáticas, y páginas y correo electrónico corporativo, en segundo lugar, respecto de ciertas reglas sobre estructura y compromisos de negociación colectiva (preferencia en la negociación descentralizada por las secciones sindicales de las organizaciones firmantes de convenio) y, en tercer lugar, respecto de la participación y funciones de distintas Comisiones mixtas o paritarias especializadas (consultas sobre clasificación profesional, comisión de investigación de accidentes de trabajo mortales, comité mixto de seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente, comisión sectorial por la igualdad, fundación de riesgos laborales, comisión técnica para estudiar la problemática de la estructura profesional y comité paritario sectorial de formación).

En relación con la primera restricción (uso de medios telemáticos de la empresa), se estima la pretensión del sindicato demandante (Confederación Intersindical Gallega), por entenderse que carece de justificación y puede suponer una injerencia empresarial en la actividad de los sindicatos, al implicar un incentivo para los firmantes del convenio y una desventaja para los no firmantes, contrarios al principio de igualdad. Respecto de las reglas y compromisos sobre la negociación descentralizada, se desestima la pretensión, al considerarse que las reglas cuestionadas no imponen una reserva ni una exclusividad, sino tan sólo una preferencia respecto de las secciones de los sindicatos firmantes del convenio, no excluyente de otras fórmulas y organizaciones de representación y negociación. Finalmente, en relación con la composición y funciones de las referidas comisiones, también se rechaza la pretensión actora, al estimarse que se trata de órganos y funciones de administración (investigación, estudio, informe, orientación, proposición, ejecución, colaboración, evaluación, coordinación, etc.) y no de negociación o regulación, por lo que no se impone el criterio de representación proporcional propio de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos.

Una problemática más específica en relación con el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos se plantea con los denominados convenios extraestatutarios. A este respecto, la **STS de 12 de diciembre de 2006**, I.L. J 2177, contiene un análisis exhaustivo de la naturaleza y características de esta singular negociación, aclarando los requisitos que han de concurrir para poder declarar la existencia de una lesión del derecho de libertad sindical a ese respecto. Así, comienza el Tribunal recordando que en la actualidad es pa-

cífica la validez de los convenios extraestatutarios, porque aunque no se aluda a ellos de manera explícita en los artículos 7 y 28.1 de la Constitución, sí puede entenderse que estos preceptos contienen una llamada implícita a este tipo de acuerdos, a los que de forma indirecta se refieren algunos preceptos legales, como el artículo 163.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al hacer mención a los convenios colectivos "cualquiera que sea su eficacia".

En todo caso, esta ausencia de regulación específica hace que una de las singularidades más relevantes de este modelo de negociación sea la absoluta libertad de la empresa en la selección de su interlocutor, al no regirse por ninguno de los principios de la negociación colectiva estatutaria, circunscribiéndose al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, matizado tan sólo por las prohibiciones que pesan sobre el fraude de Ley, el abuso de derecho, la mala fe y la vulneración de las normas imperativas, y en general, por las reglas civiles sobre contratos. Precisamente por este carácter contractual, los convenios extraestatutarios sólo podrán considerarse lícitos y válidos si su eficacia queda limitada al ámbito de representación de las entidades que los suscriben y, en su caso, a quienes se adhieran a ellos, lo que conlleva necesariamente la imposibilidad de que estos pactos regulen condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores, suponiendo este desbordamiento de su límite natural de eficacia una lesión del derecho de libertad sindical de quienes tienen atribuido en ese ámbito el derecho a la negociación colectiva estatutaria.

Es precisamente esta doctrina la que se aplica al supuesto litigioso resuelto por la STS de 12 de diciembre de 2006, en el que se negocia un acuerdo sólo por tres de los diez representantes unitarios de los trabajadores, aunque adquiere cierta dimensión colectiva cuando se produce la general adhesión al mismo en los centros de trabajo (78,26% de la plantilla). Para rechazar que el acuerdo lesione el derecho de libertad sindical de los sindicatos con legitimación suficiente, la Sala llama la atención sobre las circunstancias en las que se negoció, destacando que no se trata de una iniciativa empresarial dirigida a los trabajadores individualmente considerados, sino de la actuación sincrónica de la empresa y parte del comité, tras frustrarse el proceso de negociación estatutaria, lo que excluye toda intencionalidad o resultado lesivo. En este sentido, ya había dicho este mismo Tribunal que después de intentada y fracasada la negociación de un convenio colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha negociación, la obligación de negociar de buena fe no implica el deber de reanudar las negociaciones del convenio fallido, sin que, por lo demás, este deber pueda confundirse con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos.

Por último, en relación con los derechos de acción sindical en la empresa, son también significativas las sentencias referidas a los derechos de información pasiva de los representantes sindicales y, correlativamente, a las obligaciones empresariales de información (**STS de 19 de septiembre de 2006**, I.L. J 1838, **STS de 9 de octubre de 2006**, I.L. J 1846, y **STSJ de Cantabria de 20 de julio de 2006**, I.L. J 1949).

En el supuesto de la **STS de 19 de septiembre de 2006**, I.L. J 1838, se cuestiona, a través de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical, el derecho de los representantes de dos sindicatos con secciones sindicales y presencia en el comité de empresa de Correos y Telégrafos, a obtener de ésta determinada información relativa a la contratación de trabajadores (listados e incidentes). La Sala estima el recurso de la empresa, por entender que no se han aportado indicios de que la información solicitada estaba relacionada con una pretendida conducta empresarial de discriminación en la contratación de trabajadores, y, genérica y asépticamente, los derechos de información pasiva de los representantes sindicales no alcanzan la concreción pretendida.

Por su parte, la **STS de 9 de octubre de 2006**, I.L. J 1846, desestima la demanda de un sindicato, relativa al derecho a recibir determinada información de la empresa Iberia, destinada a la denominada comisión de seguimiento económico y acción social, en la medida en que no forma parte de tal comisión por no haber tenido implantación en la empresa en el momento de su constitución, al no haberse presentado en su momento a las correspondientes elecciones, lo que justifica razonablemente el desigual trato dado en materia informativa por la empresa a las distintas organizaciones sindicales.

Finalmente, en el supuesto de la **STSJ de Cantabria de 20 de julio de 2006**, I.L. J 1949, se cuestiona, a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, el alcance del derecho de un delegado sindical y miembro del comité de empresa a recibir información detallada relativa a un proceso de selección de personal externalizado por la empresa. El debate de fondo se refiere tanto al alcance objetivo de la información debida, como a sus destinatarios. Sobre el primer aspecto, la Sala entiende que el objeto y alcance de la de información deben venir delimitados por la función y finalidad que tienen, en este caso verificar la regularidad del proceso de selección y contratación de personal y, en particular, su adecuación con el principio de no discriminación por razón de sexo. Respecto de sus destinatarios, y una vez que tanto legal como convencionalmente se precisa que lo son tanto los representantes unitarios como los delegados sindicales, se estima que el derecho de información pasiva le corresponde al delegado sindical de la organización actora, que también es miembro del comité de empresa, pero no a su sindicato ni a sus representantes ajenos a la empresa. Por último, se estima la vulneración del derecho de información debatido, por no haberse dado traslado al repetido delegado sindical, previa solicitud, de información detallada sobre el proceso de selección y contratación de personal en curso, más allá de algunos documentos genéricos e insuficientes a los referidos efectos de control.

B) Proceso de tutela de la libertad sindical

En relación con el objeto del proceso de tutela de la libertad sindical, la **STS de 1 de junio de 2006**, I.L. J 1672, y la **STS de 18 de julio de 2006**, I.L. J 1982, insisten en que el ámbito del proceso especial de tutela de la libertad sindical alcanza al contenido constitucional de este derecho, tanto al esencial, como núcleo permanente e indisponible para el legislador, como al adicional, reconocido por la norma habilitada por la Constitución para la regulación de la libertad sindical (LOLS), como manifestación histórica del derecho, quedando fuera de ese ámbito los derechos sindicales previstos en otras normas. La

aplicación de esta doctrina supone que se declare la inadecuación del proceso de tutela de la libertad sindical en el primer caso, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, relativa a la cesión y acumulación del crédito horario de unos representantes de los trabajadores, objeto de regulación en convenio colectivo, y, por el contrario, la adecuación del proceso en el segundo caso, por tratarse de una pretensión relativa a la aplicación e interpretación del artículo 10 de la LOLS (condición, derechos y garantías de los delegados sindicales), aun cuando por la empresa se había opuesto que los derechos debatidos eran también objeto de regulación convencional.

Sobre los efectos de la declaración de inadecuación del proceso de tutela de la libertad sindical se pronuncia la **STS de 21 de noviembre de 2006**, I.L. J 2056, en el sentido de que tal declaración no conlleva la nulidad de las actuaciones y la correspondiente retroactividad del proceso, debiendo resolverse igualmente sobre el fondo del debate propuesto. En este caso la inadecuación se declara respecto de una demanda relativa al mantenimiento de la cualidad de delegado de personal de un trabajador, tras la subrogación de su empresa por otra con su propia representación unitaria.

Otras cuestiones procesales de la modalidad de tutela de la libertad sindical, relativas, fundamentalmente, a la competencia objetiva, la legitimación y los efectos indemnizatorios de las sentencias estimatorias de la lesión del derecho, se suscitan en la **STS de 15 de septiembre de 2006**, I.L. J 1726, en la **STS de 19 de septiembre de 2006**, I.L. J 1838, y en la **STSJ de Cantabria de 20 de julio de 2006**, I.L. J 1949, estas dos últimas ya expuestas en sus aspectos sustantivos [VII.1.A)].

En la **STS de 15 de septiembre de 2006**, I.L. J 1726, se cuestiona la competencia objetiva o territorial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para resolver una reclamación que presentan 13 trabajadores a título individual contra la empresa "Catalunya Radio", por una pretendida vulneración de sus derechos de libertad sindical, con motivo del desarrollo de una serie de paros de 15 minutos de duración. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entendió de oficio que no era competente para resolver dicho asunto, por falta de competencia objetiva, pues a su juicio dicha competencia les correspondía a los Juzgados de lo Social. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirma esta decisión, por entender que al discutirse acerca de la pretendida vulneración del derecho de libertad sindical de trabajadores concretos, los efectos de dicha vulneración no pueden extenderse a un ámbito superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social.

Por su parte, en el supuesto de la **STS de 19 de septiembre de 2006**, I.L. J 1838, en el que, como se dijo [VII.1.A)], se debate sobre el derecho de los representantes de dos sindicatos a obtener de la empresa determinada información relativa a la contratación de trabajadores (listados e incidentes), por la empresa se oponen las excepciones de incompetencia territorial de jurisdicción, de inadecuación de procedimiento y de falta de legitimación activa, desestimándose todas ellas por la Sala. La primera, por venir referido el conflicto a toda la provincia de Barcelona y no a esta ciudad ni a todo el ámbito nacional de actuación de la empresa, y corresponderle, por tanto, su conocimiento en instan-

cia al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La segunda, por tratarse de una cuestión relativa al contenido constitucional del derecho de la libertad sindical, concretada en los derechos de información de los representantes sindicales (artículos 2, 8 y 10 LOLS). Y la tercera, porque los sindicatos actores no plantean su pretensión a partir de la condición de sus representantes como miembros del comité de empresa en coalición, sino como representantes sindicales.

Finalmente, en el supuesto de la también referida **STSJ de Cantabria de 20 de julio de 2006**, I.L. J 1949 [VII.1.A)], en el que se debate sobre el alcance del derecho de un delegado sindical y miembro del comité de empresa a recibir información relativa a un proceso de selección de personal, desde el punto de vista procesal se cuestiona, en primer lugar, la legitimación activa del sindicato al que pertenece el referido delegado y la de su sección sindical, y la pasiva, del comité de empresa. La primera se afirma, desestimándose la correspondiente excepción, por tratarse de una demanda relativa a la acción sindical en la empresa, a lo que se añade, respecto de la sección sindical, su condición de directamente implicada en el derecho a la información solicitada. Por el contrario, la segunda se niega, desestimándose igualmente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta de contrario, por no corresponderle la obligación informativa litigiosa al comité de empresa.

También desde el punto de vista procesal, en relación con el alcance de las sentencias que estiman la existencia de una lesión del derecho de libertad sindical, la Sala de Cantabria desestima los recursos de ambas partes en relación con la indemnización reconocida en la instancia. El de la empresa, que cuestiona la existencia de daño moral, por entenderse razonable y no revisable la valoración efectuada en aquella sede judicial con inmediación sobre todos los elementos de juicio. El del actor, que solicita el resarcimiento de unos pretendidos daños materiales, por no haberse acreditado su concurrencia.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES: INDEMNIDAD ECONÓMICA

Una de las garantías más relevantes que se reconocen a los representantes legales de los trabajadores es la indemnidad económica, como derecho a no sufrir perjuicios económicos o salariales como consecuencia del desempeño de sus funciones representativas. Ahora bien, el alcance que deba atribuirse a este derecho, lejos de ser una cuestión pacífica, ha provocado una gran litigiosidad, en concreto, respecto al disfrute por los representantes de algunos pluses o complementos ordinariamente ligados a la prestación de servicios en ciertas condiciones, cuando dejan de desarrollarlos como consecuencia del desempeño de sus funciones representativas (crédito horario). Esto es lo que se plantea en el supuesto de la **STS de 22 de noviembre de 2006**, I.L. J 2094, y en el de la **STSJ de Murcia de 4 de octubre de 2006**, I.L. J 2246.

La primera de estas sentencias (**STS de 22 de noviembre de 2006**, I.L. J 2094), declara que los representantes de los trabajadores de la empresa "Altadis" no tienen derecho a las indemnizaciones por dietas, gastos de locomoción y "trabajo de campo" (fuera de la

oficina), en el desarrollo de su actuación representativa, por tratarse de conceptos no salariales que compensan gastos derivados del trabajo y que se devengan con el desempeño de éste, sin que alcance a tales cantidades la garantía de indemnidad salarial reconocida a los representantes de los trabajadores.

Por el contrario, en relación con el derecho a percibir un denominado "plus de ruido" durante el tiempo utilizado en el crédito horario, y trayendo a colación la doctrina mantenida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 326/2005, de 12 de diciembre, la **STSJ de Murcia de 4 de octubre de 2006**, I.L. J 2246, estima la pretensión de los actores, recordando que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, y que ello constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones de representación de los trabajadores, repercutiendo no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino también en la propia organización sindical. Vale la pena destacar que revoca en este sentido la resolución de la instancia, que entendió que el derecho al plus de penosidad por ruido, en los términos y condiciones en que estaba regulado en el convenio, no podían percibirlo quienes haciendo uso del crédito sindical no tienen presencia en el puesto de trabajo, porque no están sometidos a las condiciones ambientales previstas en el convenio colectivo, ni acreditan los requisitos que perfeccionan la percepción del plus (utilización de la protección auditiva de manera efectiva y permanente).

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: delimitación y objeto

Como ya ha dicho el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo viene condicionada por la concurrencia de dos elementos. Uno subjetivo, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad. Y otro objetivo, que consiste en la presencia de un interés general e indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entres sus miembros, sin perjuicio de que pueda ser divisible de manera refleja en sus consecuencias, a través de la oportuna individualización.

En aplicación de esta doctrina y en el período de referencia, declaran la adecuación del proceso de conflicto colectivo la **STS de 25 de septiembre de 2006**, I.L. J 1723, la **STS de 21 de diciembre de 2006**, I.L. J 2133, la **STS de 26 de diciembre de 2006**, I.L. J 2119, la **SAN de 9 de octubre de 2006**, I.L. J 1966, la **SAN de 20 de noviembre de 2006**, I.L. J 2075, la **SAN de 28 de diciembre de 2006**, I.L. J 2238 y la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de octubre de 2006**, I.L. J 2245. Por el contrario, declaran la inadecuación

de esta modalidad procesal, la **STS de 26 de septiembre de 2006**, I.L. J 1716, la **STS de 20 de noviembre de 2006**, I.L. J 2059 y la **STS de 5 de diciembre de 2006**, I.L. J 2001.

La **STS de 25 de septiembre de 2006**, I.L. J 1723 y la **STS de 21 de diciembre de 2006**, I.L. J 2133, declaran la adecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda en la que se solicita que se reconozca el derecho de los trabajadores del Ministerio de Defensa que ostentan la categoría de auxiliar de mantenimiento y oficios, a su adscripción al Grupo Profesional 5, cuando están encuadrados en el 6, por tratarse de una cuestión jurídica sobre la interpretación de los convenios colectivos aplicables y su sucesión, sin necesidad de examinar concretamente las tareas desempeñadas por los distintos e individuales trabajadores afectados por el conflicto.

En el supuesto de la **STS de 26 de diciembre de 2006**, I.L. J 2119, la demanda de conflicto colectivo solicitaba la declaración del derecho a la cobertura de determinadas vacantes que el sindicato consideraba existentes por aplicación de la garantía de empleo prevista en el convenio colectivo, en el que se precisaba que la empresa garantizaría los puestos de trabajo (350) afectados por el convenio, tanto en el número como en las personas con contrato indefinido. El convenio señalaba, a este respecto, que la plantilla debía estar compuesta, al menos, por 350 trabajadores con contrato indefinido, más los trabajadores autónomos incorporados a la plantilla por aplicación de otro acuerdo suscrito en 2001, y que para la cobertura de las vacantes con contrato indefinido tendrían preferencia absoluta los trabajadores autónomos que en ese momento prestasen servicios en la empresa. Entiende el sindicato recurrente que en aplicación de estas reglas la empresa debería tener el 31 de diciembre de 2004 una plantilla fija de 390 trabajadores, de modo que como no se alcanza efectivamente este número, tiene que lograrse mediante la contratación como fijos de los trabajadores autónomos. En todo caso, por lo que ahora interesa, entiende el Tribunal que en tal pleito concurren los requisitos para el empleo del proceso especial de conflicto colectivo, pues los afectados, que son todos aquellos trabajadores autónomos que hipotéticamente tendrían derecho a cubrir las vacantes, constituyen un conjunto homogéneo de trabajadores, y la pretensión del sindicato demandante constituye un interés de configuración general susceptible de ser analizado con perspectiva homogénea para todo el colectivo afectado.

La **SAN de 9 de octubre de 2006**, I.L. J 1966, también declara la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en relación con una pretensión de interpretación de una cláusula del convenio colectivo de la citada empresa, referida a la delimitación de las órdenes de servicio formalizadas, por entender que concurren los elementos subjetivo y objetivo de interés genérico que presupone este proceso especial, además de un conflicto real y actual, manifestado entre otros factores por la litigiosidad precedente de la cuestión debatida.

Particular interés tiene el supuesto de la **SAN de 20 de noviembre de 2006**, I.L. J 2075, en el que se cuestiona la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para la impugnación de una convocatoria de contratación de personal en la empresa Correos y Telégrafos. Partiendo de que el interés genérico propio de este procedimiento, y de la cuestión debatida, deja de existir en los procesos de selección y contratación cuando se individualiza (y pluraliza) en concretos candidatos, y teniendo en cuenta que la fecha de

la presentación de la papeleta de conciliación, que se estima como acto que delimita la acción, es anterior a la de publicación de la primera lista de candidatos admitidos, como primer acontecimiento que mutaría el interés genérico en uno individual o plural, la Sala declara la adecuación del proceso de conflicto colectivo.

Por su parte, la **SAN de 28 de diciembre de 2006**, I.L. J 2238, también entiende que concurren los repetidos elementos de generalidad propios del proceso de conflicto colectivo, declarando, por tanto, su adecuación, en relación con una pretensión relativa a la restauración de una condición más beneficiosa de carácter colectivo suprimida unilateralmente por la empresa.

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de octubre de 2006**, I.L. J 2245, declara la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para el cuestionamiento de la conformidad a Derecho de una práctica empresarial relativa al cambio de turnos de trabajo y al respeto del descanso de doce horas entre jornadas, por entender que concurren los elementos subjetivos (pluralidad genérica de trabajadores) y objetivos (interés genérico, homogéneo y abstracto) que condicionan la procedencia de ese proceso, con independencia del carácter ocasional o excepcional de la adopción de las debatidas prácticas empresariales.

Por el contrario, la **STS de 26 de septiembre de 2006**, I.L. J 1716, declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo y la procedencia del proceso de impugnación de convenio colectivo, para cuestionar la constitución y acuerdos de una comisión técnica creada por un pacto de la comisión negociadora del Acuerdo sobre materias concretas del Grupo Endesa, con valor de convenio colectivo.

También la **STS de 20 de noviembre de 2006**, I.L. J 2059, confirma la declaración de falta de acción y de inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, reconocida previamente por la Audiencia Nacional, en relación con una demanda por la que se pretende que determinados excesos de jornada en una entidad bancaria sean declarados como horas extraordinarias, con la correspondiente compensación salarial o en descanso, por apreciar que el objeto controvertido es la propia determinación de la existencia de tales excesos de jornada, cuya concreción no es objeto de este proceso especial.

Por último, en el supuesto de la **STS de 5 de diciembre de 2006**, I.L. J 2001, se cuestiona, en demanda de conflicto colectivo, la interpretación y aplicación de determinadas reglas sobre jornadas y retribución del personal sanitario de atención continuada del Servicio Vasco de Salud. La Sala declara en primer lugar la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la cuestión, toda vez que se insta la interpretación y aplicación de una norma de carácter administrativo aplicable a personal estatutario, funcionario especial. Por otra parte, incluso admitiendo la posibilidad de que tales normas se aplicaran indirectamente al personal laboral, lo que no se acredita, se estima la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo elegida, toda vez que, en tal hipótesis, al restringirse el ámbito de la controversia, no se pretendería una interpretación y una

declaración de carácter general, sino que se trataría de conflictos individuales o plurales condicionados por las circunstancias concurrentes y por el modo de extensión de la aplicación del Acuerdo a los distintos trabajadores afectados.

B) El proceso de conflicto colectivo: otras cuestiones procesales

En relación con el proceso de conflicto colectivo y aparte de los problemas ya expuestos sobre el alcance y sentido de su objeto colectivo y, en algún caso, sobre su delimitación respecto del proceso de impugnación de convenios, en el período de referencia se suscitan variadas cuestiones procesales, referidas a la competencia objetiva o geográfica (**STS de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1835), el agotamiento de las vías de solución previas previstas convencionalmente (**SAN de 20 de noviembre de 2006**, I.L. J 2075), la legitimación (**SAN de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1739) y el cambio de posiciones procesales (**SAN de 9 de octubre de 2006**, I.L. J 1966), o el efecto de cosa juzgada (**STS de 27 de diciembre de 2006**, I.L. J 2129).

Conforme a una reiterada y conocida doctrina judicial, la competencia objetiva para el conocimiento de los procesos de conflicto colectivo viene determinada por el ámbito territorial o geográfico del conflicto y sus efectos. En la **STS de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1835, se discute acerca del alcance territorial de los efectos de un conflicto colectivo, con el fin de concretar la posible competencia del Tribunal Superior de Justicia ante el que se interpone la demanda. En concreto, el comité de empresa de la Mutua Balear interpuso una demanda de conflicto colectivo solicitando la cesación de una conducta empresarial que a su juicio vulneraba el convenio colectivo aplicable a todos los centros de trabajo que la empresa tenía en Baleares. La empresa opuso la excepción de falta de competencia objetiva, que fue acogida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Para resolver este litigio la Sala IV del Tribunal Supremo trae a colación su doctrina al respecto, según la cual la competencia para conocer de una pretensión de conflicto colectivo viene dada por el alcance territorial de los efectos del conflicto colectivo planteado, y un hecho incontestado en este caso era el relativo a que el ámbito del conflicto coincidía con el de representación del comité de empresa que lo interpone, es decir, con el de la Comunidad Autónoma de Baleares.

En un proceso de conflicto colectivo en el que se impugna una convocatoria de contratación de personal en la empresa Correos y Telégrafos, y ante la alegación de la excepción de falta de agotamiento de la vía de solución extrajudicial previa ante el correspondiente órgano paritario de la empresa, conforme al compromiso obligacional establecido en el convenio colectivo, la ya referida **SAN de 20 de noviembre de 2006**, I.L. J 2075, declara que tal compromiso convencional vincula tan sólo a los sindicatos firmantes del convenio, desestimando, en consecuencia, la referida excepción respecto de dos de los sindicatos demandantes, no firmantes de aquél, y estimándola, por el contrario, respecto de otro de los sindicatos actores, firmante del convenio.

En relación con el cuestionamiento de la composición de determinadas comisiones creadas y reguladas por convenio colectivo, la ya citada **SAN de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1739 [VII.1.A)], reconoce la legitimación pasiva de la empresa, pues aun cuando no tiene res-

ponsabilidad en la composición del banco sindical en las debatidas comisiones, sí puede verse afectada por la resolución que sobre el particular se adopte judicialmente.

La también referida **SAN de 9 de octubre de 2006**, I.L. J 1966 [VII.3.A)], acepta el cambio en la posición procesal de dos sindicatos, inicialmente demandados por otro, junto con la empresa, que se adhirieron a la demanda en el acto del juicio oral, en un proceso de conflicto colectivo en el que se instaba la interpretación de determinadas reglas del convenio colectivo de la empresa AENA.

Por último, en la **STS de 27 de diciembre de 2006**, I.L. J 2129, se recuerda el efecto positivo de la cosa juzgada que las sentencias de conflicto colectivo tienen sobre las que con el mismo objeto puedan plantearse con posterioridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en este caso a propósito de la retribución de los trienios al personal temporal de Servicios de Salud.

4. HUELGA

A) Determinación de los servicios mínimos

Las **SSTC de 11 y 23 de octubre de 2006**, I.L. J 1934 y 1747, estiman 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.

B) Huelgas ilegales y abusivas

En el supuesto de la **STS de 10 de noviembre de 2006**, I.L. J 2087, se cuestiona la licitud de una huelga intermitente convocada en la empresa RENFE por el Sindicato de Circulación Ferroviaria y por la CGT, para exigir el cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo, tras su denuncia. En relación con esta cuestión, la Sala entiende que la cláusula conflictiva, en la que se establece una comisión de trabajo y un compromiso para el establecimiento de un nuevo sistema de clasificación profesional y de retribución, y para el perfeccionamiento de la regulación de los cuadros y mandos intermedios, sometido a plazo, tiene carácter normativo y se encuentra todavía vigente durante el período de denuncia preavisada del convenio, por lo que no falta la motivación de la huelga debatida, cual es exigir el cumplimiento del citado compromiso convencional.

En cuanto al carácter intermitente y pretendidamente abusivo de la huelga, que efectivamente se convoca a lo largo de un período de cinco meses (desde julio hasta diciembre de 2004) en días y horas intermitentes, de máxima circulación ferroviaria, la Sala desestima tal calificación, toda vez que, por una parte, el carácter ilícito y abusivo de una huelga se

presume en las rotatorias (por secciones o grupos de trabajadores) y no en las intermitentes, que, por el contrario, se presumen lícitas, salvo prueba en contrario sobre su desproporción (daños a la empresa), lo que, por otra parte, no se acredita objetivamente.

C) Actos empresariales durante la huelga

La **SAN de 11 de diciembre de 2006**, I.L. J 2237, resuelve una demanda planteada por un sindicato convocante de una huelga en la empresa Iberia que afectaba a los tripulantes de cabina de pasajeros. Lo primero que se discute es si el sindicato tiene legitimación activa para interponer una acción de tutela de derechos sindicales o, si por el contrario, ésta corresponde al comité de huelga. Sobre este particular, la Sala reconoce la legitimación del sindicato, en la medida en que actúa por sí mismo y no en representación del comité ni de sus miembros, sosteniendo, además, que se ha producido una ingerencia empresarial en la convocatoria de huelga que él efectuó.

También se cuestionan dos actuaciones empresariales. La primera, la negativa de la compañía a facilitar el "posicionamiento" a los huelguistas para reiniciar el servicio al día siguiente de la huelga fuera de Madrid. Conviene tener en cuenta, en este sentido, que cuando Iberia posiciona a un tripulante para tomar un servicio fuera de su lugar de presencia abona la mitad del sueldo, los gastos de hotel y dietas, y facilita el billete de pasaje ocupando plaza de viajero. Entendía por ello la compañía que si posicionaba a los huelguistas estaba contribuyendo a financiar la huelga. No obstante, ningún problema puso para dispensarles billetes *free* (sin gastos salvo algunos menores como los de tasas de aeropuerto) que la empresa facilita siempre que existan plazas vacantes de pasajeros en el vuelo. Pues bien, considera la Audiencia Nacional que esta actuación resulta razonable y adecuada, en la medida en que el empresario no tiene ninguna obligación de favorecer la huelga, sino sólo de no restringirla indebidamente.

La segunda actuación empresarial que el sindicato ataca se refiere a un incidente causado durante la celebración de la huelga, cuando un integrante del comité de huelga irrumpió en las clases de un aula, interrumpiendo su actividad normal y provocando ciertos incidentes. Ante tal situación, el director de Relaciones Laborales de la empresa, acompañado por fuerzas de seguridad, le ordenó que si quería seguir informando lo hiciera en la zona de acceso al edificio (interior de la puerta), pero no más allá de la de control de policía. La Audiencia considera nuevamente que no puede imponerse a la empresa el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos y que con esta medida lo único que se pretendía era evitar la generación de incidentes indeseables, habilitando el derecho a informar sobre la huelga en los espacios de acceso general del personal posiblemente afectado por el conflicto sin molestar al personal de seguridad o administrativo, ajenos a la misma.

Ignacio González del Rey Rodríguez
Ángeles Ceinos Suárez
Carolina Martínez Moreno
Paz Menéndez Sebastián

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Legitimación para negociar. 2. Procedimiento de negociación. A) Obligación de negociar. B) Comisión negociadora. **3. Sucesión de convenios colectivos. 4. Determinación del convenio colectivo aplicable en la sucesión de empresa. 5. Ultraactividad. 6. Contenido "normativo" el convenio colectivo.** A) Regulación del sistema de clasificación profesional. B) Límites. C) Modificación sustancial por medio de acuerdo de empresa. D) Alcance de la genérica remisión a la aplicación supletoria de la ordenanza derogada. **7. Convenios colectivos "extraestatutarios". 8. Impugnación "directa" del convenio colectivo. 9. Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

Todas las sentencias reseñadas, cuya reproducción figura en los números 13 a 16, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2007, de 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. Tiene particular relieve la confrontación que aparece entre la Sala de lo Social de la AN y la Sala de lo Social del TS respecto al plazo para el ejercicio de la acción para impugnar el convenio colectivo, similar a la que mantienen ambos órganos jurisdiccionales en relación con la legitimación del sindicato para la negociación del convenio colectivo de empresa o infraempresarial.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Quien pretenda negociar un convenio colectivo debe reunir y acreditar en el momento en que comienzan las negociaciones (constitución de la comisión negociadora) las condiciones de las que depende su legitimación (inicial). Si de lo que se trata es de la impugnación del ya suscrito aduciendo falta de legitimación de alguno de los firmantes, quien la mantenga asume la carga de su prueba, igual que la de su propia legitimación, si pretende su reconocimiento (**STS de 10 de octubre de 2006**, I.L. J 1852), con cita de otras de la misma Sala y Tribunal, entre ellas, la de 25 de mayo de igual 2006, reseñada en el núm. 30 de esta Revista.

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

A) Obligación de negociar

Se extiende a las materias que el propio convenio remite, para su concreción, al acuerdo al que periódicamente lleguen las partes de éste, como es el caso del importe anual de las dietas. Tal es el criterio que sigue la **STS de 18 de septiembre de 2006,** I.L. J 1721, en relación con un convenio de empresa: Si el convenio colectivo no fijó la cuantía de las dietas,

> "sino que remitió a la norma acordada cada año entre dirección y representantes de los trabajadores. Negarse a esa negociación constituye, sin duda, un incumplimiento del mandato convencional, procediendo, en consecuencia, estimar en parte el recurso declarando la obligación de las partes a (*sic*) negociar el importe de las dietas".

De buena fe. No lo infringe la negociación de un convenio extraestatutario después de haberse intentado, sin éxito y durante largo tiempo, la conclusión de uno estatutario. En la situación expuesta, el referido deber no obliga a reanudar la negociación de este último, "salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo" (**STS de 12 de diciembre de 2006**, I.L. J 2177).

B) Comisión negociadora

Actas. Sobre su contenido y empleo como criterio interpretativo del convenio, como acto coetáneo de éste, **STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2006,** I.L. J 1636, con cita de la STS de 27 de abril de 2005 (casación para la unificación de doctrina), de acuerdo con la cual "las actas de la comisión negociadora han de extenderse según dispone el artículo 88.2 del Estatuto de los Trabajadores, pero éste no exige que tenga un contenido mínimo, pues son instrumentos de trabajo de la comisión que no tienen que recoger con carácter exhaustivo todas las cuestiones debatidas y es bastante con que reflejen la pauta del proceso negociador".

3. SUCESIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

Sobre la posibilidad de que el convenio posterior pueda disponer de las condiciones del anterior o establecer condiciones inferiores a las que figuraban en éste, **STS de 10 de octubre de 2002,** I.L. J 2106. También **STS de 7 de diciembre de 2006,** I.L. J 1995, con cita de otras sentencias de la misma Sala y Tribunal. Tratándose de un convenio de empresa, cabe pactar que su entrada en vigor sea anterior a la fecha de agotamiento de la vigencia de otro de ámbito inferior. A falta de tal pacto y, por lo tanto, del mantenimiento de este último hasta el término de su vigencia, los trabajadores incluidos en su ámbito no pueden pretender que se les aplique, además de las condiciones más ventajosas contenidas en él, las de igual carácter establecidas en el nuevo convenio.

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Analiza las diversas posiciones mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de 2001, así como la solución aplicable tras dicha reforma, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2006,** I.L. J 1657, con cita de la STS de 12 de abril de 2000:

De acuerdo con la reglas del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores,

> "inmediatamente después de efectuarse la transmisión, los trabajadores de la empresa trasmitida continúan rigiéndose por el convenio colectivo que les venía siendo de aplicación, es decir, mantienen todas sus condiciones laborales, como si no se hubiera producido la transmisión, con independencia de que la empresa cesionaria tenga o no convenio colectivo.
>
> El convenio se aplica con el contenido que tenía en el momento de la transmisión, lo que significa que si ha sufrido modificación en su texto original con anterioridad a efectuarse la transmisión, será dicho texto modificado el que haya de aplicarse.
>
> (…)
>
> Por lo tanto, la aplicabilidad del convenio vigente supone:
>
> – Se aplica el convenio colectivo de la cedente, vigente en la fecha de la transmisión, sea o no más favorable que el de la cesionaria.
>
> – Se aplica el citado convenio en su totalidad, sin que sea admisible la denominada técnica del 'espigueo'.
>
> – Se aplica dicho convenio aun en el supuesto de que la empresa transmitida quede incorporada físicamente a la empresa cesionaria pasando los trabajadores a prestar servicios en las instalaciones de ésta.
>
> – Se aplica el mencionado convenio con independencia de que los dos convenios colectivos sean de distinto ámbito, bien se trate de convenios de empresa o de convenios de sector de distinto ámbito territorial".

No se opone a que los trabajadores afectados por la transmisión prosigan rigiéndose por el convenio colectivo aplicable en el momento de ésta el hecho de que dicho convenio se encuentre en situación de ultraactividad (**STS de 18 de septiembre de 2006**, I.L. J 1721).

5. ULTRAACTIVIDAD

Dicha situación no impide la negociación de un convenio colectivo extraestatutario. De concluirse éste, el convenio estatutario en ultraactividad seguiría siendo de aplicación para

los trabajadores de la empresa que no se adhieran al primero (**STS de 28 de noviembre de 2006**, I.L. J 2036).

6. CONTENIDO "NORMATIVO" DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Regulación del sistema de clasificación profesional

Las cláusulas que se ocupan de dicha regulación no devienen nulas por el hecho de limitarse a prever un sistema basado en categorías profesionales y proceder a un mero enunciado de ellas, sin definición de los cometidos, requisitos, características, formación, conocimientos o titulación propios de la adscripción a cada una. "No puede decirse que con esta forma de proceder se haya conculcado el artículo 22 del ET, pues se ha cumplido, en principio, el mandato contenido en su apartado 1 (…), al consignar[se] cuántas y cuáles son las categorías profesionales que integran la plantilla de la empresa. Es cierto que habría sido deseable llevar a cabo una mayor concreción, en el sentido de definir de manera suficiente en qué consiste el contenido de cada una de las categorías que se mencionan, así como haber hecho referencia bastante a los requisitos, características, formación, conocimientos o titulación necesarios para estar adscrito cada trabajador a cada una de tales categorías profesionales; pero también es verdad que estas concreciones y especificaciones podrán llevarse a cabo, si fuere necesario, a través del correspondiente 'acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores' al que alude el citado apartado 1 del artículo 22 del ET" (**STS de 10 de octubre de 2006**, I.L. J 2106).

B) Límites

En materia de salarios. Respeto del principio de igualdad. No conculca tal principio el hecho de que el convenio posterior, al tiempo que fija unas retribuciones que resultan ser, en su conjunto y cómputo anual, inferiores a las del anterior, reconoza a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de este último, a título personal y como condición más beneficiosa, transitoriamente, hasta su completa absorción, las cantidades superiores que venían percibiendo en su virtud. No cabe ver en ello una doble escala salarial que opere exclusivamente en función de la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa. El expresado respeto transitorio de los salarios superiores es razonable. Tal es la conclusión a que llega la **STS de 10 de octubre de 2006,** I.L. J 2106:

> "Sí puede entenderse como posible que los trabajadores que entren a formar parte de la plantilla de la empresa 'tras la entrada en vigor del nuevo convenio' puedan percibir, en su conjunto y en cómputo anual, unos emolumentos globales inferiores a los que corresponden a los homólogos en categoría profesional que ya antes estuvieran al servicio de la empleadora (…).
>
> Sin embargo, esto no es, por sí solo, determinante de que se haya producido una desigualdad de trato entre unos y otros trabajadores en atención exclusivamente a su fecha de ingreso en la empresa. Se trata, simplemente, de respetar en calidad de condición más beneficiosa

> y a título personal, los emolumentos que determinados trabajadores venían percibiendo con arreglo al convenio anterior, con el fin de no perjudicar, de manera transitoria, a estos empleados mientras se opera la absorción de tales complementos retributivos.
>
> (…) la diferencia retributiva que pudiera existir entre los empleados antiguos y los de nuevo ingreso no obedece de manera exclusiva a la contemplación de tal fecha de ingreso (pues no existe una doble escala salarial para unos y otros trabajadores), sino al respeto, a título personal y como condición más beneficiosa, de determinadas retribuciones que no figuran pactadas en el nuevo convenio, y esto es lo que constituye la justificación o el elemento de razonabilidad exigido para la desigualdad de trato por la doctrina jurisprudencial (…)".

En materia sindical. Cláusulas lesivas de la libertad sindical. Figura entre ellas y, por lo tanto, es nula, la que restringe a las secciones sindicales de los sindicatos firmantes del convenio el poder contar, en los centros de trabajo de las empresas que dispongan de Intranet, de una página para la publicación de información de carácter sindical. La concesión de tal facilidad origina, sin que exista razón objetiva que la justifique, una situación de desventaja para las secciones sindicales de los sindicatos no firmantes (**SAN de 16 de octubre de 2006**, I.L. 1967).

C) Modificación sustancial por medio de acuerdo de empresa

Es posible al amparo del artículo 41.2, párrafo tercero, del ET, cuando se ajusta a las condiciones que señala este precepto: por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, tanto los unitarios como los sindicales (cuando éstos agrupen a la mayoría de los primeros), y en relación con las materias de horarios, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento. Así, **STS de 21 de noviembre de 2006,** I.L. J 2023, reproduciendo términos de la de igual Tribunal y Sala de 11 de mayo de 2004, recurso 95/2003:

El artículo 41.2 ET tiene la finalidad de "dotar a las empresas y organizaciones de trabajo de mayor flexibilidad interna o autonomía en la gestión de recursos humanos". Dicho precepto "facilita la modificación mediante acuerdos colectivos de empresa pactados con los representantes de los trabajadores de determinadas condiciones de trabajo –'horario', 'régimen de trabajo a turnos', 'sistema de remuneración', 'sistema de trabajo y rendimiento'– establecidas en convenios colectivos de eficacia general de ámbito supraempresarial. Desde el punto de vista técnico-jurídico, el precepto (…) es, como ha señalado la doctrina científica, una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas que, al permitir la modificación de las disposiciones de los convenios colectivos del Título III ET por acuerdos de empresa, otorga a éstos preferencia aplicativa sobre aquéllos. En este supuesto especial de concurrencia de regulaciones colectivas la justificación de la decisión modificativa en 'una más adecuada organización' de los recursos de la empresa se encuentra avalada y acreditada, en principio, por el acuerdo colectivo concluido entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores, que tiene un efecto anticipado de legitimación de dicha decisión similar aunque más reforzado que el acuerdo de la representación de los trabajadores en el período de consultas".

D) Alcance de la genérica remisión a la aplicación supletoria de la ordenanza derogada

Cuando el convenio colectivo dispone que en todo lo que no prevé sea de aplicación supletoria la antigua ordenanza, tal remisión sólo desplegará efectos ante la ausencia de regulación expresa o directa y completa de la materia por parte aquél. En este sentido, no cabe acudir a la ordenanza laboral para pretender el pago de un complemento salarial que, aunque forma parte de su estructura salarial, no figura incluido en la que el convenio regula de "forma completa y cerrada" (**STSJ de La Rioja de 18 de mayo de 2006**, I.L. J 1751).

7. CONVENIOS COLECTIVOS "EXTRAESTATUTARIOS"

Suscripción durante la situación de ultractividad de un convenio colectivo estatutario. La negociación del convenio extraestatutario producida durante tal situación "no limita en absoluto las facultades y posibilidades legales de negociación de un [posterior] convenio estatutario"; los sindicatos no firmantes "siguen ostentando el derecho a la negociación colectiva con los efectos, requisitos y consecuencias que establece el Estatuto de los Trabajadores". Tampoco lesiona la regulación estatutaria "en fase de ultraactividad, que sigue vigente para la mayoría de los trabajadores de la empresa que no se hayan adherido a lo pactado". Con todo, no podría aquél introducir condiciones de trabajo que queden por debajo de las "mínimas" establecidas en el referido convenio estatutario en ultraactividad; las cláusulas que incorporasen las aludidas condiciones serían nulas (**STS de 28 de noviembre de 2006**, I.L. J 2036).

Negociación y conclusión tras el fracaso de un convenio colectivo estatutario. No vulnera el derecho a la negociación colectiva. Dicha negociación no excluye un ulterior convenio colectivo estatutario (**STS de 12 de diciembre de 2006,** I.L. J 2177, con cita de abundante jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre la validez, naturaleza y eficacia de los convenios extraestatutarios).

8. IMPUGNACIÓN "DIRECTA" DEL CONVENIO COLECTIVO

Plazo para el ejercicio de la acción. Ha de estarse a lo que dispone el artículo 59.2 del ET, por lo que dicho plazo, de prescripción, es el de un año, contado a partir de la publicación del convenio impugnado. Aunque el legislador no exige el intento de conciliación extrajudicial para poder presentar la demanda, la solicitud de aquélla, si se produce, interrumpiría el referido plazo, al resultar aplicable lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil (**SAN de 16 de octubre de 2006**, I.L. J 1967). Semejante criterio difiere del que sigue el Tribunal Supremo, por ejemplo en sus recientes Sentencias de 5 de julio y 21 de septiembre de 2006, reseñadas en el número 30 de esta misma Revista, y también en las **SSTS de 19 de septiembre y 21 de diciembre 2006,** I.L. J 1731 y 2166. Para el Tribunal Supremo, la impugnación de que se trata debe permanecer abierta durante todo el tiempo de vigen-

cia del convenio colectivo, incluida la correspondiente a la situación de ultraactividad. Se asiste, pues, a otro curioso caso de abierta confrontación de los criterios de ambos órganos jurisdiccionales. Compendian o resumen la posición del Tribunal Supremo las dos últimas sentencias citadas, ambas estimando recursos de casación ordinaria interpuestos contra sentencias de la SAN que aplicaron el plazo del artículo 59 ET:

> "1. (…) el legislador no ha establecido expresamente plazo de prescripción alguno para la acción de impugnación privada de un convenio colectivo, sin que apreciemos 'identidad 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' (STS 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 aún 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' (STS 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' (STS 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 (STS de 21 de octubre de 2004, recurso para la 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 4152/1992, 4052/1992 y 2207/1994)."

9. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la distinción entre comisiones de negociación y comisiones de interpretación y la posibilidad de excluir de estas últimas al sindicato no firmante del convenio colectivo, **STS de 28 de diciembre de 2006,** I.L. J 2231, en relación con el convenio colectivo de "Correos y Telégrafos, SA" y con abundante cita de jurisprudencia constitucional.

B) Por los Tribunales laborales

Criterios de interpretación. Ha de estarse tanto a las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos. Debe prevalecer la interpretación resultante de atender al sentido literal de las cláusulas cuando los términos de éstas son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes (**SSTSJ de Navarra de 12 de junio de 2006, de Extremadura de 22 de junio de 2006** y **de Madrid de 3 de mayo de 2006**, I.L. J 2267, 2264 y 1636, respectivamente). Las actas de la comisión negociadora son actos coetáneos al convenio, susceptibles de ser tenidas en cuenta a la hora de su interpretación (**STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2006**, citada).

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 contencioso-administrativo contra resolución del Ministerio de Trabajo.

1. FUENTES

La **STJCE de 9 de noviembre de 2006**, Asunto C-205/05, I.L. J 1945, analiza el caso del Sr. Nemec, ciudadano francés, que había trabajado en Francia y Bélgica. En 1995, la administración francesa reconoció que el Sr. Nemec había padecido una enfermedad profesional ocasionada por la exposición al amianto. Se plantea la cuestión prejudicial sobre si el hecho de que, al calcular la prestación para trabajadores del amianto que se concedió al Sr. Nemec, la Caisse règional d'Assurance Maladie du Nord-Est no tuviese en cuenta las retribuciones salariales que éste había percibido en Bélgica, debido a que no se cotizó por dichas retribuciones con arreglo al artículo L 242-1 del Code de la Sécurité Sociale, ¿supone la adopción de un acto lesivo para el interesado, constitutivo de un obstáculo a la libre circulación establecida en el artículo 39 del tratado, de una infracción del Reglamento núm. 883/2004 o de una infracción del artículo 15 del Reglamento 574/72?

Según el TJCE procede responder a la cuestión planteada que el artículo 58, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71, interpretado conforme al objetivo fijado en el artículo 42 CE, exige que, en una situación como la que es objeto del procedimiento principal, el cálculo de los "ingresos medios" en el sentido de la primera de estas dos disposiciones se realice teniendo en cuenta el salario que el interesado habría podido percibir razona-

blemente, habida cuenta de la evolución de su carrera profesional, si hubiera seguido desempeñando su actividad en el Estado miembro de la institución competente.

Se analiza, por la **STJCE de 9 de noviembre de 2006**, Asunto C-346/05, I.L. J 1946, el caso de la Sra. Chateignier, a quien se le había denegado la concesión de prestaciones por desempleo, por no cumplir con el requisito de haber trabajado en Bélgica, donde residía en el momento en que presentó su solicitud de prestaciones. Según el TJCE, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 39 CE, apartado 2, y 3, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual la institución competente del Estado miembro de residencia niega a un nacional de otro Estado miembro el derecho a las prestaciones por desempleo por no haber cubierto, en la fecha en que se presentó la solicitud de prestaciones, un determinado período de empleo en el territorio del Estado miembro de residencia, mientras que este requisito no se exige para los nacionales de este último Estado.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La **STS de 30 de noviembre de 2006**, I.L. J 2098, estima un recurso de casación, manteniendo la siguiente doctrina: la nulidad de un alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social decidida por la TGSS, y con ello el consiguiente mantenimiento de la actora en el Régimen de Clases Pasivas del Estado por razón de constatarse que la misma –perteneciente al Cuerpo estatal de maestros de EGB, y transferida desde el MEC al departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco– no ingresó voluntariamente en el cuerpo o escala propio de la Comunidad Autónoma. El supuesto viene referido a quienes participaron en concurso de promoción interna a plazas que, en el momento de la convocatoria no pertenecían a un Cuerpo docente de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aunque luego accedieron a uno de ellos.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Incapacidad temporal en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Requisito de hallarse al corriente en el pago de cotizaciones. Denegación de la prestación aunque se abone dentro del mes siguiente del hecho causante. En el supuesto planteado la trabajadora, que estaba afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA), no se encontraba al corriente del pago de las cuotas en el momento en que causó baja por incapacidad temporal y abonó las cotizaciones pendientes dos meses después del hecho causante. La mutua competente le denegó la prestación de incapacidad temporal y dicha resolución fue impugnada por la interesada dándole la razón en suplicación el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que entendió aplicable la previsión del artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que preveía la minoración en un 20% de la cuantía de la prestación en caso de que el abono de cuotas pendientes se produjese fuera del plazo señalado cuando se trataba, como es el caso, de subsidios temporales.

En la **STS de 4 de octubre de 2006,** I.L. J 1984, que comentamos, la mutua recurre en unificación de doctrina y plantea de fondo la cuestión de si ha de reconocerse el derecho a la prestación de incapacidad temporal a un trabajador afiliado al RETA que, no cumpliendo en el momento del hecho causante el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones, satisface posteriormente las cuotas adeudadas fuera del plazo reglamentario. La sentencia sigue la doctrina plasmada en pronunciamientos anteriores por las STSS de 30 de septiembre de 2004 y 24 de enero de 2006 que aplican sin excepción la previsión del artículo 3.2 del Real Decreto 2110/1994 cuando dispone que "será requisito para el reconocimiento del derecho a la incapacidad temporal que el interesado se halle al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social". A partir de esta norma se entiende que a la prestación de incapacidad temporal no le es aplicable el régimen general previsto para el resto de prestaciones en el artículo 28 del Decreto 2530/1970 el cual prevé alguna atenuación en la exigencia de hallarse al corriente del pago de las cotizaciones. Precisamente, el Tribunal Supremo entiende que a esta prestación no le es aplicable el mecanismo de invitación al pago previsto en el régimen general de manera que a partir de 1994 los criterios son más estrictos cuando conciernen al subsidio de incapacidad temporal.

Cobertura por la Mutua del subsidio de incapacidad temporal por enfermedad común. Responsabilidad directa del empresario por incumplimiento de la obligación de cotizar. Anticipo del pago por parte de la Mutua aseguradora que es responsable subsidiaria si el empresario es insolvente. Atribución de responsabilidad subsidiaria al INSS sólo en caso de insolvencia de la Mutua pero no como resultado de la insolvencia empresarial.

El INSS recurre la sentencia en suplicación que le condenaba subsidiariamente al pago de las prestaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común ante el incumplimiento de la empresa del deber de cotizar y una vez anticipado el pago por la Mutua. La **STS de 20 de noviembre de 2006,** I.L. J 2030, continúa la doctrina expuesta, entre otras, por las SSTS de 26 de enero de 2004 y de 12 de mayo de 2005 y mantiene que en un caso como el presente que atañe a una prestación de incapacidad temporal por enfermedad común en que el trabajador está en situación de alta y el incumplimiento

empresarial se produce en relación a la obligación de cotizar, la Mutua aseguradora es la entidad que debe anticipar el pago y es la responsable subsidiaria en caso de insolvencia del empresario. El INSS, por el contrario, sólo responderá en caso de insolvencia de ésta pero no si es insolvente el empresario. Ello a diferencia de las contingencias profesionales donde el INSS responde subsidiariamente por su condición de sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

7. RECAUDACIÓN

La **STS de 27 de diciembre de 2006**, u.d., I.L. J 2220, entiende que no cabe el reintegro de los gastos ocasionados por la compra de una "bomba de insulina". Afirma que se trata de un gasto farmacéutico, de naturaleza ortoprotésica, y no de carácter médico, que es autorizado de forma expresa por vez primera por la Orden 710/2004. No obstante, al haberse realizado dicho gasto con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, es denegado el reintegro de tal gasto, por cuanto al no haber previsto aquélla su carácter retroactivo, debe seguirse el principio básico de la irretroactividad de las leyes según se establece en los artículos 9.3 de la Constitución y 2.3 del Código Civil.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La **STS de 20 de noviembre de 2006,** I.L. J 1981, analiza el concepto de tiempo de trabajo en relación al concepto de accidente de trabajo. Recuerda que "tiempo de trabajo" contiene una significación más concreta referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo. Y ello no constituye un rigorismo excesivo desde el momento en que se trata de delimitar el alcance de una presunción legal. Además de que las circunstancias concurrentes favorecieron la existencia del infarto de miocardio –techo de uralita bajo un intenso calor de verano, a 7 u 8 metros de altura y condiciones agotadoras–. Por el contrario, un infarto de miocardio sucedido en los vestuarios, implica que concurre el requisito de lugar de trabajo, pero no de tiempo, ya que se debe comenzar a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo físico e intelectual, para que así pueda operar la presunción [**STS de 22 de noviembre de 2006**, I.L. J 2031).

B) Recargo de prestaciones

En la **STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006,** I.L. J 1635, se pone de manifiesto el incumplimiento del deber de protección del empresario, respecto a un trabajador que colocaba un falso techo sin utilizar un equipo de protección individual, y la falta de información al trabajador sobre las medidas preventivas y falta de formación al trabajador en materia preventiva. Del juego de los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, se deduce que el deber de protección

del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran.

Es interesante la **STSJ de Andalucía de 2 de marzo de 2006**, I.L. J 2079, que declara la responsabilidad solidaria en materia de recargo de prestaciones del Ayuntamiento, la Diputación y la Comunidad Autónoma. El accidente de trabajo se produjo en el curso de la realización de unas obras encomendadas por la Diputación Provincial al Ayuntamiento de Algarrobo, obras en las que la Diputación Provincial asumió la dirección técnica y la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía la coordinación de seguridad y salud.

Según la **STSJ de Cantabria de 2 de noviembre de 2006**, I.L. J 2243, se infringe por la empresa la medida de seguridad concreta, respecto de la obligación de que los cables de arrastre (que en definitiva son los que golpearon al trabajador al romperse la horquilla), lleven mecanismos de protección, que con carácter general se imponen en los buques para el buen estado de funcionamiento de la seguridad.

C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil

La **STS de 24 de julio de 2006**, I.L. J 1719, recuerda la consolidada jurisprudencia según la cual las prestaciones de Seguridad Social no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, pero se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse si no hubieran existido tales prestaciones.

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de abril de 2006**, I.L. J 2272, señala que, a falta de norma legal expresa en materia laboral, la indemnización, en principio, alcanzará sin limitación los daños y perjuicios que como derivados del accidente de trabajo se acrediten, aunque para facilitar la prueba o para formar el criterio judicial valorativo los órganos judiciales puedan acudir analógicamente, como posibilita el artículo 4.1 del Código Civil, a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios. Como manifestación del principio general de nuestro ordenamiento jurídico, deducible, entre otros, de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social.

En la **STSJ de Castilla y León de 18 de septiembre de 2006**, I.L. J 2249, no sólo no se dispusieron medidas de protección colectiva en el lugar en el que acaeció el siniestro del trabajador, sino que tampoco el equipo o instrumento individual de seguridad que se facilitó a éste era el adecuado, desapareciendo así cualquier clase de intervención concausal de aquél en el suceso accidental, y no existiendo por lo mismo culpa alguna a compensar.

D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria

Según la **STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2006**, I.L. J 1659, la causa única o fundamental del accidente fue la conducta imprudente del trabajador, ya que había una prohibición de acceso y el trabajador no debía haber estado allí. Por el contrario, la imprudencia no temeraria del trabajador no exime el recargo, puesto que no rompe el nexo causal entre el siniestro y la conducta pasiva del empleador (**STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2006**, I.L. J 1793).

E) Enfermedad profesional

Según la **STS de 13 de noviembre de 2006**, I.L. J 2058, el cáncer de laringe producido por exposición al amianto en la actividad laboral, tiene pleno encaje en el apartado c) del punto 6 del listado de enfermedades profesionales. Por tanto, aunque esa enfermedad no se contempla específicamente en la letra f), punto 2, lo cierto es que cabe encuadrarla en la c).6, puesto que si se admite que una simple irritación de las vías respiratorias superiores causada por la inhalación de sustancias no comprendidas en otros apartados –fundamentalmente en la letra a), plomo, mercurio, cadmio, manganeso, cromo, cloro, níquel berilio, talio, fósforo, arsénico, etc.– tenga la consideración de "profesional", con mayor razón lo será cuando esa dolencia acreditada la realidad de su origen por inhalación prolongada de polvo de amianto ha degenerado en un cáncer de laringe.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La **STS de 22 de noviembre de 2006**, I.L. J 2062, dictada en unificación de doctrina, entiende que no se dan los presupuestos necesarios para que proceda el reintegro de gastos médicos respecto a un tratamiento de rehabilitación neuropsicológica por entender que no supone una urgencia vital de carácter inmediato (el mal estaba ya causado y sólo se pretendía mejora cognitiva) y por haber informado genéricamente al solicitante del mismo sobre la existencia de otros centros y servicios dependientes del IMSERSO y de las CCAA a los que podía acudir.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de julio de 2006**, I.L. J 1656, resolviendo un recurso de suplicación estima parcialmente el mismo entendiendo que el trabajador

no puede percibir los salarios de tramitación si durante dicho período se encuentra en incapacidad temporal con derecho a percibir las prestaciones correspondientes, subsistiendo la obligación de cotizar durante dicho período.

En el caso de una trabajadora afiliada al RETA, que habiendo iniciado IT por contingencias comunes, ve anulado y extinguido el derecho al subsidio por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sin previo expediente sancionador por dirigir y estar al frente de su negocio mientras se encontraba de baja, la **STS de 5 de octubre de 2006**, I.L. J 1690, en respuesta al planteamiento de un recurso de casación, analiza las facultades atribuidas a las MATEP en la gestión de la contingencia y las concretas disposiciones legales relativas a la extinción del derecho.

En el presente pronunciamiento del TS se sostiene que la doctrina ajustada a derecho es la mantenida en la sentencia recurrida (STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2005). En esta última y respecto al supuesto analizado, se argumenta que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales no tienen capacidad para anular o extinguir las prestaciones de incapacidad temporal derivadas del RETA. Si bien la situación del caso comportaba una infracción sancionable [*ex* artículo 132 LGSS y artículos 25.1 y 47.1.b) LISOS], la competencia para imponer la sanción correspondía, en todo caso, al Director Provincial del INSS [artículo 37 RD 928/1998 y artículo 1.a) RD 2583/1996] siendo necesario para ello incoar el procedimiento establecido (artículo 37 RD 928/1998). Confirmando esta doctrina, el TS entiende que de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contemplan en los artículos 131 bis y 132 LGSS, únicamente carece la MATEP de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario, medidas que únicamente puede adoptar la entidad gestora (artículo 48 LISOS), tal como han mantenido posteriores sentencias del mismo Tribunal (SSTS de 7 y de 15 de marzo de 2007).

En la **STS de 18 de octubre de 2006**, I.L. J 1817, se desestima un recurso de casación para la unificación de doctrina, entendiendo que la sentencia recurrida no infringe la ley al mantener la doctrina consistente en considerar que la nueva regulación del artículo 222.1 LGSS, sobre el importe de la prestación de incapacidad temporal para los supuestos de extinción del contrato de trabajo cuando se está percibiendo dicha prestación, sólo es aplicable a las situaciones de incapacidad temporal posteriores a la fecha en la que la reforma que dio nueva redacción al citado artículo, entró en vigor. Al no existir un régimen transitorio expresamente previsto respecto a dicha reforma debe estarse a la regla general contenida en la Disposición Transitoria Primera de la LGSS que establece como relevante a efectos de determinar la norma aplicable en casos de sucesión de normativa, el propio hecho causante de la prestación.

En **STS de 10 de octubre de 2006**, I.L. J 1805, resolviendo un recurso para la unificación de doctrina, se insiste de nuevo en doctrina ya reiterada por el propio Tribunal afirmando en un supuesto de incapacidad temporal por enfermedad común la responsabilidad en el pago de la entidad que cubra el riesgo en la fecha del hecho causante. Conforme a ello, se confirma la sentencia recurrida, que entendía que las prestaciones por incapaci-

dad temporal derivada de enfermedad común debían continuar siendo abonadas por la Mutua con la que la empresa tenía concertada la cobertura de aquéllas cuando se inició tal situación, sin que el pago deba, por tanto, asumirse por el INSS una vez extinguida la relación laboral entre trabajador y empresa.

La **STS de 4 de octubre de 2006**, I.L. J 1984, casa y anula la sentencia recurrida, confirmando la de instancia por la que se establece que no puede reconocerse el derecho a la prestación de incapacidad temporal a un trabajador afiliado al RETA en situación de baja médica que, no cumpliendo en el momento de la contingencia determinante de la incapacidad el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones, satisface posteriormente las cuotas adeudadas, aspecto este expresamente recogido en el artículo 3.2 del RD 2110/1994.

12. MATERNIDAD

La **STS de 16 de noviembre de 2006**, I.L. J 2039, analiza el caso de un trabajadora que percibía una retribución a través de *bonus*, como retribución variable.

El Tribunal Supremo aplica la doctrina de la apreciación de conceptos no periódicos, en el sentido de que el complemento que se discute no es imputable a ninguna obligación salarial correspondiente a meses anteriores. Aparte las pagas extraordinarias, que para nada juegan aquí, son los "conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual" o aquellos otros que "no tengan carácter periódico". A ellos solamente se aplica el criterio del promedio anual. No cabe, pues, aplicar el criterio de la mensualización, sino el de la anualización, por ajustarse lo percibido al concepto retributivo que no tiene carácter periódico.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial del Mar

La **STS de 5 de octubre de 2006,** I.L. J 1774, analiza el caso de un trabajador que solicita su jubilación tras haber estado enrolado un tiempo de su vida laboral en un buque de bandera holandesa. La discusión se centra en la repercusión que debe tener tal período de embarque bajo bandera holandesa en el cálculo de los porcentajes por edad y en la reducción de la edad ordinaria de jubilación propia de este régimen, a tenor de lo dispuesto en los artículos 2 y 4 de la Orden de 17 de noviembre de 1983. La doctrina aplicada en esta sentencia es reiteración de la manifestada –aunque fragmentariamente– en jurisprudencia anterior; en efecto, respecto al artículo 2 de la citada Orden, la **STS de 21 de enero de 2002,** I.L. J 33, y la **STS de 3 de diciembre de 2002,** I.L. J 2586, ya declararon que el precepto es claro cuando ordena que el tiempo de prestación de servicios en buques de bandera holandesa u otro país con convenio bilateral debe computar a los efectos del

coeficiente reductor por edad de la pensión de jubilación, debiendo aplicarse incluso cuando la pensión se calcule íntegramente bajo la legislación española de Seguridad Social, puesto que lo que hace el precepto es equiparar totalmente el tiempo de servicio en buques españoles y extranjeros.

Sin embargo, las sentencias anteriores no hacen referencia alguna al artículo 4 de la citada Orden que dice "El período de tiempo que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador, de conformidad con lo establecido en los artículos anteriores en relación con los correspondientes del Decreto 2309/1970 se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión"; la STS de 13 de junio de 2003, ref. CENDOC 28079140012003100901, y *obiter dicta* la **STS de 21 de octubre de 2002,** I.L. J 1998 y la **STS de 9 de octubre de 2001,** I.L. J 2321, ya expresaron el criterio de que también deviene de aplicación los supuestos en los que no exista *pro rata temporis* por calcularse la pensión sólo a cargo de la Seguridad Social española.

La **STS de 11 de diciembre de 2006,** I.L. J 2165, deniega la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación a un trabajador por el período de actividad desarrollado como autónomo en una embarcación de menos de diez Toneladas de Registro Bruto, atendiendo a la clara dicción del artículo 1, apartado B-VI, del Decreto 2309/1970 en su redacción de 1990. Debe tenerse en cuenta que tal disposición se halla derogada actualmente por el Real Decreto 2390/2004, de 30 de diciembre, que entró en vigor el día 1 de febrero de 2005, y que modifica el texto controvertido de forma que en la actualidad un caso similar recibiría una solución distinta; por lo que deviene inaplicable la jurisprudencia de la sentencia comentada.

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STS de 24 de octubre de 2006,** I.L. J 1792, analiza la petición formulada por los Peritos e Ingenieros Industriales de que su mutualidad colegial de previsión social pudiera ser una alternativa a la afiliación al RETA de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1995 de Ordenación de los Seguros Privados. La sentencia proviene del orden contencioso-administrativo, y formalmente desestima el recurso por insuficiente argumentación de los motivos de casación; sin embargo manifiesta que para dar cumplimiento al principio de tutela judicial efectiva procede analizar los tres argumentos del recurrente, además de las alegaciones de insuficiencia argumental del acto administrativo originario y de la sentencia impugnada.

En primer lugar, solicitaba que se estimase concedida su petición inicial por efectos de un silencio administrativo –la resolución denegatoria llegó transcurrido el plazo–, y el Tribunal argumenta que se trata de un supuesto excepcional de sustracción del servicio público previsto en el artículo 41 CE, por lo que no rige el silencio administrativo positivo. En segundo lugar, considera la denegación ajustada a derecho ya que quedó acreditado que no en todos los colegios territoriales se hallaban los colegiados obligados a afiliarse a la mutualidad colegial, requisito este indispensable para la instauración de la alternativa a la afiliación al RETA. Finalmente, rechaza que se haya violado la igualdad

prescrita en el artículo 14 CE ya que no son términos válidos de comparación los colegios en los que sí se hallaba establecida la obligatoriedad de afiliación mutual para sus colegiados.

La **STS de 15 de noviembre de 2006,** I.L. J 1895, analiza si el requisito de hallarse al corriente de pago de las cotizaciones debe analizarse en el momento del hecho causante o en el momento de solicitar la prestación. Al tratarse de una pensión de viudedad –imprecriptible, por tanto– la diferencia cronológica puede ser importante, como en este caso sucedía: el causante no se hallaba al corriente de pago al fallecer, pero trece años más tarde los causahabientes argumentaron la inexigibilidad del requisito de hallarse al corriente de pago por estar prescritas las deudas, y aportaron certificación negativa de deudas expedida por la TGSS. El Tribunal reitera la doctrina que ya manifestó en la STS de 25 de septiembre de 2003, I.L. J 1448: la no exigibilidad de las cuotas a los efectos de hallarse al corriente de pago debe predicarse únicamente de aquellas que ya se hallasen prescritas en la fecha del hecho causante, careciendo de relevancia la prescripción acaecida entre el hecho causante y la solicitud.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

La **STS de 7 de diciembre de 2006**, I.L. J 2111, desestima un recurso de casación, respecto a un supuesto de sanción de extinción de la prestación de desempleo. Considera que la obligación de comunicar las bajas en las prestaciones, salvo causa justificada, en el momento en el que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, exige que se haga de inmediato y, en todo caso, antes de que transcurra el tiempo –normalmente el final del mes– que determina la percepción de una nueva mensualidad indebida. Por ello, y ante un supuesto de percepción de la prestación por desempleo, considera que la comunicación de haber obtenido nueva colocación realizada mes y medio después a la misma, incurre en la infracción grave regulada en el artículo 25.3 LISOS, que lleva consigo la extinción de la prestación de desempleo.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

Según la **STSJ de Andalucía de 23 de febrero de 2006**, I.L. J 1827, la jurisdicción laboral es competente para conocer sobre la reclamación de una mutua sobre infracotización empresarial en relación con accidente de trabajo en el que se declaró al trabajador codemandado afecto de lesiones permanentes no invalidantes. En definitiva, la controversia dimana de normas de Seguridad Social, haciendo referencia a prestaciones de Seguridad Social que afecta a los elementos individuales de esta relación (empleador, trabajador y entidad gestora).

B) Recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ministerio de Trabajo

Según la **STS de 24 de octubre de 2006**, I.L. J 1792, de lo contencioso-administrativo, no puede ser objeto del recurso la falta de motivación del acto administrativo, pues el objeto del recurso de casación es la sentencia, no la actuación de la Administración. Asimismo, tanto la Administración como la sentencia recurrida parten y valoran la realidad de que no se habían cumplido los requisitos exigidos por la norma (derecho de los asociados del Consejo General y la Mutualidad), por tanto difícilmente puede hablarse de falta de motivación, tanto de la sentencia como del acto administrativo impugnado.

Julia López López
Josep Fargas Fernández
Nuria Pumar Beltrán
Consuelo Chacartegui Jávega
Ignasi Areal Calama
Eusibi 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. *C) Lesiones permanen-*

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

tes no invalidantes. **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 prestación.* E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 13 a 16 del 2007 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1631 a 2273).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

La cuestión debatida por la **STS de 18 de octubre de 2006,** I.L. J 1688, consiste en decidir si la previsión del artículo 213.1.d) de la LGSS e introducida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en relación con la extinción de las prestaciones por la realización de trabajos por cuenta propia, es aplicable a las prestaciones reconocidas bajo el imperio de la norma antigua y, en concreto, si es aplicable a personas que cuando solicitaron la reanudación de la prestación ya llevaban más de dos años trabajando por cuenta propia.

El artículo 213.1.d) en su redacción original preveía que las prestaciones por desempleo se extinguirían, entre otras causas, por la "realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses…", esta redacción fue modificada por la Ley 45/2002, disponiendo que aquella extinción no sólo tendrá lugar por la realización de aquel trabajo por cuenta ajena sino también por la "realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a veinticuatro meses".

Como regla general, en la interpretación de las distintas modificaciones que se han producido en materias relacionadas con el derecho a las prestaciones durante los muchos años de implantación de nuestro sistema de Seguridad Social, se ha basado en entender que el régimen jurídico a aplicar a cada prestación es la norma que regía en el momento en que la misma se causó, es decir, en el momento en que se inicia la situación protegida.

Según el Tribunal Supremo, la tesis que mejor refleja la voluntad legislativa es la que respetando los derechos y expectativas de quien había causado prestaciones por desempleo antes de la nueva Ley, sostiene que habrá que respetarse también el límite de los dos años, es decir, que la nueva norma habrá de ser aplicada a quienes hayan permanecido como trabajador por cuenta propia durante veinticuatro meses a partir de la entrada en vigor del nuevo texto legal.

La **STS de 7 de diciembre de 2006,** I.L. J 2111, debate acerca de si debe entenderse o no correctamente realizada la comunicación de haber obtenido nueva colocación, cerca de dos meses después de obtener el nuevo empleo, a efectos de la pérdida de las prestaciones por desempleo.

El artículo 221.1 LGSS establece la incompatibilidad de la prestación por desempleo "(…) con el trabajo por cuenta ajena", y coherentemente el artículo 212 LGSS prevé la suspensión del derecho a la percepción de las prestaciones "mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena (…)". Por su parte, el artículo 231.1.e) LGSS pone a cargo de los trabajadores la obligación de "solicitar la baja de las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de producción de dichas situaciones".

El Tribunal Supremo entiende que la obligación de comunicar las bajas en las prestaciones, salvo causa justificada, ha de realizarse en el momento en que se produzca la situación de suspensión o extinción, por tanto, de inmediato, y en todo caso, antes de que transcurra el tiempo –normalmente el final de mes– que determina la percepción de una nueva mensualidad indebida por falta de comunicación.

F) Gestión, financiación y pago

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de junio de 2006,** I.L. J 1653, resuelve acerca de la existencia o no de fraude de ley en el supuesto planteado en el que el actor, después de causar baja voluntaria en un contrato indefinido, suscribe un contrato de trabajo temporal por una duración inicial de tres meses, que se prorrogó por otros tres meses más, y posteriormente constituye, junto a otras dos personas, un sociedad limitada laboral.

La sentencia de instancia entiende que existe fraude de ley al considerar que la última contratación no tuvo otro objeto que conseguir cobertura legal para obtener la prestación por desempleo que no le correspondería a la finalización del contrato indefinido en el que cesó voluntariamente.

El recurrente no aporta ninguna prueba que demuestre que el juzgador de instancia está equivocado en su consideración de los hechos como fraude de ley.

Como sabemos, ha sido afirmación constante que el fraude no se presume, de ahí que el mero encadenamiento de un contrato por tiempo indefinido, cese voluntario, y nuevo

contrato temporal, no pueda ser calificado, sistemáticamente y sin más datos adicionales, constitutivo de acto en fraude de ley. Ahora bien, la no presunción del fraude de ley no excluye la posibilidad de que el carácter fraudulento pueda establecerse por la vía de las presunciones lo que ha llevado a la sentencia que nos ocupa a entender la existencia del mismo, ante unos hechos, ciertamente anómalos, que carecen de una explicación razonable.

El mismo criterio es seguido por la **STSJ de Asturias de 17 de febrero de 2006,** I.L. J 1957.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Cotizaciones posteriores al alta

Son muchas las cuestiones litigiosas que se plantean en relación con la determinación de la base reguladora. En la **STS de 16 de octubre de 2006,** I.L. J 1679, que resuelve un recurso de suplicación en el que se invoca la notoriedad de la afectación general, se plantea la validez o invalidez de las cotizaciones al RETA efectuadas con posterioridad al alta a efectos de la pensión de jubilación.

Aplicando la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 15 de noviembre de 1996), la Sentencia citada resuelve que no se computan las cotizaciones al RETA anteriores al alta formal, en razón a que el hecho causante se produce después de 1 de enero de 1998. Además, la Sentencia resume la doctrina unificada sobre la "afectación general".

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones

Nuevamente sobre la naturaleza de la prejubilación, la **STS de 18 de octubre de 2006,** u.d., I.L. J 1848, resolviendo la cuestión de cuál debe ser el coeficiente reductor de la pensión de jubilación de un trabajador, empleado que fue de Telefónica, en función de considerar que su baja fue o no voluntaria, recoge la doctrina unificada del Tribunal Supremo. Dicha doctrina considera que las decisiones de los trabajadores de cesar en la empresa Telefónica acogiéndose al sistema de prejubilación establecido en la misma,

han de incardinarse en la causa de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso prevista en el artículo 49.1.a) del ET. En consecuencia, en cuanto derivada de un acuerdo extintivo de la relación de trabajo adoptado por voluntad conjunta del empresario y el trabajador, la jubilación anticipada de éste tras el agotamiento de la situación contractual de prejubilación no puede considerarse forzosa sino voluntaria, y el tipo anual reductor del porcentaje de la pensión aplicable a la misma es del 8%.

Diversas sentencias 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 la reiterada doctrina unificada del Tribunal Supremo, se declara en las **SSTS de 3 de octubre de 2006**, u.d., I.L. J 1698; **9 de octubre de 2006**, I.L. J 1778; **14 de noviembre de 2006**, I.L. J 1904; **3 de octubre de 2006**, I.L. J 1922, **y de 22 de diciembre de 2006**, I.L. J 2143, 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. Ello comporta que el ejercicio de la acción –vigente todavía el Acuerdo y, por lo tanto, devengándose mensualmente la cantidad a percibir– no ha de producir otro efecto prescriptivo que el de las cantidades concretamente reclamadas correspondientes a los atrasos causados mensualmente, en el sentido de que no podrán ser reconocidas las devengadas más allá del período del año anterior a la fecha de la reclamación.

– Condiciones de la jubilación anticipada

En la **STS de 25 de julio de 2006,** u.d., I.L. J 1713, la cuestión debatida consiste en determinar cuál debe ser 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 Sentencia mantiene que de la Exposición de Motivos de la Ley 35/2002, fruto del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001, y de la propia regulación de la Disposición Transitoria Tercera y del artículo 161.3 LGSS, se desprende que era voluntad del legislador mantener dos sistemas o formas de jubilación anticipada, cada uno con distinto origen y requisitos para acceder a su percibo.

Entre estos requisitos y para la pensión anticipada de jubilación no histórica u ordinaria se exige para quienes no eran mutualistas el 1 de enero de 1967 encontrarse inscritos en la oficina del INEM como demandantes de empleo desde, al menos, 6 meses antes de la fecha de jubilación. Pero nada de esto se incluye entre los requisitos que contiene la Transitoria Segunda para los jubilados anticipadamente procedentes del mutualismo laboral, pues basta con haber estado en ese sistema antes del 1 de enero de 1967, haber cesado por causas independientes de la voluntad del trabajador y reunir los períodos de

cotización correspondientes para acceder a la pensión bonificada. Por tanto, se debe aplicar el coeficiente reductor del 6%. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 18 de septiembre de 2006,** u.d., I.L. J 1730, **de 13 de noviembre de 2006,** I.L. J 1870 y **de 1 de diciembre de 2006,** I.L. J 1998.

Sobre la calificación como jubilación forzosa o como jubilación voluntaria de un concreto supuesto de jubilación anticipada se pronuncia la **STS de 25 de octubre de 2006,** u.d., I.L. J 1775. El supuesto enjuiciado es el de un empleado de la empresa "Robert Bosch España, SA" que cesó en el trabajo en virtud de expediente de regulación de empleo tramitado en el año 1997, expediente que finalizó con acuerdo de la Dirección General de Trabajo de 3 de julio de dicho año autorizando la extinción de 631 contratos de trabajo, entre ellos el del trabajador demandante.

Respecto a la calificación de las jubilaciones anticipadas derivadas del cese en el trabajo, la Sentencia diferencia entre: la jubilación anticipada que deriva de planes convencionales de prejubilación –es decir, de un acuerdo individual de prejubilación adoptado por voluntad conjunta del empresario y el trabajador individual– y que no deriva de un expediente de regulación de empleo, como el caso de Telefónica; de ahí que, atendiendo a su origen, el acceso a la jubilación tras el agotamiento de la situación de prejubilación se considerara voluntario y no involuntario. En el caso de Robert Bosch España, SA, la jubilación anticipada está prevista en pacto colectivo, el despido del trabajador está autorizado por la Dirección General de Trabajo, y el paso a la jubilación viene precedido de una situación de desempleo, que por hipótesis excluye la voluntariedad del trabajador desempleado. No puede hablarse, por tanto, de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo. En este supuesto, pues, el porcentaje aplicable de reducción para el cálculo de la pensión es del 7%. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 28 de noviembre de 2006,** I.L. J 1897.

La doctrina general sobre 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 **STS de 24 de octubre de 2006,** u.d., I.L. J 1840, que además 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.

La citada Sentencia declara 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 constatada 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.

Por otro lado, resolviendo un recurso en unificación de doctrina sobre la procedencia o improcedencia de aplicar coeficientes reductores de edad a un trabajador del mar, la **STS de 11 de diciembre de 2006,** u.d., I.L. J 2165, declara que, en virtud del Decreto 2309/1970, de 23 de julio, en su apartado B-VI de su artículo 1º, según la redacción que le otorgó la Disposición Adicional Octava del RD 863/1990, de 6 de julio, se establece el derecho a coeficiente reductor a los trabajadores que prestaron servicios en buques de hasta 10 toneladas de registro bruto únicamente si los trabajos han sido "por cuenta ajena", sin que se puedan considerar incluidos en dicho precepto los trabajos prestados como autónomo.

C) Gestión, financiación y pago

– Fecha de efectos de incremento por revisión

Siguiendo el criterio ya establecido reiteradamente por la jurisprudencia, la **STS de 21 de noviembre de 2006,** u.d., I.L. J 1878, 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. (prescripción).

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

b') Incapacidad permanente parcial

Conforme al artículo 137.3 LGSS, la IPP es un grado de IP que se caracteriza por que el trabajador presenta lesiones presumiblemente definitivas, las cuales ocasionan una disminución no inferior al 33% de su rendimiento normal para la profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. Aun sin merma de su rendimiento, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial si, para mantener el rendimiento normal, el trabajador tiene que emplear un esfuerzo físico-psíquico superior, de forma que su trabajo le resulte sensiblemente más penoso o peligroso (**STSJ de Asturias de 12 de mayo de 2006**, I.L. J 2083).

c') Incapacidad permanente total

En un caso de deportista profesional, se deniega la IPT al considerarse que el trabajador conserva plena aptitud para desarrollar la actividad del futbolista y no es tanto las molestias en una rodilla, sino la edad del mismo, las que condicionan la disminución del rendimiento y la dificultad para la continuidad en la actividad de competición de élite, pero no justifican la existencia de un grado de incapacidad protegible por la LGSS. El artículo 136 LGSS exige para la calificación de invalidez permanente que el trabajador presente "reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva", lo que excluye como causa de incapacidad las situaciones objetivas como el dolor que no se corresponda con una patología objetivable médicamente, por lo que las referencias de la sentencia impugnada a que en la rodilla "cuenta con dolor", "ello supone dolor", "advierte molestias", no constituyen causa determinante de la calificación de invalidez permanente (**STSJ de Asturias de 9 de junio de 2006**, I.L. J 1958).

La **STS de 28 de noviembre de 2006**, u.d., I.L. 2037, resuelve la cuestión de si las dolencias y enfermedades anteriores a la afiliación del trabajador en la Seguridad Social (poliomielitis degenerativa), y la posibilidad o no de ser computadas a los efectos de la declaración de IP del interesado. Dado que dichas dolencias anteriores a la afiliación no impidieron en principio desempeñar un trabajo al individuo que las padece, pero al cabo de los años las secuelas y lesiones de las mismas se agravaron (no como consecuencia del ejercicio de la profesión) y entonces sí le produjeron una incapacidad laboral, la cuestión reside en dilucidar si dichos padecimientos anteriores luego agravados pueden o no ser tomados en cuenta a los efectos de la declaración de IP de la persona que los sufre. Ello se resuelve en un sentido favorable por la literalidad del artículo 136.1 LGSS, párrafo 1º, que toma en consideración la situación que el trabajador presenta en el momento en que se inicia el expediente de incapacidad; mientras el párrafo segundo del precepto también dispone con nitidez que "las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación".

b) Requisitos del beneficiario

La **STS de 5 de octubre de 2006**, u.d., I.L. 1990, deniega una IPA por no reunir el período de carencia necesario, aclarando que el período de percepción del subsidio de IT (muy alejada de la solicitud de IP) sin obligación de cotizar por estar extinguida la relación laboral (y donde el subsidio se percibió de forma directa a cargo de una Mutua), no es computable a efectos de alcanzar el período de carencia exigible. Así pues, en tales supuestos, no se aplica la normativa que prevé que en situación de IT, inmediatamente an-

terior a la solicitud de invalidez permanente y cuyo período normal con su prórroga no se hubiera agotado, se compute como tiempo efectivo de cotización, a efectos del período de carencia necesario para la prestación de IP, la totalidad del tiempo en que el trabajador pudo mantenerse en situación de IT [artículos 4.1.b) y 4.4 RD 1799/1984].

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

El derecho al reconocimiento de las prestaciones en general prescribirá a los cinco años contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, produciéndose los efectos de tal reconocimiento a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presenta la correspondiente solicitud, pero entendiéndose que la retroacción de los aludidos tres meses únicamente interesa a los efectos del reconocimiento de la prestación como tal, pero una vez que ésta ha sido reconocida, ya no existe norma alguna que limite temporalmente con el alcance indicado los efectos de la revisión de su cuantía. En consecuencia, la revisión de la cuantía por inadecuado cálculo de la base de cotización (en el supuesto concreto, por infracotización) puede retrotraer sus efectos a la fecha del reconocimiento inicial de la prestación, sin perjuicio de que la prescripción pueda afectar a algunas de sus mensualidades (**STS de 9 de noviembre de 2006**, u.d., I.L. 2086).

La **STSJ de Aragón de 31 de mayo de 2006**, I.L. J 1828, no considera aplicables por analogía las reglas establecidas para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente para los trabajadores jubilados parcialmente (caso en que el artículo 15 RD 1131/2002 complementa hasta el 100% la cuantía de la misma que le correspondería antes de pasar a la situación de jubilación parcial), a la situación en que una trabajadora ha tenido su jornada reducida por cuidado de hijo menor y posteriormente por cuidado de familiar minusválido. Ciertamente, dicha aplicación sería coherente con los principios que inspiran la normativa de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, pero no ha sido prevista expresamente por el legislador, además de que se considera que no procede dicha aplicación analógica porque en el caso de la jubilación parcial la regla opera condicionada a que se hubiese simultaneado con un contrato de relevo. Inciso que introduce un factor de diferenciación que rompe la supuesta analogía entre los supuestos, pues las cotizaciones recibidas por la Tesorería en tal caso son del 100%, al complementarse las del jubilado parcial con las del relevista. Esta doctrina puede ser injusta especialmente en los supuestos en los que el trabajador cuenta con una larga vida laboral anterior, además de suponer un freno al fomento de la utilización de los derechos reconocidos para la conciliación de la vida familiar y laboral.

Frente a esta situación, ha de tenerse en cuenta que una de las modificaciones introducidas por la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su Disposición Adicional Decimoctava.Doce y Trece reforma el régimen de cotización para tales situaciones. Se da una nueva redacción al artículo 180.3 LGSS según la cual, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuida-

do de menor previsto en el artículo 37.5 ET se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo. Además, se añade un nuevo apartado 5 el artículo 211 LGSS, según el cual en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 ET, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

d) Dinámica de la protección

La **STS de 14 de noviembre de 2006**, u.d., I.L. J 1909, a pesar de no apreciar la existencia de la contradicción cualificada exigida por el artículo 217 LPL entre la sentencia recurrida y la de contraste, aprovecha no obstante la ocasión para pronunciarse (entendemos que *obiter dicta*) en el sentido de que la imposibilidad de reconocimiento médico no debe ser obstáculo, de acuerdo con las normas legales del procedimiento administrativo común (artículo 92 LRJPAC) y de la regulación reglamentaria sobre el procedimiento de declaración de la incapacidad permanente (RD 1300/1995; OM 26 de enero de 1996), para proceder "de oficio" a la declaración administrativa de la situación de incapacidad o de inexistencia de incapacidad que hubiera correspondido, a la vista de los informes y medios de prueba que constaran en el expediente o hubieran podido ser aportados.

C) Lesiones permanentes no invalidantes

Para las hipótesis de hipoacusia la clave de la decisión radica en valorar si la hipoacusia padecida tal como resulta de las pruebas de audiometría, afecta o no a la "zona conversacional". En caso afirmativo respecto de los dos oídos, la indemnización que corresponde es la prevista en el núm. 10 del baremo (aprobado por OM de 15 de abril de 1969, y actualizada por OM de 16 de enero de 1991); si la respuesta es afirmativa para un oído y negativa para el otro, el importe de la indemnización es el fijado en el núm. 9; mientras que la indemnización establecida en el núm. 8 debe ser la asignada para casos de hipoacusia simple que no afecta a la zona conversacional. Además, cuando la hipoacusia de un solo oído afecta tanto al nivel conversacional como al no conversacional se indemniza, únicamente, por el baremo núm. 9, por ser más grave que la que afecta al nivel conversacional. Es doctrina de la Sala Social del TS que deben quedar indemnizadas las lesiones de ambos oídos, que rebasen el límite de decibelios correspondiente, con la única limitación de que la suma de las indemnizaciones reconocidas no supere la establecida para el baremo núm. 10 (**STS de 4 de octubre de 2006**, u.d., I.L. J 1685). Cuando la sordera sea bilateral pero en ninguno de los oídos afecte a la zona conversacional, el beneficiario tiene derecho a una indemnización doble –una por cada oído– del baremo núm. 8 (**STS de 19 de septiembre de 2006**, u.d., I.L. J 1836).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios

c) Pensión en favor de familiares

Para tener derecho a la pensión a favor de familiares, el artículo 40.1.e) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (BOE del 30), por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, aún vigente (véase la redacción del artículo 176.1 de la LGSS), exige entre otros requisitos, que no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil; en relación con este requisito, la **STS de 8 de noviembre de 2006,** I.L. J 1892, reitera su doctrina sobre el doble alcance de este requisito:

1. Por una parte, debe haber una persona obligada a prestar alimentos, que tenga, en el concreto momento del hecho causante, ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional.

2. Por otra parte, el obligado a prestar alimentos tiene que tener una capacidad de pago que permita asignar al beneficiario una cantidad que garantice a éste un nivel de subsistencia, que no sea inferior al salario mínimo interprofesional.

Esta doble exigencia supone que el obligado aun teniendo ingresos superiores al salario mínimo interprofesional, si no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al salario mínimo interprofesional, tales alimentos, a efectos de esta prestación de la Seguridad Social, no serían suficientes para tener acreditado que la persona obligada a prestar alimentos, tenga la posibilidad de prestarlos, y ello porque no se alcanzaría el mínimo vital de subsistencia.

C) Cuantía de la pensión

Como establece el artículo 174.2 de la LGSS, los supuestos de separación tienen efectos sobre la cuantía de la pensión de viudedad, pues ésta ya no se percibirá íntegra, sino proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido (con independencia de las causas de dicha separación); pues bien, ante la cuestión de si es o no computable para el porcentaje de una pensión de viudedad, el tiempo de convivencia posterior a la separación judicial, cuando la reconciliación no se comunicó al Juez que la decretó, en relación con esta cuestión, las **SSTS de 2 de octubre, 26 de octubre y 28 de noviembre de 2006**, I.L. J 1915, 1776 y 2222, reiteran la doctrina ya aquí recogida de que cuando la reconciliación no se comunica "se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, no produce efectos ante terceros", condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por seguridad jurídica la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial, añadiendo que la necesidad de la comunicación de la reconciliación al juzgado no implica la creación o imposición de un nuevo requisito no previsto por el citado precepto.

Abunda en ello, según esta doctrina, la necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil también tendrá que inscribirse la reconciliación, que sólo puede tener acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial adopte, una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación conforme al artículo 84 del Código Civil.

Es de destacar la distinción que se realiza en esta sentencia entre "vida en común" y "vida en el mismo domicilio", en los siguientes términos: "la vida en común, que se presupone con el matrimonio, se suspende con la sentencia de separación, lo que por cierto, no es incompatible con la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, que no es lo mismo que vida en común –o tiempo vivido con el cónyuge–, en expresión del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que es propia de la convivencia conyugal".

Es también destacable la distinción que a estos efectos realiza entre separación y matrimonio: "a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio celebrado en forma pero sin inscripción, en el que la voluntad de establecer el vínculo es inequívoca y se expresa ante persona autorizada, en la convivencia posterior a la separación que no se comunica, sólo hay una situación de hecho cuya significación no tiene ese carácter inequívoco en orden al restablecimiento del vínculo y por ello precisa de su comunicación al juez civil".

D) Dinámica de la prestación

Nacimiento: La **STS de 30 de noviembre de 2006**, I.L. J 2060, ante la cuestión que reiteradamente se ha tratado en estas páginas de quienes a la entrada en vigor de la Ley 24/1997 tuvieran edad inferior a la prevista por dicha norma, para los huérfanos que no realizaran trabajo lucrativo, reitera que los efectos económicos están limitados a los tres meses anteriores a la solicitud, pues la doctrina correcta es que "lejos de hallarnos ante una pensión ya reconocida que hubiera sido declarada en suspenso, nos encontramos ante la extinción de una primera prestación que se le concedió al actor con el límite de la edad del beneficiario situado en los dieciocho años, y el nacimiento de una prestación nueva, que se origina con la Ley 24/1997, y que cuenta con unos límites y condiciones distintos".

José Luis Monereo Pérez
Mª. 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. Cuestión preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Actas de liquidación. 3. Derecho Administrativo Sancionador. A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de Seguridad Social.

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

Cumpliendo con nuestra cita periódica para dar cuenta de las novedades producidas en el terreno del Derecho Administrativo Laboral, en el plano normativo ha de destacarse la aprobación del RD 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. La norma trae origen de la previsión establecida originariamente en el artículo 49.5 LPRL y contenida en la actualidad en el artículo 40.2 LISOS, mediante la que se remitía al desarrollo reglamentario la forma en que debían hacerse públicas las sanciones firmes por infracciones muy graves cometidas en materia de seguridad y salud laboral. El nuevo Real Decreto viene, pues, a satisfacer esta remisión y a posibilitar, por tanto, la aplicación de la medida legislativa.

Por lo que se refiere a los nuevos pronunciamientos judiciales dictados en el período analizado, en esta crónica se da cuenta de las sentencias publicadas en los números 13, 14, 15 y 16 (2006) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. De ellos, y dada la relevancia del órgano emisor, interesa en especial destacar la **STC 308/2006, de 23 de octubre**, I.L. J 1746, que entre otras cuestiones remarca las consecuencias de la naturaleza no sancionatoria de los procedimientos con origen en actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social (*infra*, 2). Asimismo, interesantes resultan también las **SSTS de 5 y 9 de octubre de 2006**, Sala de lo Social, u.d., I.L. J 1690 y 1826, en las que se traza la línea divisoria entre las facultades de gestión de las Mutuas y la competencia sancionadora de las entidades gestoras de la Seguridad Social respecto a la decisión de extinguir y suspender la prestación económica de incapacidad temporal [*infra*, 3.C)].

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

Como ya se ha avanzado, considerable interés presenta la **STC 308/2006, de 23 de octubre**, I.L. J 1746, en orden a clarificar algunas ideas sobre el procedimiento administrativo seguido tras la extensión de actas de liquidación.

De un lado, esta Sentencia recuerda que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas limita su aplicación a los procedimientos judiciales y que, en el ámbito de los procedimientos administrativos, las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE sólo resultan aplicables a los procedimientos sancionadores, pero no a los de liquidación de cuotas, que carecen de naturaleza punitiva. Por ello, ante la alegación de vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Tribunal Constitucional declara:

> "los planteamientos de la recurrente sólo podrían tener cabida, hipotéticamente, en relación con el procedimiento sancionador seguido contra ella, pero no en lo que afecta a las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social por diferencias de cotización, respecto de las cuales no resultan invocables las garantías del artículo 24 CE".

De otro lado, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre las consecuencias de que la sentencia contencioso-administrativa que confirma la resolución administrativa sobre liquidación de cuotas haya resuelto el litigio con fundamento en normativa procedimental carente de vigencia. En concreto, ante la alegación de caducidad del procedimiento administrativo, el debate trata sobre la versión del artículo 20.3 RD 928/1998 que resulta aplicable al caso: la originaria –que fue la que aplicó la sentencia impugnada–; la que implícitamente resultaba de la modificación que la Ley 4/1999 introdujo en el artículo 43.4 Ley 30/1992 al que se remitía el artículo 20.3 RD 928/1998 –y que ya estaba vigente al iniciarse el procedimiento cuestionado–; o la nueva redacción que expresamente se dio a la norma por el RD 1125/2001, una vez ya estaba en curso el procedimiento que nos ocupa. Pues bien, respecto a esta última posibilidad, el Tribunal no aprecia error patente en la decisión de la sentencia de no aplicar el tenor dado por el RD 1125/2001:

> "la apreciación que realiza el órgano judicial acerca de la cuestión relativa a la posibilidad de aplicar retroactivamente dicho precepto no resulta irrazonable o arbitraria, y es acorde con el alcance restringido que ha otorgado este Tribunal a la previsión del artículo 9.3 CE".

En cambio, el Tribunal Constitucional sí reprocha a la sentencia recurrida que no haya tenido en cuenta las variaciones que la aprobación de la Ley 4/1999 provocó en el alcance del artículo 20.3 RD 928/1999, en tanto ya estaban vigentes en el momento de iniciarse el procedimiento y sus consecuencias jurídicas ya habían sido plasmadas en la doctrina legal establecida en la STS, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 2001, dictada en interés de ley y ya reflejada en anteriores crónicas. Por ello, la STC 308/2006 declara la nulidad

de la sentencia impugnada por incurrir en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, bajo el siguiente razonamiento:

> "el hecho de que la Sentencia recurrida omita toda consideración acerca de la Ley de procedimiento administrativo común, según la modificación introducida por la Ley 4/1999, evidencia la falta de razonabilidad de su fundamentación, al prescindir del Derecho vigente, conforme al cual, por exigencias de los artículos 9.3 y 117.1 CE, debía haber decidido la cuestión. En suma, como se dijo en la STC 99/2000 (...), 'El derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia' (FJ 6º)".

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

Por lo que se refiere a la fase previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador merece la pena destacar la conclusión alcanzada por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de junio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1642, dictada en un supuesto en que, tras presentar denuncia de cesión ilegal ante la Inspección de Trabajo, se comunica al trabajador denunciante que deje de prestar servicios en la anterior empresa cesionaria. Esta decisión empresarial se interpreta por el Tribunal como una represalia por haber formulado la denuncia y, en consecuencia, se declara la vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador. A partir de esta premisa, la Sentencia alcanza su principal virtualidad, al considerar que, aun cuando la jurisprudencia sobre el artículo 43 ET exige ejercitar la acción de cesión ilegal "mientras subsista la cesión", en este caso el relato fáctico descrito lleva a concluir que la posibilidad del trabajador de acudir a los tribunales no queda enervada por el hecho de que la solicitud de conciliación y la demanda judicial se presentaran después de haber dejado de prestar servicios para la empresa cesionaria. Como indica el pronunciamiento:

> "la maniobra llevada a cabo ha consistido en que la empresa XXX, aduciendo la terminación de la contrata de servicios con YYY, ha derivado al actor a otro puesto de trabajo distinto, volviendo a suscribir nuevo contrato con YYY, pero asignando a otros trabajadores, con la pretensión de hacer ineficaz la pretensión del actor.
>
> Tal maniobra ha de ser entendida como una medida de represalia contra el trabajador por haber formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal, que no ha de surtir efecto alguno que perjudique a la eficacia de la acción ahora emprendida, al tratarse de una vulneración de la garantía de indemnidad".

Ya en relación a la fase de tramitación del procedimiento administrativo sancionador, y en concreto, respecto a una de las situaciones que pueden generar su suspensión, la **STS de 15**

de noviembre de 2006, Sala de lo Social, u.d., I.L. J 1884, insiste en una idea ya puesta de manifiesto en otras crónicas, consistente en subrayar que la demanda del proceso de oficio *ex* artículo 149 LPL formulada para declarar si existe o no cesión ilegal no constituye una acción derivada del contrato de trabajo, sino que es interpuesta por la autoridad laboral, y en consecuencia, no se encuentra sujeta al plazo de prescripción previsto en el artículo 59 ET.

Finalmente, en cuanto a los efectos de las sentencias contencioso-administrativas en materia sancionadora sobre las resoluciones del orden social, es necesario hacer referencia a la **STS de 2 de octubre de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1913, por la que se desestima la demanda de revisión interpuesta por una empresa condenada por la jurisdicción laboral al pago del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y que, sin embargo, con posterioridad había obtenido sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en la que se dejaba sin efecto la resolución sancionadora por entender que el accidente se había producido por culpa exclusiva del trabajador. La desestimación de la demanda se justifica por el Tribunal Supremo desde distintas perspectivas. De un lado, por considerar que no concurren los requisitos procesales necesarios para estimar la revisión, pues ni el demandante había agotado previamente los recursos jurisdiccionales frente a la sentencia del Juzgado de lo Social –dado que no había interpuesto recurso de suplicación frente a la misma–, ni tampoco cabe admitir, conforme a reiterada jurisprudencia, que una sentencia dictada con posterioridad a la impugnada reúna las exigencias requeridas por el artículo 510.1 LEC para estimar la demanda –esto es, constituir un documento decisivo recobrado u obtenido después de pronunciarse la sentencia recurrida, del que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado–. Pero es que además, con independencia de lo anterior, de otro lado el Tribunal fundamenta su decisión en la constatación de que lo sucedido en el litigio no es más que la concurrencia de dos sentencias que, referidas a los mismos hechos, han alcanzado conclusiones jurídicas distintas, sin que exista norma legal alguna que imponga la prevalencia de una de las resoluciones sobre la otra. Abundando en esta idea, la STS de 2 de octubre de 2006 remarca que la discrepancia entre las dos sentencias confrontadas en el caso no se produce en relación a los hechos declarados probados; es más, aun cuando éste fuera el caso, el Tribunal indica –erróneamente, a nuestro juicio– que ya no está vigente el artículo 42.5 de la LPRL que, en relación a las infracciones sobre prevención de riesgos, disponía la vinculación de las declaraciones fácticas de las sentencias firmes del orden contencioso-administrativo sobre las sentencias del orden social relativas al recargo de prestaciones –olvida, no obstante, el Tribunal Supremo que, tras el RDLeg. 5/2000, el antiguo tenor del artículo 42.5 LPRL se trasladó en idénticos términos al actual artículo 42.5 LISOS, tal y como correctamente expone y aplica la **STSJ de Cantabria de 2 de noviembre de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 2243–. En cualquier caso, lo anterior no incide en el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo analizada por cuanto en ella se insiste en que la discordancia entre las sentencias contrapuestas se produce respecto a la valoración jurídica que una y otra hacen de los hechos –en concreto, sobre el grado de culpa imputable a los sujetos–, y a este respecto afirma el Tribunal que "tratándose de valoraciones jurídicas, sería un contrasentido aún mayor pretender imponer los criterios de un Juez sobre los del otro".

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

En esta materia, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 6 de junio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1757, recuerda el alcance de la presunción *iuris tantum* de certeza otorgada a las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y conforme a reiterada y conocida jurisprudencia, subraya que dicho valor probatorio comprende exclusivamente los hechos que, por su objetividad, son susceptibles de percepción directa por el Inspector o los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba incorporados a la propia acta, sin extenderse a los juicios de valor, apreciaciones globales o calificaciones jurídicas emitidas por el órgano inspector. Ésta es la razón por la que, en el caso, la Sentencia afirma que:

> "la valoración jurídica del Inspector actuante (favorable a la tesis de la existencia de cesión ilegal de trabajadores) aunque sea técnicamente cualificada, no vincula a los órganos jurisdiccionales; por ello, la Sentencia de instancia no infringe norma ni jurisprudencia alguna al apartarse del criterio del Sr. Inspector de Trabajo".

Con apoyo en el tenor de la Disposición Adicional Cuarta.2 de la Ley 42/1997 y del artículo 53.2 LISOS, idéntica presunción *iuris tantum* de certeza otorga la **STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1635, a los informes redactados también por la Inspección de Trabajo en el curso de los procedimientos administrativos sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Según expone el Tribunal, no es obstáculo para la concesión de tal eficacia probatoria la circunstancia de que la resolución sancionadora basada en el acta de infracción extendida con ocasión del accidente laboral haya sido anulada por la autoridad laboral por caducidad del expediente: la razón de tal afirmación reside en la independencia y distinta razón de ser que se observa entre el procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento de recargo de prestaciones.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de Seguridad Social

Todas las sentencias que se agrupan bajo este epígrafe guardan relación con la percepción indebida de prestaciones de Seguridad Social, en un caso por la contingencia de desempleo y en otros por incapacidad temporal.

Al primer supuesto hace referencia la **STS de 7 de diciembre de 2006**, Sala de lo Social, u.d., I.L. J 2111, dictada en relación a un litigio en que una perceptora de la prestación de desempleo había tardado casi dos meses en comunicar al INEM que había encontrado un nuevo empleo. A partir de estos hechos, el Tribunal determina el alcance del ilícito tipificado en el artículo 25.3 LISOS que, en relación a la obligación del beneficiario impuesta en el artículo 231.1.e) LGSS, califica como infracción grave "no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación". Al respecto, la Sentencia afirma que estas normas exigen que la comunicación de baja en la prestación debe hacerse "de inmediato y en

todo caso antes de que transcurra el tiempo –normalmente el final de mes– que determina la percepción de una nueva mensualidad indebida, pues esta percepción indebida por la falta de comunicación constituye el núcleo de la conducta que el referido precepto tipifica como falta grave". Por ello, en tanto la omisión de la beneficiaria había generado la percepción indebida de prestaciones sin haberse acreditado causa justificada para no haber notificado la obtención de un nuevo empleo, el Tribunal Supremo concluye que, aun cuando la inculpada ya hubiera reintegrado el cobro indebido de la prestación, procede confirmar la sanción de extinción de la prestación prevista en el artículo 47.1.b) LISOS.

Respecto al segundo aspecto anunciado ha de hacerse necesaria mención a la elaborada **STS de 5 de octubre de 2006**, Sala de lo Social, u.d., I.L. J 1690, dictada a propósito de un supuesto en que una afiliada al RETA había compatibilizado la percepción de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes con la prestación de servicios y dirección de su negocio. Al hilo de esta conducta, la Sentencia razona sobre cuál es el órgano o sujeto competente para proceder a la extinción o suspensión de la prestación, estableciendo a tal fin la siguiente delimitación: por un lado, perfila los supuestos en que estamos ante actos de gestión de la prestación que, en consecuencia, son competencia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (artículos 4 RD 575/1997 y 80 RD 1993/1995); por otro, concreta las situaciones en que nos encontramos ante decisiones sancionadoras, cuya imposición corresponde a la entidad gestora de la Seguridad Social y que requieren el correspondiente procedimiento previo (artículos 25, 47, 48.4 y 51 LISOS).

A estos efectos, y teniendo en cuenta la naturaleza de la medida, la STS de 5 de octubre de 2006 declara que la capacidad de gestión de las Mutuas comprende las siguientes situaciones: de una parte, los supuestos de extinción del derecho al subsidio contemplados en el artículo 131 bis LGSS, claramente vinculados a las vicisitudes del hecho causante –transcurso del plazo máximo, reconocimiento de pensión de jubilación, incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos o fallecimiento–, quedando no obstante para los facultativos del Servicio Público de Salud la decisión extintiva basada en alta médica; de otra parte, tampoco se duda en incluir en la competencia gestora de las Mutuas los supuestos referidos en el artículo 132 LGSS, relativos a la facultad de denegar, anular o suspender la prestación en los supuestos de fraude en la concurrencia de los requisitos necesarios para generar o conservar el derecho y en los casos de desatención al tratamiento médico –conducta esta última no tipificada en la LISOS–.

El principal conflicto surge en los casos, como el debatido, en que el beneficiario de la prestación despliega servicios por cuenta propia o ajena. Respecto a esta situación, la Sentencia comentada establece la siguiente distinción: cuando la suspensión del subsidio sea equivalente a los días de actividad laboral realizados, estaremos ante un acto de gestión que podrá decidir la Mutua; en cambio, cuando la consecuencia sea la anulación del subsidio o la suspensión del mismo por tiempo superior al tiempo de trabajo simultaneado, entonces nos encontraremos ante un acto punitivo que sólo podrá ser impuesto por la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social de acuerdo con el procedimiento sancionador legalmente establecido. En palabras del Tribunal:

> "(…) se nos impone la consideración de que si es claro que tal entidad colaboradora no puede imponer sanción alguna [nos remitimos nuevamente al artículo 48.4 LISOS], ciertamente no merecería tal reproche aquella medida que se limitase a ser reflejo de los presupuestos propios de la contingencia y no comportase esencia punitiva alguna; en otras palabras, si la contingencia de IT ampara la pérdida de ingresos por limitación psicofísica que impide el ejercicio de la actividad laboral (artículo 128 LGSS), aunque el trabajo por cuenta propia o ajena no presupone ineluctablemente la curación del beneficiario, en todo caso evidencia la innecesariedad de la renta sustitutiva del salario o ingreso, con lo que solamente resultaría sancionadora aquella medida (anulación; suspensión) que excediese temporalmente de la actividad laboral acreditada; o lo que es igual, la paridad en la ecuación trabajo/suspensión podría servir de módulo diferenciador entre la mera gestión y la actividad punitiva, de forma que la coincidencia de extensión temporal entre el hecho y la decisión adoptada (tantos días de suspensión como de actividad laboral) determinaría la calificación de la medida como acto de gestión, en tanto que el exceso [en términos de suspensión por más tiempo; o anulación del derecho] comportaría vedada sanción para la Mutua, (…) Así pues –resumimos–, de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contemplan en los artículos 131 bis y 132 LGSS, únicamente carece la MATEP de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario; medidas que únicamente puede adoptar la EG (artículo 48.4 LISOS), que ha de ejercitarla en el oportuno procedimiento sancionador (artículos 51 y siguientes LISOS)".

A partir de estas consideraciones, el Tribunal Supremo resuelve el caso enjuiciado mediante la confirmación de la sentencia recurrida que había declarado contraria a Derecho la decisión de la Mutua de anular y extinguir el derecho al subsidio por compatibilizarlo con el trabajo, al entender que estamos ante una conducta sancionable conforme a la LISOS por el Director Provincial del INSS.

A los anteriores razonamientos se remite la **STS de 9 de octubre de 2006**, Sala de lo Social, u.d., I.L. J 1826, para resolver un supuesto similar, en que se constató que un afiliado al RETA había estado realizando diversos trabajos durante el disfrute de una prestación de incapacidad temporal: con apoyo en los argumentos ya referidos, el Tribunal concluye que la Mutua sólo tiene posibilidad de suspender la percepción del subsidio de IT por el tiempo que haya durado la actividad laboral acreditada, pero no por un período superior.

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) Impugnación de convocatoria de plazas laborales en una entidad pública empresarial. B) Penado en instituciones penitenciarias. C) Existencia de relación laboral. a) Transportistas con vehículo propio. b) Asistente técnico en Agencia dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores. c) Director General y Administrador social. d) Subagentes de seguros. e) Agentes de seguros. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Personal Estatutario de los Servicios Públicos de Salud. B) Socio trabajador de cooperativa. C) Consultor. D) Colaborador de empresa periodística **4. Reclamación previa. Inexistencia. Demanda en materia de Seguridad Social. 5. Actos de comunicación. Emplazamiento edictal. 6. Demanda. Ampliación. Sucesión de empresa. 7. Reconvención. 8. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de legitimación activa. D) Inadecuación de procedimiento. E) Litispendencia. F) Prescripción. **9. Práctica de la prueba. Denegación. 10. Sentencia.** A) Incongruencia. Inexistencia. B) Insuficiencia de hechos probados. C) Motivación. **11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Incapacidad temporal. Incompatibilidad. B) Exención. ¿Error excusable? C) Limitación temporal. D) Depósito. Cómputo del plazo de 48 horas. **12. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. B) Modificación de hechos probados. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Contradicción. a) Requisitos materiales. b) Firmeza de la sentencia de contraste. c) Unificación de doctrina sobre normas procesales. d) Falta de contradicción. C) Necesidad de invocar y fundamentar la infracción legal. D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos de la Seguridad Social. **14. Recurso de casación. Defectuosa formulación. 15. Recurso de revisión.** A) Resoluciones recurribles. No cabe frente a Autos. B) Maquinación fraudulenta. C) Documentos que habilitan el recurso. **16. Recurso de amparo. Agotamiento previo de la vía judicial. 17. Ejecución de sentencia. Intereses. 18. 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 13 a 16 (ambos inclusive) del año 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Impugnación de convocatoria de cobertura de plazas laborales en una entidad pública empresarial

La **SAN de 3 de noviembre de 2006**, I.L. J 1971, declara la competencia del orden social para conocer de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por un Sindicato contra la convocatoria y provisión de puestos en una entidad pública empresarial. Se alcanza esta conclusión por tratarse de un acto adoptado por la demandada en su condición de empleadora, y no en cuanto poder público en ejercicio de potestades administrativas.

B) Penado en instituciones penitenciarias

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de junio de 2006,** I.L. J 1649, estima la competencia del orden jurisdiccional social para entender de una reclamación salarial planteada por un penado a quien la Administración Penitenciaria apartó indebidamente, por razones disciplinarias, de su puesto de trabajo retribuido.

C) Existencia de relación laboral

a) Transportistas con vehículo propio

La **STS de 18 de octubre de 2006,** I.L. J 1692, declara la vinculación laboral de los actores con quienes la empresa de mensajería demandada había suscrito contratos mercantiles de colaboración para la recogida de mercancías. Para llevar a cabo dicho servicio, los transportistas utilizaban vehículos de carga inferior a dos toneladas métricas –por lo tanto, exentos de autorización administrativa– en los que figuraba el logotipo de la empresa de la que recibían hojas de ruta e instrucciones sobre cómo desarrollar la actividad.

b) Asistente técnico en Agencia dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores

En el caso de un asistente técnico que fue contratado, bajo un contrato administrativo, por la Agencia Española de Cooperación Internacional para alimentar y gestionar la página web de la citada Agencia, la **STS de 17 de octubre de 2006,** Sala Cuarta, I.L. J 1847, considera que existe relación laboral, por cuanto el actor acudía todos los días al centro de trabajo de la Agencia, cumplía un horario y recibía órdenes directas de la subdirectora de la demandada.

c) Director General y Administrador social

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de septiembre de 2006,** I.L. J 2250, en una reclamación por despido, declara la existencia de una relación laboral ordinaria entre la parte actora y la sociedad demandada, siendo el actor director general y administrador solidario de esta última. El TSJ considera que el actor ha desempeñado sus funciones de director general en virtud de un contrato de trabajo ordinario, ya que quienes eran y actuaban como verdaderos titulares del poder de gestión y dirección de la sociedad eran sus tres socios mayoritarios que, al igual que el actor, eran administradores solidarios de la sociedad.

d) Subagentes de seguros

Las **SSTS de 19 de septiembre y de 8 de noviembre 2006,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1722 y 1784, declaran el carácter laboral de los contratos que los subagentes de seguros habían suscrito con una agencia de seguros por concurrir las notas de dependencia, ajenidad y subordinación al agente de seguros en cuestión. Era la propia agencia de seguros la que: (i) había proporcionado a los subagentes un curso de formación respecto de los distintos productos a ofrecer; (ii) ponía a disposición de éstos los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad; (iii) asesoraba y resolvía las dudas que les pudieran surgir a la hora de formalizar las pólizas, y (iv) controlaba el volumen de la producción de seguros, al objeto de abonar las comisiones pactadas y detraer las comisiones percibidas en caso de anulación de la póliza por impago.

e) Agentes de seguros

La **STSJ de La Rioja de 12 de mayo de 2006,** I.L. J 1637, declara la existencia de una relación laboral entre el actor y la Mutualidad con quien había suscrito un contrato de agencia, en tanto que el actor prestaba sus servicios en los locales de la Mutualidad y estaba sujeto al horario fijado por ésta. Además de la labor comercial propia de los agentes de seguros, el actor impartía cursillos a los demás agentes, les hacía estudios de seguimiento y atendía de forma personal y directa a los mutualistas que acudían a la sede de la Mutualidad.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Personal Estatutario de los Servicios Públicos de Salud

Con fundamento en la doctrina recogida en la STS de 16 de diciembre de 2005 que viene a señalar que, desde la entrada en vigor de la Disposición Derogatoria de la Ley 55/2003, la relación del personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social se califica de forma inequívoca como una relación funcionarial especial, las **SSTS de 18 de septiembre de 2006, 9 y 24 de octubre de 2006, 30 de noviembre de 2006, y 5, 18 y 27 de diciembre de 2006,** I.L. J 2018, 1985, 1987, 2038, 2001, 2110 y 2154, todas de la Sala Cuarta dictadas en unificación de doctrina, declaran que la com-

petencia para conocer de los litigios que se planteen entre este personal y su empleadora corresponde al orden contencioso-administrativo.

B) Socio trabajador de cooperativa

La **STS de 20 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1789, estima la incompetencia del orden social para conocer de la demanda planteada por un socio trabajador de una cooperativa quien, tras causar baja en ésta, reclama el reembolso de las aportaciones que efectuó para ingresar como miembro de la misma. Así, al no versar la controversia sobre cuestión alguna relativa a la prestación de trabajo por el socio trabajador, la Sala estima que los Tribunales competentes para resolver el supuesto son los del orden civil.

C) Consultor

La **STSJ de Extremadura de 28 de julio de 2006,** I.L. J 1962, estima la incompetencia del orden social en una reclamación por despido. El actor había suscrito con la empresa demandada un contrato de prestación de servicios percibiendo por ello una retribución mensual. El TSJ considera que el orden social no es competente para resolver la reclamación por no concurrir la nota de la dependencia que es necesaria para que exista un contrato de trabajo, toda vez que el actor (i) disponía de una total libertad para desarrollar su actividad, sin recibir ninguna instrucción al respecto; (ii) no estaba sujeto a horario ni tiempo de trabajo alguno, y (iii) su centro de trabajo era distinto al que tenía la demandada.

D) Colaborador de empresa periodística

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2006** I.L. J 2273, entiende que la relación que existía entre el actor y la empresa demandada era mercantil, en tanto que el actor, además de organizar y desarrollar su actividad con plena libertad y con sus propios medios materiales, facturaba por sus servicios a través de una sociedad mercantil de la que era titular.

4. RECLAMACIÓN PREVIA. INEXISTENCIA. DEMANDA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STC 330/2006, de 20 de noviembre** (recurso de amparo 24/2004), I.L. 1941, concede el amparo al recurrente quien, tras recibir la resolución dictada por INSS denegando el reconocimiento de la incapacidad permanente solicitada, acude directamente a la vía judicial sin interponer frente a dicha resolución la oportuna reclamación previa. El TC entiende que la consecuencia jurídica que el Juzgado de lo Social y, posteriormente, el TSJ aplican a la falta de reclamación previa, esto es, denegar al recurrente en amparo el de-

recho a la obtención de una resolución sobre el fondo de su pretensión, resulta excesiva y desproporcionada, toda vez que dicho defecto preprocesal debió haber sido advertido por el órgano judicial al momento de admitirse a trámite la demanda y, en consecuencia, debió haber concedido al demandante un plazo para su subsanación.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN. EMPLAZAMIENTO EDICTAL

La **STC 306/2006, de 23 de octubre** (recurso de amparo 7855/2003), I.L. J 1744, declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo como consecuencia de una defectuosa actuación del órgano judicial; éste consideró al ahora recurrente en paradero desconocido, sobre la única base de una notificación devuelta por el servicio de correos. El Juzgado *a quo*, sin realizar indagación o esfuerzo añadido alguno mediante la utilización de los medios normales que tenía a su alcance, prescindió de notificar personalmente al recurrente la citación a juicio, y acudió directamente al remedio último que la ley prevé con carácter supletorio y excepcional para los actos de comunicación procesal, cual es, el emplazamiento edictal.

6. DEMANDA. AMPLIACIÓN. SUCESIÓN DE EMPRESA

La **STS de 15 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1905, desestima la ampliación de la demanda por despido objetivo contra la empresa adquirente, por ser palmariamente extemporánea y desajustada a la prevención temporal de los artículos 59.3 ET y 103 LPL.

7. RECONVENCIÓN

La **STS de 9 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1708, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina en que se analiza la reconvención interpuesta para compensar el importe de la indemnización por despido improcedente con las indemnizaciones abonadas por extinción de sucesivos contratos temporales. El TS no estima la compensación de los importes abonados, por entender que los contratos temporales fueron realizados en fraude de ley, y no generan una deuda del trabajador para con la empresa. En consecuencia, al no existir dicha deuda, no se cumplen los requisitos para la compensación (deudas vencidas, líquidas y exigibles).

8. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STC 305/2006, de 23 de octubre** (recurso de amparo 6974/2003), I.L. J 1743, desestima la excepción de caducidad de la demanda de amparo al entender que los recursos procesales que la parte recurrente interpuso con carácter previo a dicha demanda de amparo (recurso de reposición e incidente de nulidad de actuaciones), no pueden calificarse de

manifiestamente improcedentes o dilatorios, dado que la interposición de dichos recursos se hallaba justificada. Por su parte, las **SSTS de 21 de noviembre y 5 de diciembre de 2006**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 2057 y 1997, desestiman la excepción de caducidad del expediente administrativo de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad promovido de oficio. Según el TS, se trata de un procedimiento del que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, en cuyo caso los interesados que hubieren comparecido podrían entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo, dejando expedita la vía judicial. En consecuencia, la caducidad sólo puede apreciarse en los procedimientos en los que se ejerciten potestades sancionadoras, y el de imposición del recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica. Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2006**, I.L. J 2257, estima la suspensión del plazo de caducidad de la acción por despido por aplicación analógica del artículo 14.a) LPL, ya que, si bien el procedimiento de despido iniciado ante juzgado territorialmente incompetente no concluyó por sentencia que hubiese estimado la declinatoria, el caso tiene gran similitud con un caso resuelto por la STS de 29 de enero de 1996, ya que tanto el Juzgado, como la empresa y el propio trabajador, aceptaron la efectiva incompetencia territorial de aquél, siendo ésta la causa exclusiva del desistimiento del actor con el propósito de presentar la demanda en el Juzgado de lo Social territorialmente competente. Dicha situación, así como la existencia de un cabal conocimiento por el empresario de la pretensión interpuesta, conducen a la estimación de la suspensión del plazo de caducidad de la acción por despido.

B) Cosa juzgada

La **STS de 20 de diciembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 2230, desestima el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, por no apreciar identidad de acciones ni causa de pedir entre la sentencia que reconocía la pensión de viudedad –procedimiento en que el INSS no discutía el derecho de la viuda a tal pensión, sino únicamente su cuantía–, y el procedimiento actual en el que el INSS insta la nulidad de aquella resolución por no darse los requisitos necesarios para el nacimiento de la prestación de viudedad.

C) Falta de legitimación activa

La **STS de 26 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1842, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, ya que la legitimación para interponer el recurso no se concede a cualquiera de las partes, sino a aquella que se haya visto de alguna manera perjudicada por la decisión judicial; en ese sentido, el gravamen existe en cualquier diferencia perjudicial entre lo pedido por la parte y lo concedido en la resolución judicial, pudiendo ser muy variado y afectar a aspectos accesorios de la pretensión principal. Por su parte, la **STS de 21 de noviembre de 2006**, Sala Tercera, I.L. J 2040, en materia de expediente de regulación de empleo, entiende que un trabajador a título individual, aunque esté afectado por dicho expediente, no está legitimado para interve-

nir en el procedimiento de regulación de empleo, en el cual, únicamente ostentarán la condición de parte interesada, la empresa y los trabajadores a través de sus respectivos representantes legales.

D) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 25 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1723, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo en el que se reclama el encuadramiento en un determinado grupo profesional. El TS fundamenta su decisión, no sólo en el hecho de que la demanda se acciona a favor de un grupo homogéneo de trabajadores, sino que el contenido de la pretensión es de carácter jurídico que precisa la interpretación de los preceptos de dos convenios colectivos. Por otro lado, la **STSJ de La Rioja de 7 de julio de 2006,** I.L. J 1829, confirma la sentencia de instancia, la cual estima inadecuado el procedimiento de vacaciones, dado que el reconocimiento del derecho al disfrute de unas vacaciones correspondientes al año anterior excede del objeto propio de esta modalidad procesal. La pretensión debería haberse ejercitado a través del procedimiento ordinario, que exige conciliación judicial. Por su parte, la **STS de 18 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1982, considera adecuado el procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical: la demanda se funda en la lesión del contenido constitucional de la libertad sindical (constituido, entre otros derechos y garantías, por el derecho a la utilización del tablón de anuncios) y no en una interpretación de un precepto del convenio colectivo, el cual no tendría encaje en el proceso de tutela.

E) Litispendencia

La **STS de 20 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1907, desestima la excepción de litispendencia (previamente estimada en la instancia), por no concurrir la identidad de todos los elementos esenciales de ambos procesos. En el primero de ellos, se discutía el salario que la parte actora percibía. El segundo, en el que se alegó la citada excepción, versaba sobre el reconocimiento de una pensión de jubilación. Concluye el TS que, aunque ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, ello podría haber servido de base para el efecto positivo de cosa juzgada, pero entiende que no existe la identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos.

F) Prescripción

Como consecuencia de un pacto de suspensión del contrato de trabajo por expreso acuerdo de ambas partes, y no de un acuerdo de extinción, la empleadora mantuvo el compromiso de abonar determinadas cantidades hasta que el trabajador alcanzara el derecho al percibo de la pensión de jubilación. Ante dicho escenario, la **STS de 3 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1698, entiende que la parte ha ejercitado acciones para el abono de percepciones económicas de tracto sucesivo, cuyo plazo de prescripción es de un año desde su respectivo vencimiento, encontrándose únicamente prescritas las cantidades un

año anteriores a la fecha de la reclamación extrajudicial. En el mismo sentido, las **SSTS de 3 y 9 de octubre y 14 de noviembre de 2006,** I.L. J 1922, 1778 y 1904, todas de la Sala Cuarta, declaran que la acción ejercitada para percibir cantidades que se devengan en tracto sucesivo, prescribe en el transcurso de un año computado desde el día en que la acción pudo ejercitarse (artículo 59.2 ET). Por su parte, las **SSTS de 19 de septiembre y 21 de diciembre de 2006**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1731 y 2166, consideran que la acción colectiva no tiene plazo inicial del cómputo de la prescripción mientras permanezca vigente el convenio colectivo y, ello, sin perjuicio, de la prescripción relativa a la acción que pudiera ejercitarse a título individual. En consecuencia, durante la vigencia del convenio colectivo, no nace el plazo inicial de la prescripción 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 colectivo, pues, en otro caso, se truncaría la finalidad de evitar sentencias contradictorias y se atentaría contra el principio de economía procesal. De otro lado, la **STS de 18 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1845, entiende que, a pesar de que el proceso de conflicto colectivo y el proceso de impugnación de convenios colectivos tienen objetos y finalidades distintos, reúnen suficientes semejanzas para que la cualidad interruptiva de la prescripción que se atribuye a los procesos de conflicto colectivo sea extrapolable a los procesos de impugnación colectivos. Finalmente, la **STS de 15 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1884, reconoce que en los casos en que se interponga una demanda de oficio para obtener una resolución judicial previa, en el marco de un expediente administrativo sancionador, que declare si existe, o no, una cesión ilegal de trabajadores, no cabe aplicar el plazo de prescripción del artículo 59 ET, que está previsto para la relación laboral y para las partes que la configuran, ya que quien ejercita la acción en el procedimiento de oficio es la Autoridad Laboral, la cual no es parte en el contrato de trabajo sino un tercero respecto del mismo.

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. DENEGACIÓN

En una reclamación en la que la parte actora reclamaba el pago de una comisión, el Juzgado de instancia denegó a dicha parte la práctica de la prueba consistente en la exhibición de los libros de la demandada. La sentencia de instancia desestimó la demanda precisamente por no haberse acreditado la operación comercial de la que traía causa la comisión reclamada y en trámite de suplicación el actor no obtiene tutela judicial efectiva. La **STC 292/2006, de 10 de octubre** (recurso de amparo 5958/2006), I.L. J 1937, otorga amparo al recurrente y afirma la conexión existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. Razona el TC en el sentido de determinar que lo decisivo en este caso es que la desestimación de la pretensión se fundamente en la propia consecuencia de la "(...) conculcación por el órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado (...)". A mayor abundamiento, el TC, remitiéndose a la doctrina constitucional, dice que "(...) en el proceso laboral los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida, a cuyo fin deben ser también ex-

haustivos en la introducción del material probatorio, a fin de obtener dicha plenitud del material instructorio sobre los hechos controvertidos en el proceso (...)". Para el TC, en el caso enjuiciado era incuestionable que estaba fuera del alcance del trabajador acreditar el percibo por la empresa de determinadas cantidades –hecho en el que fundamentaba su pretensión– y que, por tanto, al denegársele injustificadamente la práctica de la prueba con la que pretendía acreditar su reclamación, se le situó en una manifiesta indefensión equiparable a una verdadera denegación de justicia.

10. SENTENCIA

A) Incongruencia. Inexistencia

Resulta de interés el Fundamento de Derecho Cuarto de la **STS de 8 de noviembre de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1900. Con cita de numerosas sentencias del TC, esta sentencia expone, entre otros argumentos, que el deber de congruencia tiene como objetivo evitar "(...) que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones (...) la confrontación entre su parte dispositiva [de la sentencia] y el objeto del proceso (...)". Entiende el TS que, en este caso, no se produjo incongruencia, pues la Sala de instancia dio respuesta cumplida a la pretensión ejercitada con plena coherencia y ello, con independencia de la solidez o acierto de sus argumentos.

B) Insuficiencia de hechos probados

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de julio de 2006**, I.L. J 1661, declara que la hipotética insuficiencia del relato fáctico de la sentencia de instancia no causa indefensión a los efectos de declarar su nulidad, ya que dicho defecto puede ser subsanado mediante la técnica impugnatoria prevista en el artículo 191.b) LPL (revisión de hechos probados), "(...) remedio menos drástico y oneroso que el de la nulidad de la sentencia (...)".

C) Motivación

"(...) Deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (...)". Éste es el razonamiento de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de julio de 2006**, I.L. J 2051, por cuanto así se responde a la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión y de permitir su control jurisdiccional mediante los correspondientes recursos.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Incapacidad temporal. Incompatibilidad

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de junio de 2006**, I.L. J 1656, declara la incompatibilidad del percibo de salarios de tramitación con la prestación por incapacidad

temporal y, en este sentido, alude a las SSTS de 21 de diciembre de 2004 y 28 de mayo de 1999 (ambas dictadas en unificación de doctrina). No obstante, ello no impide que el Juzgado se pronuncie sobre la fecha hasta la que esos salarios corresponderían, pues la empresa sí queda obligada a seguir cotizando a la Seguridad Social durante dicho período.

B) Exención. ¿Error excusable?

La **STS de 13 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1781, diferencia entre consignación defectuosa por error excusable y aquella otra insuficiente por negligencia o error no disculpable. En este caso declara la existencia de error excusable y, en consecuencia, la paralización de los salarios de tramitación, por cuanto la determinación de la cuantía del salario de la parte demandante no fue pacífica ni en la instancia ni en suplicación –en suplicación se revocó lo decidido en la instancia a este respecto–, existiendo por tanto una dificultad jurídica en la determinación del salario regulador a los efectos de calcular la indemnización por despido, y no una actitud negligente o evidente error de la empresa. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 31 de agosto de 2006**, I.L. J 2259, en el que se cometió un error en el cálculo de la indemnización al tenerse en cuenta una antigüedad inferior sobre la que existía una "discrepancia razonable".

C) Limitación temporal

¿Hasta qué fecha devenga el trabajador despedido el derecho a percibir salarios de tramitación, cuando la empresa efectúa el depósito judicial transcurrido el plazo de 48 horas desde el despido pero antes de la conciliación? La **STS de 24 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1714, es clara en precisar que la fecha en que se realiza el depósito judicial al que se refiere el artículo 56 ET determina el no devengo de salarios de trámite (si el depósito se realiza en las 48 horas siguientes al despido) o bien los limita a la fecha del depósito (si éste se realiza antes de la conciliación), en el bien entendido que, en todo caso, deben cumplirse el resto de requisitos que establece el citado artículo 56 ET. Por su parte, la **STS de 23 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1874, declara la limitación de dichos salarios en un supuesto en el que la empresa no reconoció de forma expresa la improcedencia del despido. Razona el TS que el ET no impone una forma determinada de reconocer la improcedencia del despido como requisito *ad solemnitatem* y que, por ello, hay que estar a las circunstancias concurrentes para determinar si existe un reconocimiento tácito a falta de reconocimiento expreso; en este caso, el abono de la indemnización al trabajador implicó un reconocimiento tácito de la improcedencia de la extinción y, por tanto, el no devengo de los salarios de tramitación.

D) Depósito. Cómputo del plazo de 48 horas

Resulta interesante la **STS de 16 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1844, por cuanto establece que el plazo de 48 horas establecido en el artículo 56.2 ET tiene naturaleza procesal. Y ello, porque la actividad que en dicho plazo se requiere –depósito de la indem-

nización por despido– ha de realizarse ante un órgano judicial y, en consecuencia, tiene que existir la posibilidad material de realizarla por encontrarse abiertas las dependencias judiciales. Por ello, los sábados deben considerarse inhábiles a este respecto.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La **STS de 18 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1768, sintetiza los criterios interpretativos de la "afectación general" como requisito para la interposición del correspondiente recurso de suplicación, y establece que: (a) la afectación general es un concepto jurídico indeterminado, (b) supone una situación de conflicto generalizada, (c) ello es también aplicable respecto de las reclamaciones frente a la Seguridad Social, (d) la afectación personal no se confunde con el ámbito personal de las normas jurídicas, (e) la alegación y prueba de la afectación general no es necesaria cuando se trata de hechos notorios, o bien, en aquellos casos en los que el asunto "(...) posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes (...)", (f) esta notoriedad no tiene que ser la "absoluta y general" a la que se refiere el artículo 281.4 LEC, (g) el "contenido de generalidad" es una categoría próxima a la notoriedad, en que la evidencia de afección múltiple es de menor intensidad, (h) fuera de los supuestos anteriores, será necesaria la alegación y prueba de la afectación múltiple, (i) la apreciación sobre tales extremos corresponde al Juez de instancia y, posteriormente, a las Salas de los TTSSJ y del TS, (j) la apertura de la suplicación por este cauce persigue tanto la concesión de recurso a los afectados, cuanto conseguir la unificación de doctrina judicial, (k) "(...) al ser la afectación múltiple un concepto jurídico, en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de un modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión (...)", (l) el recurso para la unificación de doctrina ha de estimarse cuando la sentencia recurrida ignore los anteriores criterios. En el mismo sentido se han pronunciado las **SSTS de 13, 16 y 24 de octubre y de 22 y 27 de noviembre de 2006**, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1678, 1679, 2021, 2102 y 1901.

b) Cuantía litigiosa

A los efectos de determinar si la cuantía litigiosa excede de 300.000 pesetas (1.803,04 euros) cuando se reclama una prestación periódica –en este caso de la Seguridad Social– habrá que estar al importe anual de la diferencia reclamada. Así lo ha entendido la **STS de 18 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1735. Por su parte, la **STS de 20 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 2092, establece que si existen varias demandas de cuantía inferior al límite de 300.000 pesetas (1.803,04 euros) bastará con que una supere esa cifra para que el conjunto acumulado sea susceptible del recurso de suplicación.

B) Modificación de hechos probados

La **STSJ de Navarra de 30 de junio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 2268, recuerda que para que prospere la revisión fáctica es preciso que: (a) la equivocación que se imputa al juzgador *a quo* resulte patente sin necesidad de llevar a cabo conjeturas, (b) se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo una redacción alternativa, (c) los resultados postulados no queden desvirtuados por otros medios de prueba y (d) las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La **STS de 18 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1771, declara que "(...) no puede ser objeto de este singular y excepcional recurso para la unificación doctrinal la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida (...)". Asimismo, las **SSTS de 23 de octubre de 2006 y 22 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1823 y 2221, desestiman el recurso de casación para la unificación de doctrina al corresponderse lo resuelto por la sentencia recurrida con la doctrina sentada por la Sala de lo Social del TS. Por otro lado, la **STS de 27 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1734, declara que la falta de agotamiento de la vía administrativa previa carece de contenido casacional, al no ser determinante de ninguna indefensión y no encajar en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 205 LPL. Por último, la **STS de 29 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 2063, recuerda que de acuerdo con doctrina reiterada de la Sala "(…) las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, 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 de carácter general (…)".

B) Contradicción

a) Requisitos materiales

El requisito de la contradicción de sentencias que regula el artículo 217 LPL exige que las resoluciones que se comparen contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En este sentido se han pronunciado las **SSTS de 5 y 17 de octubre, y de 20 de noviembre 2006**, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1700, 1796 y 1880.

b) Firmeza de la sentencia de contraste

Las **SSTS de 2 de octubre y 22 de noviembre de 2006**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1932 y 2026, señalan que la exigencia recogida en el artículo 217 LPL de aportar una sentencia contradictoria implica que la sentencia de contraste debe tener la condición de firme en el momento de la publicación de la sentencia recurrida.

c) Unificación de doctrina sobre normas procesales

Pueden ser objeto de unificación de doctrina tanto la aplicación de normas sustantivas como procesales. Así lo entiende la **STS de 27 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1734, aunque también establece que no toda disposición procesal es eficaz para ello, pues de acuerdo con el carácter extraordinario de este recurso ha de tratarse de infracciones procesales susceptibles de dar lugar a casación de conformidad al artículo 205 LPL.

d) Falta de contradicción

La **STS de 17 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1853, recuerda que las diferencias de matiz en los hechos probados en ambas resoluciones pueden ser determinantes de dos pronunciamientos diferentes que, precisamente a causa de esas diferencias, no sean contradictorios, conteniendo ambos pronunciamientos idéntica doctrina pero interpretando de forma distinta los hechos declarados probados. Asimismo, la **STS de 7 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta I.L. J 1782, no estima la existencia de contradicción, ya que a pesar de que ambas sentencias recaen sobre idénticas pretensiones de Seguridad Social, en función de la distinta fecha del hecho causante resulta de aplicación una normativa distinta, lo que hace inviable la posibilidad de contradicción judicial.

C) Necesidad de invocar y fundamentar la infracción legal

La **STS de 18 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1720, desestima el recurso planteado por incurrir el escrito de formalización del recurso en el defecto insubsanable de no articular ni fundamentar motivos de infracción legal. Conforme a una reiterada doctrina de la Sala, este recurso, como extraordinario que es, debe estar fundado en motivos de infracción de Ley, sin que sea posible suplir la falta de denuncia de infracción a través del presupuesto de contradicción de sentencias. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 10 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1931. De otro lado, las **SSTS de 3 de octubre y 26 de diciembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1920 y 2162, desestiman el recurso interpuesto porque, a pesar de que se concretaron las infracciones legales, no se fundamentaban tales infracciones.

D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la **STS de 22 de diciembre de 2006**, Sala Tercera, I.L. J 2076, a los efectos de determinar la cuantía del procedimiento en materia de

cuotas por débitos a la Seguridad Social, reitera que deberá estarse a las cuotas mensuales y no a la cuantía total reclamada, por cuanto tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes.

14. RECURSO DE CASACIÓN. DEFECTUOSA FORMULACIÓN

La **STS de 5 de diciembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1999, desestima el recurso de casación interpuesto ya que el recurrente fundamenta el recurso en hechos no contemplados en la sentencia que se recurre. Asimismo, la **STS de 18 de diciembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 2126, desestima igualmente el recurso por no identificar la jurisprudencia que se considera infringida ni citar las sentencias que la integran.

15. RECURSO DE REVISIÓN

A) Resoluciones recurribles. No cabe frente a Autos

La **STS de 3 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1695, aplicando la doctrina de la Sala, en relación con los artículos 234.1 LPL y 509 y siguientes LEC, señala que el recurso de revisión sólo se permite frente a las sentencias firmes, siendo motivo suficiente para desestimarlo que éste se refiera a un Auto del Juzgado de lo Social que aprobó la avenencia alcanzada en el acto previo al juicio.

B) Maquinación fraudulenta

La **STS de 22 de noviembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 2104, declara que el concepto de maquinación fraudulenta debe ser entendido no sólo como "(...) las maniobras maliciosas del actor con miras a sustraer al demandado el conocimiento del proceso dirigido contra él, eliminándole, así, la posibilidad de defensa, sino también aquella conducta consistente en omitir cierta diligencia aunque sea mínima, destinada a suministrar al órgano judicial el conocimiento del domicilio del demandado y evitar la indefensión que pueda provocar la citación por edictos (...)".

C) Documentos que habilitan el recurso

¿Qué son "documentos recobrados"? ¿Los que existían con anterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia objeto de revisión? ¿Se ha de entender que son también los documentos surgidos con posterioridad a esa fecha? Pues bien, pese a que el actual artículo 510.1 LEC matiza esta cuestión, la **STS de 2 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1913, mantiene que "(...) los documentos a los que se refiere esta causa de revisión son únicamente aquellos que existían con anterioridad a la fecha en que se dictó tal sentencia

(...)". Por su parte, la **STS de 11 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1818, declara que no pueden tener la consideración de documentos retenidos ni recobrados las sentencias firmes dictadas con posterioridad a la sentencia de la que se pretende la revisión.

16. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA JUDICIAL

La **STC 337/2006, de 11 de diciembre** (recurso de amparo 3050/2003), I.L. J 1973, declara que, sólo puede entenderse agotada la vía judicial y, así, accederse al amparo, cuando el proceso haya finalizado por haber recaído una resolución definitiva. De esta forma, si coexiste temporalmente un proceso de amparo con la vía judicial (en el presente caso concurría la petición de nulidad de la sentencia vulneradora del derecho fundamental –artículo 24 CE– al tiempo de interponer la demanda de amparo), aquél debe inadmitirse por falta de agotamiento de la vía judicial.

17. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. INTERESES

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de abril de 2006** I.L. J 2082, declara que los intereses de demora deben abonarse desde la fecha de la notificación de la sentencia y no desde la fecha en que ésta fue dictada.

18. COSTAS

En su **STS de 18 de octubre de 2006**, I.L. J 1771, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo declara la improcedencia de la condena al pago de costas impuesta a la empresa recurrida al estimarse el recurso de suplicación. El TS señala que la parte vencida en el recurso a la que alude el artículo 233.1 LPL es exclusivamente aquella que ha actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria haya sido rechazada.

Lourdes Martín Flórez
Raúl Boo Vicente
Rosa María Domínguez González
Ana Navascués Sarratea

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. La responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. A) Delimitación. B) Ruptura del nexo causal: imprudencia temeraria del trabajador. C) Deber de formación e información: orden de trabajo. D) Deber de protección del empresario. a) Alcance. b) Deficiente evaluación de los riesgos. c) Armadores de barco. E) Indemnización por daños y perjuicios. a) Exclusión del capital coste de renta de la pensión de Incapacidad Permanente Total. b) Criterios de fijación del *quantum* indemnizatorio: valoración del daño moral. F) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista. a) Delimitación. b) Requisitos de aplicación. c) Existencia. **2. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Delimitación. B) Requisitos: existencia de un nexo causal. C) Imprudencia temeraria del trabajador. D) Fijación del porcentaje: gravedad de la falta empresarial. E) *Non bis in idem*. **3. Riesgos psicosociales: estrés laboral. 4. Comité de seguridad y salud: derecho a acudir a sus reuniones.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas XIII a XVI de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* del año 2006.

Respecto de anteriores comentarios, las principales novedades son el análisis del estrés laboral como riesgo psicosocial y, por lo tanto, la obligación del empresario de proteger a sus trabajadores frente a dichas conductas; la concreción de quién puede acudir a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y la valoración del daño moral a la hora de fijar la indemnización por daños y perjuicios. Más allá de estas cuestiones, el recargo de prestaciones y la existencia de responsabilidad empresarial sigue siendo el objeto de estudio jurisprudencial prioritario. Es de resaltar la Sentencia del TSJ de Valencia de 6 de

abril de 2006, I.L. J 2272, crónica XVI, por la claridad y su acertada exposición a la hora de delimitar la responsabilidad empresarial, la imposición del recargo de prestaciones, así como la reparación de los daños producidos.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Delimitación

En la **STSJ de Valencia de 6 de abril de 2006**, I.L. J 2272, se analiza la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales. Así, su ausencia implica una responsabilidad directa de la empresa incumplidora, por aplicación de los artículos 1101 y 1902 del CC, según los cuales el que cause un daño al otro tiene la obligación de repararlo o compensarlo, abarcando dicha reparación el daño emergente, el lucro cesante, los daños materiales y también los morales.

Para que proceda la declaración de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo debe acreditarse una conducta culposa, negligente o descuidada por parte del empresario, exigiéndose un claro nexo causal entre dicho incumplimiento y el resultado dañoso, lo que se conoce como teoría de la causalidad adecuada o eficiente, de tal forma que la conducta empresarial debe ser causa directa del resultado dañoso ocasionado, sin que quede exonerada por un incumplimiento de las obligaciones del trabajador, pues para que eso ocurra es necesaria una imprudencia temeraria del trabajador, que rompa el nexo causal con el resultado producido.

En el caso concreto, no consta que hubiera recibido información adecuada sobre la forma de realizar el trabajo, lo que, entre otras causas, demuestra que el empresario no fue diligente a la hora de ordenar el trabajo y que no se trataba de un caso fortuito, sin que ello implique una responsabilidad cuasiobjetiva. Esta obligación impuesta *ex lege* debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo por el empleador constituye un incumplimiento del contrato de trabajo.

B) Ruptura del nexo causal: imprudencia temeraria del trabajador

En el fallo de la **STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2006**, I.L. J 1659, se afirma que para que pueda declararse la responsabilidad de la empresa, que no obedece a estrictos criterios de responsabilidad objetiva, es menester no sólo que exista omisión de las medidas de seguridad, sino que, además, la misma sea relevante o cuando menos coadyuvante en la causación del accidente. En este caso, el trabajador no se encontraba en su puesto de trabajo sino en otro en el que expresamente estaba prohibido su acceso, por lo que concurre una actitud manifiestamente imprudente del trabajador, que rompe el nexo causal y exime al empresario de su responsabilidad.

C) Deber de formación e información: orden de trabajo

De nuevo, el TSJ de Valencia, en su **STSJ de Valencia de 6 de abril de 2006**, I.L. J 2272, analiza una manifestación del incumplimiento de la responsabilidad empresarial, en concreto la ausencia de una correcta planificación de la actividad del trabajo, incluidas las órdenes precisas de cómo actuar, en lo que el Tribunal denomina orden de trabajo. En este caso, lo determinante fue la inexistencia de dicha orden, lo que supone que la causa directa del accidente fue la ausencia de una información adecuada y proporcionada por la empresa, ya que si el trabajador hubiera tenido pleno conocimiento sobre la correcta y adecuada forma de ejecución del trabajo encomendado el accidente no se habría producido. Tal ausencia de la debida planificación precisa del trabajo, encomendando al trabajador las tareas sin control ninguno por persona más cualificada o técnico, supone un claro incumplimiento de los deberes del empresario en esta materia, que debió, en todo caso, adoptar cuantas medidas hubieran sido necesarias en materia de protección frente a los riesgos laborales y no dejar la decisión a criterio exclusivo del trabajador, que ya había manifestado su temor a realizar la tarea encomendada.

Profundizando en esta cuestión, la **STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006**, I.L. J 1635, considera a la empresa responsable del accidente por no haber informado al trabajador de las especificaciones previstas en el Plan de seguridad y salud, y también por no haberle formado de una manera suficiente y adecuada en materia preventiva, lo que supone una patente omisión por parte de la empresa de las medidas que le exigía el cabal cumplimiento de la deuda de seguridad contraída con aquel trabajador.

D) Deber de protección del empresario

a) Alcance

Respecto del contenido de la deuda de seguridad del empresario, las **SSTSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006**, I.L. J 1635; **de Cantabria de 15 de junio de 2006**, I.L. J 1793; **de Cantabria de 2 de noviembre de 2006**, I.L. J 2243 y **de Valencia de 6 de abril de 2006**, I.L. J 2272, analizan el alcance del deber de seguridad o deuda de seguridad que el empresario tiene con sus trabajadores. En este sentido, los artículos 4.2.d) y 19.1 del ET, establecen como un derecho básico de la relación laboral el deber de seguridad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, así como el derecho de los mismos a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. A su vez, los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la LPRL especifican el contenido de deber de protección del empresario, siendo un deber incondicionado y prácticamente ilimitado, que comprende, incluso, los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador o de un tercero.

Esta obligación de conocimiento de los riesgos y la adopción de todos los medios para evitarlos, aunque no sea un deber de vigilancia continuo o absoluto, se manifiesta en la identificación y evaluación de los riesgos, que es lo que permite establecer las medidas correctoras de aplicación y organizar el trabajo de la manera más adecuada a la finalidad de aminorar el riesgo o evitar sus consecuencias. Ello no implica que el mero acaecimien-

to del accidente implique necesariamente violación de las medidas de seguridad pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

b) Deficiente evaluación de los riesgos

La **STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2006**, I.L. J 1793, determina la responsabilidad empresarial por el incumplimiento del deber de evaluación de los riesgos, que implica que el empresario es el responsable de los daños producidos, puesto que la imprevisibilidad de un determinado riesgo puede valorarse una vez que se ha encomendado a los técnicos especializados la detección y evaluación de los riesgos existentes, pero no si no se ha tenido esa diligencia mínima exigible. En este caso, existe una deficiencia en la evaluación del riesgo y en la planificación de la actividad preventiva, lo que supone un incumplimiento de una medida especial de prevención.

c) Armadores de barco

La **STSJ de Cantabria de 2 de noviembre de 2006**, I.L. J 2243, estudia el contenido específico del deber de seguridad de un armador de barco, cuyas normas obligan al armador a establecer mecanismos de seguridad que eviten los riesgos derivados de la rotura e impacto de cables en el buque. En este caso no se hizo, lo que lleva a afirmar al Tribunal que, de haberse instalados estos mecanismos de control y seguridad, el accidente no se habría producido, pese a la rotura. Por otra parte, y frente a la afirmación del armador de que el accidente fue imprevisible e inevitable, de la norma específica se deduce que, precisamente, estos hechos son previsibles y que, por lo tanto, se imponen estas normas de seguridad para evitar sus consecuencias.

E) Indemnización por daños y perjuicios

a) Exclusión del capital coste de renta de la pensión de Incapacidad Permanente Total

La **STSJ de Valencia de 6 de abril de 2006**, I.L. J 2272, se plantea la cuestión de si dentro del *quantum* indemnizatorio debe o no descontarse el importe correspondiente al capital coste de renta de la pensión de incapacidad permanente total, y cuya finalidad es asegurarse el pago de la referida pensión. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de febrero de 2005, que indica:

> "las prestaciones de la seguridad social no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, pero se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse si no hubieran

> existido tales prestaciones, ya que las mismas no alteran ese importe total y no pueden adicionarse al mismo porque se produciría un exceso carente de causa como resulta evidente si se tiene en cuenta que el asegurado social percibiría indemnización superior a quien no estuviese cubierto por tal aseguramiento y hubiese sufrido daño equivalente por culpa también equiparable. Puesto que el importe acreditado y no controvertidamente abonable como responsabilidad civil total es inferior al de las prestaciones deducibles en el presente caso, no existe diferencia alguna susceptible de pago. (…) el capital coste de la pensión de invalidez permanente es la cuantía correspondiente a tal pensión, obviamente, y por ello mismo incursa en las prestaciones deducibles de la indemnización total reclamada según la doctrina expuesta, ya que es la forma de comparar y compensar prestaciones de tracto único y de tracto sucesivo, mediante la capitalización correspondiente a esta última, sin que haya razón para aplicar tratamiento distinto a las de uno y otro carácter".

Por lo tanto, en la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo, deben deducirse las prestaciones reconocidas al trabajador dentro del ámbito de la seguridad social, entre ellas, el importe del capital costa renta de la pensión. La consecuencia de ello es la ausencia de un derecho a la indemnización solicitada en concepto de daños y perjuicios por tales conceptos, que son los que inciden directamente en el ámbito profesional o laboral del accidentado, cuando respecto a ellos ya habría existido la oportuna compensación. Ahora bien, se mantiene que existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse, así como que deben detraerse las prestaciones de la seguridad social.

b) Criterios de fijación del *quantum* indemnizatorio: valoración del daño moral

De nuevo, la **STSJ de Valencia de 6 de abril de 2006**, I.L. J 2272, establece que, a falta de norma legal expresa en materia laboral, la indemnización alcanzará sin limitación los daños y perjuicios que se acrediten del accidente de trabajo, aunque para facilitar la prueba o para formar el criterio judicial valorativo los órganos judiciales puedan acudir analógicamente a otras normas del ordenamiento jurídico. A su vez, y como manifestación del principio general de nuestro ordenamiento, presente entre otros en los artículos 1101 y 1902 del CC, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral, y a falta de norma que bareme las indemnizaciones o establezca topes en su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios –daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales–, que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social.

En este supuesto, la sentencia recurrida tuvo en cuenta los daños morales derivados del accidente sufrido por el trabajador, siendo patente la incidencia de las consecuencias del accidente en los aspectos personales, familiares y sociales, tanto del mismo como de las personas dependientes y que le rodean, por lo que dicho impacto ha de ser considerado en la indemnización.

F) Responsabilidad solidaria entre empresa contratista y subcontratista

a) Delimitación

La **STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2006**, I.L. J 1793, afirma:

> "Es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control."

b) Requisitos de aplicación

Nuevamente, la **STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2006**, I.L. J 1793, fija los requisitos que tienen que concurrir para que exista responsabilidad solidaria entre los distintos empresarios. En primer lugar, que el empresario principal sea el titular del centro de trabajo; en segundo lugar, que la actividad de la empresa contratista o subcontratista sea la misma que la del empresario principal y, en tercer lugar, que exista una relación jurídica entre la empresa principal y la contratista en virtud de la cual aquélla encomienda a ésta la realización de una obra o servicio. En este caso falta el requisito de propia actividad, ya que la mera cesión del espacio no integra los supuestos del artículo 24 de la LPRL, ni tampoco consta la presencia o participación de trabajadores del empresario principal en el lugar del accidente.

c) Existencia

En la **STSJ de Andalucía de 9 de marzo de 2006**, I.L. J 2079, reconoce la responsabilidad solidaria de distintas Administraciones públicas a la hora del pago del recargo de prestaciones ya que dos de las Administraciones involucradas asumen la dirección técnica de las obras y la coordinación de seguridad y salud, respectivamente, por lo que las hace responsables solidarias del recargo de prestaciones junto con el Ayuntamiento demandante, aunque las obras no se desarrollasen en los centros propiedad de aquéllas, por aplicación de los principios que rigen los supuestos de realización de obras de manera coordinada. En este caso, el Tribunal aplica de manera analógica la doctrina judicial del recargo de prestaciones en los supuestos de contrata de obras.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Delimitación

La **STSJ de Cantabria de 2 de noviembre de 2006**, I.L. J 2243, delimita el supuesto de hecho que ha de producirse para imponer el recargo de prestaciones. Así, la imposición

del recargo exige la prueba de infracción de las medidas de seguridad en el trabajo, concreta e imputable a la empresa infractora, además de una relación de causalidad entre la infracción denunciada y probada, y el resultado lesivo del accidente. Por ello, la imposición de una sanción por infracción de medidas de seguridad no establece de forma mecánica la imposición del recargo, sino que es necesario que la infracción sea la causa de las lesiones sufridas por el trabajador, debiendo aplicarse restrictivamente la medida sancionadora impuesta.

B) Requisitos: existencia de un nexo causal

La **STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2006**, I.L. J 1793, recuerda la necesidad de que exista un nexo causal para aplicar el recargo de prestaciones.

Así, para que proceda su aplicación se exige:

> "la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física del trabajador y la conducta pasiva del empresario, consistente en omitir las medidas de seguridad impuestas por la legislación vigente, excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento se produce de manera fortuita, de manera imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empresario de alguna norma de prevención; omisión que puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad, para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores".

C) Imprudencia temeraria del trabajador

La **STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2006**, I.L. J 1793, entiende por imprudencia temeraria del trabajador:

> "la omisión de las más elementales precauciones que el deber objetivo de cuidado exige a cualquier persona en general".

En este caso, fue una conducta imprudente pero no temeraria, ya que hubo una falta de cuidado y negligencia normal, al no haber adoptado o extremado las medidas de cuidado exigibles en el trabajo concreto que realizaba, lo que se tiene en cuenta para fijar el porcentaje del recargo pero sin que dicha conducta tenga entidad suficiente para romper el nexo causal.

D) Fijación del porcentaje: gravedad de la falta empresarial

La **STSJ de Cantabria de 2 de noviembre de 2006**, I.L. J 2243, recuerda que la fijación del porcentaje del recargo debe atender a la gravedad de la infracción que genera el ac-

cidente sufrido, y a otras circunstancias como la peligrosidad de la actividad, número de trabajadores afectados y grado en el que lo han sido, actitud general de la empresa en materia de prevención, posible concurrencia de responsabilidad del trabajador, etc. Hay que tener en cuenta que el artículo 123 de la LGSS no contiene criterios precisos de atribución entre el 30% y el 50%, pero sí que indica una directriz general: "la gravedad de la falta". Ello supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez en la determinación del porcentaje, pudiendo revisarse cuando el recargo no guarde proporción con dicha regla. Así sucede cuando se fija una cuantía porcentual mínima para una infracción muy grave o viceversa. Por ello, lo relevante no son propiamente los daños causados sino las circunstancias concurrentes que permitan valorar y graduar la culpa del empresario en la producción del siniestro.

E) *Non bis in idem*

En la **STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006**, I.L. J 1635, se trae a colación la doctrina jurisprudencial sobre la vulneración del principio *non bis in idem* entre el recargo de prestaciones y la sanción administrativa. Así, aplicando la doctrina tradicional al respecto, afirma que la posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comporta la vulneración de dicho principio, pues no imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen por ello desde perspectivas diferentes, como ilícito penal y como infracción administrativa. El recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, mientras que la sanción responde a la potestad estatal de imponer la protección de los trabajadores. Por ello, la revocación en vía administrativa de la sanción impuesta a la empresa no incide en la imposición del recargo.

3. RIESGOS PSICOSOCIALES: ESTRÉS LABORAL

En la **STSJ de Cantabria de 27 de junio de 2006**, I.L. J 1951, se incluye, dentro de las obligaciones del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, la de prevenir la aparición de posibles conductas de estrés o, una vez aparecidas éstas, adecuar las condiciones del puesto de trabajo a tales condiciones personales del trabajador, incluido el cambio de puesto de trabajo. Ello es así puesto que los riesgos psicosociales se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LPRL, lo que implica que el empresario tiene la obligación de identificarlos y eliminarlos, así como la evaluación de los que no han podido ser evitados, aplicando las medidas resultantes de la evaluación mediante una acción planificada para la prevención de estos riesgos, según lo establecido en los artículos 3, 9 y 15 de la LPRL.

Al hilo de este tema, se trae a colación el Acuerdo Marco sobre estrés laboral firmado por los interlocutores sociales europeos en el año 2004. El acuerdo, aparte de definir el estrés y llamar la atención sobre este problema, se centra en aquellos supuestos en los que esta

circunstancia está provocada por elementos relacionados con el trabajo, como, por ejemplo, su contenido, organización, medio laboral, un déficit de comunicación o cómo una misma situación puede afectar de manera distinta según la persona. Por ello, la dificultad para abordar el estrés es mayor que en otros riesgos. El Acuerdo sugiere el análisis de determinadas circunstancias como la organización productiva y los procesos de trabajo, las condiciones de trabajo y el medio ambiente laboral.

4. COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD: DERECHO A ACUDIR A SUS REUNIONES

En la **STSJ de Cantabria de 4 de octubre de 2006**, I.L. J 1955, se establece la nulidad de la prohibición de comparencia de un trabajador en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud que cuenta con una especial cualificación en la materia. En este sentido, la empresa se negó a que el trabajador asistiese a las reuniones de dicho Órgano ya que no pertenecía a la representación unitaria de los trabajadores. El Tribunal se basa en la regulación del artículo 38.2 de la LPRL, que permite que acudan a dichas reuniones, entre otros, trabajadores que cuenten con una especial cualificación en la materia, como sucede en este caso, dado su carácter paritario y abierto sin que se limite a la representación unitaria. Así, basta con que sea trabajador de la empresa, tenga una especial cualificación o información de las cuestiones debatidas y que así lo solicite alguna de las representaciones en el Comité para permitirle que acuda, con voz pero sin voto, cuando se traten temas específicos, sin que sea necesario que se realice una especial convocatoria ni que tampoco se tenga que justificar el motivo de su presencia.

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martín
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

R. DÍAZ MOLINER

Guía práctica para la prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, Valladolid, 5ª edición, mayo 2007, 693 páginas

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su quinta edición, recorre el largo itinerario que supone el examen de los distintos aspectos en los que tiene presencia la normativa de prevención de riesgos laborales. A lo largo de sus doce capítulos, el autor aborda, de forma minuciosa, el estudio de cada aspecto singular de la temática en cuestión pues es una de las que mayor repercusión tienen sobre el trabajador.

El primer capítulo del libro, además de contemplar la normativa internacional sobre la materia a través de la OIT, establece su evolución en el ámbito nacional, en el que destaca como auténtica norma básica la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Bajo el título de Derechos y Deberes, el capítulo segundo se dedica a la definición y regulación de los derechos y obligaciones que surgen en torno a la existencia de riesgos laborales y su posible prevención. En este sentido, el derecho fundamental de protección al trabajador y el deber básico de protección del empresario se identifican como piezas claves. A su vez, el tercer capítulo contempla los derechos y deberes en situaciones especiales tales como la concurrencia de empresarios, la protección por maternidad, la protección de menores, así como en situaciones de riesgo grave e inminente, de emergencia o accidente grave.

Los capítulos cuarto y quinto se refieren a la actividad y a la organización de la prevención, cuestión fundamental para alcanzar la correcta protección frente a los riesgos laborales.

Los regímenes especiales por circunstancias del entorno laboral, entre otros, los equipos de trabajo, máquinas, pantallas de visualización, equipos de protección individual, ...; los regímenes especiales por la presencia de agentes lesivos, tales como ruido, radiaciones ionizantes, agentes químicos, ...; así como los regímenes especiales por el sector de la actividad: obras de construcción, manejo de explosivos, etc., son aspectos ampliamente estudiados en los capítulos sexto, séptimo y octavo de la presente guía.

Al estudio de las normativas limítrofes dedica el profesor DÍAZ MOLINER el apartado noveno del libro. En él podemos encontrar la normativa peculiar, relacionada con la llamada seguridad del producto, y la normativa industrial, sobre instalaciones eléctricas, frigoríficas y de ascensores y aparatos elevadores.

El capítulo décimo está dedicado al análisis de las distintas responsabilidades derivadas del incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales, con un estudio pormenorizado del régimen de infracciones y sanciones establecido.

Tras aludir a la acción normativa de la Administración, el autor aborda, en el capítulo undécimo, las competencias específicamente administrativas que corresponden a los distintos ámbitos de la Administración, en concreto, a las competencias de la Administración Laboral, dentro de las que tienen una consideración

especial la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Administración Sanitaria, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

La asunción de las medidas de seguridad contra incendios necesarias y la preocupación por los aspectos de protección con respecto a la salud, por vía de adopción y puesta en práctica de medidas higiénicas y por el uso de vacunas, son aspectos contemplados en el último capítulo de este manual.

En esta guía práctica se pretende ofrecer una visión actualizada, completa y práctica de la normativa, incluyéndose en cada apartado analizado una referencia a la normativa vigente, precedida de la indicación de los precedentes legislativos más inmediatos, a la normativa europea y a los convenios de la OIT, en su caso.

El hecho de que nos encontremos ante la quinta edición de la obra pone de relieve la excelente acogida dispensada y el cumplimiento de los fines para los que fue elaborada, es decir, la de servir como punto de referencia a los interesados en la materia.

J.M. **SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ**

Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social

[Lex Nova, Valladolid, junio 2007, 468 páginas

LEX NOVA

La imposición de sanciones por la Administración, en un Estado de Derecho, se rige por determinados principios constitucionales, entre los que destaca el de proporcionalidad según las circunstancias concurrentes en el acto ilícito, de acuerdo con los criterios de graduación legalmente establecidos.

La presente se erige en la primera monografía específica que trata dichos criterios, no sólo en cuanto a las sanciones administrativas en el Orden Social, sino, en general, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

La obra se divide en cuatro exhaustivos capítulos, en cada uno de los cuales se analizan diversos temas. El primer capítulo, bajo la rúbrica "Los criterios de graduación y el derecho administrativo sancionador en el orden social", se centra en la Potestad Sancionadora de la Administración, en los principios de proporcionalidad y de motivación y en los criterios de graduación en otras ramas del Derecho Administrativo.

En los dos siguientes capítulos se desarrollan, por un lado, los criterios generales de graduación –negligencia e intencionalidad del infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de advertencias previas, etc.– y, por otro, los criterios específicos de graduación en materia de prevención de riesgos laborales, de sociedades cooperativas y de extranjería. El último capítulo dedica un contenido al estudio de la aplicación y utilización de los criterios de graduación.

El libro se completa con cuatro anexos, los cuales contienen ejemplos de aplicación de los criterios de graduación, el texto íntegro de dos criterios técnicos y una selección de sentencias relevantes en la materia.

En definitiva, el marcado carácter práctico de la obra puede ser útil, no sólo para que las Autoridades Laborales y los funcionarios del cuerpo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actúen con una mayor precisión jurídica, sino también para que los administrados conozcan mejor los derechos en defensa de sus intereses legítimos.

F.J. **LLANEZA ÁLVAREZ**

Ergonomía y Psicosociología Aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, Valladolid, 8ª edición, mayo 2007, 556 páginas

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su octava edición, se pretende incorporar más herramientas y nuevos casos prácticos que ayuden al futuro ergónomo y le sirvan de argumento para contribuir a la consecu-

ción 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 prevencionistas de nivel superior en esta especialidad, y también para quienes desde el campo preventivo o desde fuera sientan un especial interés por la Ergonomía y Psicosociología y puedan comprender el potencial de dominio y utilidad de una disciplina que estudia la actividad humana y en particular la actividad laboral.

La octava 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.

VVAA

Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público

[Lex Nova, Valladolid, julio 2007, 610 páginas

LEX NOVA

A pesar de los importantes cambios que se vienen produciendo en los últimas décadas y que han llevado a revisar, y en algunos sectores, a reducir el papel y el volumen de la Administración Pública, nadie puede negar la trascendencia de las funciones que le corresponden.

La aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, constituye un hito en la historia de nuestra legislación de la función pública, ya que desarrolla, tras varios intentos fallidos y años de espera, las previsiones constitucionales al respecto.

Conviene resaltar el carácter novedoso de esta nueva Ley en cuanto que incluye en un

mismo texto legal la legislación básica de funcionarios y las normas aplicables específicamente al personal de las Administraciones Públicas con contrato laboral, en gran medida comunes a las de aquéllos.

A lo largo de dieciséis capítulos, la presente monografía hace un comentario sistemático del contenido de la Ley que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, incorporando, al final de la obra, un anexo normativo que facilitará al lector la comprensión y el estudio de su contenido.

Además, se expone con claridad y precisión, la génesis de los preceptos de dicha norma, la mayoría de los cuales tiene su origen en el Informe de la Comisión de Expertos nombrada por el Ministerio de Administraciones Públicas para preparar el Estatuto, y su interpretación, así como un análisis de las perspectivas de su desarrollo.

Finalmente, es preciso destacar que el director de esta obra, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, que presidió dicha Comisión de Expertos, así como el resto de los autores, dos de ellos también miembros de la Comisión, son reconocidos especialistas en materia de empleo público, ya sea en el campo del Derecho Administrativo o del Derecho del Trabajo.

Así pues, este libro resulta de la mayor utilidad no sólo para quienes desean estudiar y comprender el contenido del Estatuto Básico, sino también para quienes tienen la responsabilidad de complementarlo con nuevas normas y de aplicarlo en el ámbito administrativo y judicial.

F.J. **LLANEZA ÁLVAREZ**

Ergonomía forense. Pruebas periciales en prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, marzo 2007, 345 páginas

LEX NOVA

El término "Ergonomía Forense" hace referencia a la aplicación de los conocimientos del campo de la Ergonomía y la Psicosociología aplicada a los asuntos legales, es decir, los especialistas en esta disciplina, ergónomos o ergonomistas, son los profesionales competentes para aportar su testimonio en los juicios sobre los daños causados a la persona en el marco de la actividad laboral o en la relación con los objetos y artefactos en la condición de usuario.

Este libro aborda, desde la expresión pionera del autor (imprescindible para los laboralistas y prevencionistas), un nuevo campo de aplicación de la Ergonomía como son los servicios que esta disciplina puede prestar a la Justicia desde la actividad profesional reconocida por la normativa en prevención de riesgos laborales y ejecutada en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En referencia a nuestro ordenamiento jurídico, los litigantes en un procedimiento judicial, se pueden valer del dictamen de los peritos. Éstos encuentran su respaldo en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha disposición establece, entre los medios de prueba de que pueden valerse las partes litigantes en un procedimiento o litigio judicial, el dictamen de los peritos. El perito ergónomo y su conocimiento del trabajo y de la prevención de riesgos laborales constituyen la fuente de prueba que se plasma en el dictamen como medio aportable al proceso. Desde el punto de vista de los profesionales del Derecho, la ergonomía forense supone un factor importante en la fase procesal de la prueba, principalmente en procedimientos judiciales sobre responsabilidad civil, responsabilidad con recargo de prestaciones para la empresa por falta de medidas de seguridad o sobre incapacidad. Estos peritos intervienen en los pleitos cuando son requeridos por las partes interesadas y designados por el órgano judicial.

Los especialistas en ergonomía son técnicos superiores cuyo reconocimiento legal se encuentra en el Real Decreto 39/1997, de los Servicios de Prevención, y poseen una cualificación en razón de sus conocimientos y experiencia en esta disciplina. Éstos buscan las causas de los riesgos para la salud que tienen un origen laboral, deben garantizar que la salud que se

protege alcanza a todos los aspectos relacionados con el trabajo. En sus dictámenes laborales han de mostrar las causas que estando o habiendo estado presentes en el puesto de trabajo, han ocasionado una psicopatología laboral, tal como el estrés, el *burnout* (síndrome del quemado), o el *mobbing* (acoso psicológico en el trabajo).

Debido al éxito de la primera edición se pone a disposición de los lectores una segunda, presentando siete apartados que abarcan un amplio estudio de la figura del ergónomo forense, una serie de casos, imágenes que facilitan la comprensión, normativa vigente, referencias legales y un amplio glosario que constituyen una herramienta imprescindible para el estudio de esta ciencia y lo convierten en un instrumento eminentemente práctico adecuado para ayudar a aquellos técnicos superiores en prevención de riesgos laborales y especialistas en Ergonomía y Psicosociología aplicada que deseen dedicarse al peritaje judicial, así como a todos aquellos organismos oficiales (Administraciones públicas, órganos judiciales y universidades) cuyas actividades se centren en el trabajo y la Seguridad Social, a las empresas que aspiren a mejorar los aspectos ergonómicos en sus centros de trabajo y, por supuesto, a los profesionales de cuya actividad depende que los trabajadores ejerzan su cometido en un entorno adecuado.

Esta obra plantea, de una manera diferente, los enfoques que la ergonomía hace a otras ciencias y servirá, sin lugar a dudas –por la casuística que presenta–, para la elaboración de los dictámenes e informes que a lo largo de un proceso se puedan necesitar.

VVAA

Formación superior en prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común

[Lex Nova, Valladolid, junio 2007, 700 páginas

LEX NOVA

Los nuevos tiempos de la prevención de riesgos laborales que llegan se caracterizan:

– Por una mayor demanda de profesionales de la prevención que pueden ser contratados directamente.

– Y por prestar una atención especial a las pequeñas y medianas empresas, que son las que tienen más peso en la actividad económica y mayores dificultades en la aplicación de la Ley.

El presente manual, elaborado por técnicos superiores de prevención, inspectores de trabajo, ingenieros y expertos en higiene industrial, ergonomía y medicina de la empresa está dirigido, principalmente, a formar a los técnicos superiores en prevención de riesgos laborales, a partir de una versión adaptada a los nuevos tiempos, aportando una mayor agilidad que favorezca la difusión y el conocimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las pequeñas organizaciones.

Conviene destacar que el presente libro es fruto del esfuerzo realizado para recopilar las materias más sustanciales sin renunciar a nada de lo contenido en el programa oficial de formación recogido en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Para ello se incluye un CD-ROM que contiene toda la normativa actual y que permitirá encontrar de manera fácil y rápida la información necesaria; así como el acceso a contenidos *on line* de prevención de forma gratuita.

Este manual surge tras una reflexión y análisis de la acción formativa abarcando, a lo largo de seis temas, los fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo, las técnicas, actuaciones y gestión de la prevención de riesgos laborales, las técnicas afines y el ámbito jurídico de la prevención.

La experiencia docente de los autores, que se plasma en la elección del formato de este manual y en la inclusión, al final de cada apartado, de un breve resumen que facilite la comprensión y memorización de las materias así como de una aplicación que permita autoevaluar los conocimientos adquiridos al final de cada tema, constituye la base fundamental sobre la que se sustenta la utilidad y el éxito de este libro.

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.

N O T A S