

DIRECTOR: IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

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

Nº 56

Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es
www.thomsonreuters.com

Depósito Legal: VA. 157-2000

ISSN 1576-169X

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova

Daniel Tejada Benavides

Impresión

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

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

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

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

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

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

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

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



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



IN~RECJ



latindex



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

La versión online de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en portaljuridico.lexnova.es

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

DIRECTOR

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

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

DIRECTOR ADJUNTO

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad de Santiago de Compostela

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

JOSE MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad Pública de Navarra

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Pompeu Fabra

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

Uría Menéndez. Abogados

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad Carlos III de Madrid

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de La Rioja

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

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

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Cantabria

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad Pablo Olavide de Sevilla

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de La Laguna

RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Alcalá

MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

EDITORIAL

En febrero de año 2000, veía la luz la revista *Justicia Laboral*. Decíamos entonces que, pese al rico y prestigioso elenco de revistas existentes en el panorama laboral, la misma aparecía por razones objetivas. Ciertamente, pensábamos que *Justicia Laboral* venía a llenar un hueco existente al centrar su objetivo en el análisis, sistematización y estudio de la jurisprudencia y doctrina emanada de nuestros tribunales. Se trataba de analizar de forma sintética pero completa, a través del modelo de «crónicas de jurisprudencia», los pronunciamientos recaídos a lo largo de cada trimestre en las distintas áreas temáticas en las que se encontraba dividida.

No se buscaba únicamente comentar críticamente y de manera aislada un determinado pronunciamiento, sino de examinar los distintos habidos en el período de referencia y definir las líneas interpretativas más relevantes que de ellas cabía extraer. Una idea novedosa y que carecía de precedentes. A partir de dicha idea, la revista se enriquecía con artículos doctrinales y los comentarios editoriales que trataban de subrayar las cuestiones más novedosas en el ámbito de las relaciones laborales en cada momento. Durante sus catorce años de vida, la revista fue creciendo y con ella muchos de sus colaboradores: jóvenes investigadores cuando la misma apareció y que, en el momento actual, han alcanzado el más alto grado de la escala académica.

A lo largo de los años de vida de esta revista, la realidad laboral española ha vivido profundos cambios. *Justicia Laboral* ha sido testigo de los mismos y en sus páginas ha ido viendo cambiar las condiciones y el entorno que servían de base al ordenamiento laboral. Vendría bien recordar que en el año de su aparición el Producto Interior Bruto crecía a un ritmo medio de 4,1%, lo que permitió registrar una creación neta de 480 mil puestos de trabajo. El paro se mantenía en torno a los 2 millones de personas (una tasa del 10.4) y, desde el punto de vista demográfico, se incrementaban de manera más que significativa los flujos de trabajadores y trabajadoras inmigrantes, lo que dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La construcción volvió a ser en 2000 el sector más dinámico en creación de empleo y se superaron los tres millones de vehículos producidos. El mayor aumento del empleo se dio entre los jóvenes de 20 a 24 años mientras que la proporción de asalariados con contrato temporal se situó, en promedio, en un 32%. El año del 2001, sería el del inicio de lo que Palomeque ha llamado la «reforma permanente» con la aprobación de la Ley 12/2001 de 9 de julio, de medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Pero el panorama ha cambiado drásticamente. En estos momentos, la OCDE señala que la tasa de desempleo en España es la segunda más alta de la organización (26% a principios de 2014), sólo superada por Grecia (27%) y muy por encima de la media de la OCDE (8%) y el desempleo juvenil supera el 55%. El sector de la construcción ha destruido desde principios de 2008 casi 1,7 millones de puestos de trabajo (un 62% de los

ocupados en el sector). En el año 2013 en el período de julio-septiembre, el PIB pasó a crecer un 0,1%, en tasa intertrimestral, tras nueve trimestres consecutivos de descensos. El nivel de temporalidad ha descendido de forma significativa pero lo ha hecho como consecuencia del ajuste en los sectores con mayores tasas de temporalidad, lo que ha supuesto la destrucción de más de dos millones de contratos de este tipo a lo largo de la crisis.

La reforma laboral 2012 ha sido un punto radical de inflexión en el modo de entender y comprender nuestro marco de relaciones laborales. La misma se ha visto fuertemente cuestionada hasta el punto que se ha llegado a afirmar que suponía la muerte del Derecho del Trabajo. Sin duda, los rudos embates de la crisis económica parecen estar cambiando el semblante tradicional de «lo laboral» y nos sitúan en los límites de un nuevo entendimiento de los paradigmas clásicos sobre los que se había asentado el Derecho del Trabajo a lo largo de su historia. Decía Flaubert que «el futuro nos tortura y el pasado nos encadena, he ahí por qué se nos escapa el presente».

Entendemos que el balance global de *Justicia Laboral* a lo largo de este periodo de cambios y transformaciones ha resultado muy positivo como lo pone de manifiesto tanto el reconocimiento por sus usuarios, como el de las entidades y organismos encargados de calificar la calidad de las revistas científicas en nuestro país que así lo han certificado. A dicho resultado han contribuido decisivamente, con su esfuerzo y rigor, todos y cada uno de los autores que, tanto a través de su colaboración en las crónicas de jurisprudencia como de los comentarios doctrinales, han intervenido en la elaboración de sus 56 números. Es obligado subrayar el papel fundamental de los directores de las distintas crónicas: Luis Enrique de la Villa Gil, Joaquín García Murcia, Jesús Cruz Villalón, María del Carmen Ortiz Lallana, José Luis Monereo Pérez, Javier Gárate Castro, José Luis Goñi Sein, Julia López López, José María Goerlich Peset, Lourdes López Cumbre, María Antonia Castro Arguelles y Lourdes Martín Florez. Su trabajo de coordinación y dirección otorgaba plena coherencia a la obra en su conjunto y le dotaba de señas de identidad propias a los distintos comentarios. Igualmente, es obligado agradecer su participación a los miembros del Comité de Evaluación Externo de los artículos enviados: Carlos Palomeque López, Aurelio Desdentado Bonete, Santiago González Ortega, Manuel Álvarez de la Rosa, Ricardo Escudero Rodríguez y María Luz García Paredes.

La idea de un final entraña cierta tristeza y algo de melancolía pues nos hace conscientes, en última instancia, del inevitable paso del tiempo. Pero, afortunadamente, la vida es esencialmente devenir, cambio y transformación, lo que permite la evolución, el desarrollo y, en última instancia, el progreso social. *Justicia Laboral* apaga sus luces y deja de caminar como tal pero su espíritu sigue vivo en la *Nueva Revista de Derecho del Trabajo* y en la también nueva *Revista Información Laboral*. Ambas nos permitirán seguir en contacto con nuestros lectores y seguir contribuyendo, modestamente, a un más completo entendimiento de la compleja realidad jurídica, social y económica que habremos de vivir en los próximos tiempos.

Solo nos queda, por último, agradecer a la editorial Lex Nova que confiara en nosotros para dirigir esta revista a lo largo de estos catorce años, así como su apoyo a través de los responsables técnicos que, en distintos momentos, se han ocupado de su rigurosa confección.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
EDITORIAL	3

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ABSENTISMO LABORAL Y RETRIBUCIÓN DEL TRABAJADOR <i>Ana María Romero Burillo</i>	9
LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS INTERVENCIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA <i>Margarita Arenas Viruez</i>	33
ÉTICA Y DERECHO SOCIAL: UNA INTRODUCCIÓN <i>Miguel-Ángel Luelmo Millán</i>	55
LA MEDIACIÓN LABORAL Y SU CONTEXTO ESPAÑOL <i>José Antonio Zapatero Ranz</i>	109

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO <i>María Antonia Castro Argüelles</i>	145
II. TRABAJADOR <i>Luis Enrique de la Villa Gil (dir.); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Hogan Lowells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (coord.); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González; Rosa Rodríguez Gutiérrez (Roca Junyent)</i>	163
III. EMPRESARIO <i>Jesús Cruz Villalón; Macarena Hernández Bejarano; Rafael Gómez Gordillo; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; María Sepúlveda Gómez</i>	171

	Página
IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer</i>	189
V. DINÁMICA DE LA RELACION LABORAL	
<i>Lourdes López Cumbre (dir.); Ana María Badiola Sánchez (coord.); Fernando Breñosa Álvarez De Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Marina Revuelta García; Montserrat Ruiz Cuesta; César Tolosa Tribiño</i>	195
VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
<i>M^a Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i>	215
VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACION EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS	
<i>Jesús R. Mercader Uguina; Ana Belén Muñoz Ruiz (Coord.); Cristina Aragón Gómez; Patricia Nieto Rojas; Amanda Moreno Solana; Pablo Gimeno Díaz de Aauri; Daniel Pérez del Prado</i>	231
VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Javier Gárate</i>	241
IX. SEGURIDAD SOCIAL	
<i>Ignasi Areal Calama; Sergio Canalda Criado; Consuelo Chacartegui Jávega; Eusebi Colàs Neila; Alexandre de le Court; Josep Fargas Fernandez; Sixte Garganté Petit; Julia López López; Nuria Pumar Beltrán; Georgiana Sîrbu</i>	249
X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA	
<i>José Luis Monereo Pérez; M^a Nieves Moreno Vida; Ángel J. Gallego Morales; José Antonio Fernández Avilés; José María Viñas Armada; Susana de la Casa Quesada</i> . .	257
XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra</i>	287
XII. EL PROCESO LABORAL	
<i>Lourdes Martín Flórez; Raúl Boo Vicente; Ana Navascués Sarratea; María Ángela Álvarez Vázquez</i>	293
XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernáiz; Beatriz Rodríguez Sanz De Galdeano</i>	303

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	313
-----------------------------	-----

Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ABSENTISMO LABORAL Y RETRIBUCIÓN DEL TRABAJADOR⁽¹⁾

ANA MARÍA ROMERO BURILLO⁽²⁾

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

RESUMEN

Absentismo laboral y retribución del trabajador

La búsqueda de estrategias dirigidas a reducir los niveles de absentismo laboral es una constante en el marco de las políticas empresariales de las últimas décadas, dadas sus importantes implicaciones económicas y organizativas.

La normativa laboral es uno de los instrumentos a los que tradicionalmente se acude en busca de soluciones para una mejor gestión del fenómeno del absentismo y, en este sentido, un vía alternativa a la solución extintiva del contrato, se encuentra en el marco regulador de la retribución del trabajador.

Este trabajo tiene por objeto conocer cómo nuestro ordenamiento jurídico-laboral permite adoptar fórmulas retributivas capaces de neutralizar los elementos causantes de las ausencias al trabajo del trabajador, lo cual, nos lleva necesariamente al análisis de nuestra normativa convencional, pues tal y como nos indica el art. 26.3 ET, es la negociación colectiva el instrumento por excelencia y más adecuado para regular el marco retributivo del trabajador.

Palabras clave: absentismo, retribución, negociación colectiva, primas de asistencia y puntualidad, incapacidad temporal, mejoras voluntarias.

ABSTRACT

Labor absenteeism and workers pay

The search of strategies aimed at reducing the levels of labor absenteeism is a constant within business policies in the last decades, given its significant economic and organizational implications. Labor legislation is one of the instruments usually used when looking for solutions in order to improve the management of the phenomenon of absenteeism and, in this sense, an alternative to the solution of contract termination, is included in the regulatory framework of the worker's pay. The aim of this work is to know how our legal labor legislation allows to take pay measures in order to classification allows to adopt retributive formulas able to balance out the causing elements workers absenteeism, which, it necessarily takes us to analyze of our conventional regulations since, as it is stated in the article 26.3 ET, collective bargaining is par excellence the main and more appropriate tool the worker's pay framework.

Keywords: absenteeism, pay, collective bargaining, attendance and punctuality bonus, temporary disablement, voluntary improvements

Fecha de recepción: 27/11/2012

Fecha de aceptación: 27/11/2012

(1) Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación DER 2010-21-21686-C02-02 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación y que lleva por título «La gestión del absentismo laboral: medición, impacto económico, causas sociales y psicológicas y régimen jurídico-laboral».

(2) La autora es miembro del Grupo de Investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya «Análisis Social y Organizativo» (2009 SGR 310).

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA.
 2. ESTRUCTURA SALARIAL Y ABSENTISMO LABORAL.
 - 2.1. **Consideraciones generales.**
 - 2.2. **Los pluses o primas de asistencia y puntualidad en el trabajo.**
 - 2.2.1. Configuración general.
 - 2.2.2. La regulación de los pluses/primas de asistencia y puntualidad en la actual negociación colectiva.
 - 2.3. **Las tasas de absentismo como criterio para la determinación de otras partidas salariales.**
 - 2.4. **Las «primas antihuelga».**
 3. PERCEPCIONES EXTRASALARIALES Y ABSENTISMO LABORAL.
 - 3.1. **Consideraciones previas.**
 - 3.2. **La incidencia de los niveles de absentismo laboral en la determinación de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.**
 4. LA PÉRDIDA DE VENTAJAS RETRIBUTIVAS Y SU DISTINCIÓN DE LA SANCIÓN PROHIBIDA DE «MULTA DE HABER».
-

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La búsqueda de estrategias dirigidas a reducir los niveles de absentismo laboral es una constante en el marco de las políticas empresariales de las últimas décadas. El fenómeno del absentismo laboral tiene importantes implicaciones económicas y organizativas por lo que no resulta extraño que sea una de las principales preocupaciones que se ponen de manifiesto de forma recurrente en el marco de diversos foros, fundamentalmente, pero no exclusivamente, empresariales.

Se ha indicado que el absentismo laboral y, en general, las ausencias al trabajo por parte de los trabajadores, inciden en la productividad de las empresas y se configuran como una de las causas que, con carácter general, más repercute en la falta de competitividad de las mismas, provocando un aumento sensible en los costes de personal que, en definitiva, repercuten en el coste final del producto⁽³⁾.

En este sentido, por ejemplo, el I Informe Adecco sobre Absentismo presentado en mayo de 2012 concluye que España, con 11,6 días «perdidos» por trabajador al año, se encuentra a la cabeza de los países con un mayor nivel de bajas laborales⁽⁴⁾. En la misma línea un estudio elaborado por PIMEC en el 2011 concluía que el absentismo por causas

(3) RIBAYA MALLADA, F. J.: *La gestión del absentismo laboral*. Ed. Montecorvo, SA. Madrid, 1996, p. 21.

(4) *Vid.* I Informe Adecco sobre Absentismo. http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/362.pdf.

ocasionales tuvo unos costes directos de 10.840 millones de euros en España durante el 2010, lo que representaba un 1,14 por 100 del producto interior bruto⁽⁵⁾. También en estos estudios se reconoce que después de varios años con aumentos generalizados, probablemente por el efecto de la crisis económica y el mayor temor a la pérdida de empleo que la misma está comportando, en 2010 se produjo una ligera disminución de las horas no trabajadas por causas ocasionales. Esta paulatina disminución del absentismo parece que se ha acentuado a lo largo del año 2011, habiéndose llegado a originar un cierto «presentismo» de los trabajadores en la empresa por miedo a perder su puesto de trabajo.

Con independencia de la valoración que merezcan estos estudios y las afirmaciones que los mismos contienen, lo que sí es cierto es que el absentismo laboral provoca problemas en el ámbito humano, social, económico y organizativo⁽⁶⁾, por lo que resulta razonable el interés que manifiestan por igual las empresas, los sindicatos y el gobierno por adoptar medidas dirigidas a amortiguar los efectos negativos que provocan las ausencias al trabajo por parte de los trabajadores.

Así se pone de relieve, por ejemplo, en el documento que, a instancias del gobierno se elaboró por las organizaciones sindicales y patronal más representativas sobre diálogo social bipartito y que fue presentado el 9 de enero de 2012. En este documento se encuentra incorporado como Anexo 3 el «Acuerdo sobre desarrollo de las previsiones sobre Mutuas y absentismo del Acuerdo Social y Económico»⁽⁷⁾.

De igual forma, cabe indicar que cada vez resulta más habitual que los convenios colectivos incorporen un apartado específico sobre «absentismo laboral», en el cual las partes firmantes ponen de relieve la gravedad del problema que supone este fenómeno para la sociedad, la necesaria implicación de todos los sujetos que participan en las relaciones de trabajo para conseguir su reducción, así como también las estrategias y objetivos que se marcan para conseguir reducir los niveles del absentismo laboral⁽⁸⁾, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, la adopción de medidas dirigidas a mejorar el ambiente en el trabajo⁽⁹⁾, el establecimiento de procedimientos de control de las bajas relacionadas con la salud del trabajador⁽¹⁰⁾, la introducción como materia de estudio el absentismo en las comisiones paritarias previstas en el convenio⁽¹¹⁾, etcétera.

(5) Los principales datos que contiene este estudio de PIMEC se pueden consultar en *El Economista*, de 9 de abril de 2011.

(6) Para un estudio sobre los problemas derivados del absentismo laboral y la preocupación que generan *vid.* ARIZA MONTES, J. A.: «Absentismo laboral en España: concepto, estadísticas y medidas de afrontamiento». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 272/2005, pp. 203 y ss.

(7) El contenido de este acuerdo, así como de los Anexos que lo conforman se puede consultar en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2012/01/10/dialogo_social.pdf

(8) *Vid.*, por ejemplo, el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados. (BOE de 3 de febrero de 2012). Art. 9.

(9) *Vid.* en este sentido el Convenio colectivo del Sector Talleres de Reparación de Vehículos de Navarra. (BO Navarra de 23 de febrero de 2011). Art. 23.

(10) *Vid.*, por ejemplo, en este sentido el Convenio colectivo del Sector Talleres de Reparación de Vehículos de Navarra. (BO Navarra de 23 de febrero de 2011). Art. 23.

(11) *Vid.*, entre otros, el Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU para los años 2011-2013. (BOE de 4 de agosto de 2011). Art. 13.5.5; el Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro para el período

Como puede observarse, las estrategias y objetivos que se proponen tanto a nivel institucional, como en el marco de la negociación colectiva se caracterizan por su diversidad, porque los factores que inciden en los niveles del absentismo laboral también lo son, proviniendo tanto del ámbito técnico, ambiental, organizativo, emocional, etcétera.

La normativa laboral se encuentra entre los instrumentos a los que tradicionalmente se acude en busca de soluciones para una mejor gestión del fenómeno del absentismo. En este sentido sólo hace falta recordar que en las reformas laborales llevadas a cabo entre los años 2010 y 2012 han sido constantes los requerimientos que a nivel empresarial, pero también a nivel político, se ha realizado para introducir nuevas medidas normativas destinadas a la gestión del absentismo laboral, en concreto en relación a la modificación de los parámetros legales para justificar la extinción del contrato por ausencias justificadas al trabajo prevista en el artículo 52.d) ET. A este respecto, tanto la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁽¹²⁾, como la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁽¹³⁾, introducirán modificaciones en esta materia⁽¹⁴⁾.

Junto a la solución extintiva del artículo 52.d) ET, que debe completarse con la previsión contenida en el artículo 54.1.a) ET de las ausencias y faltas de puntualidad injustificadas al trabajo como causa de despido disciplinario del trabajador, otra vía alternativa que nos ofrece la normativa laboral, alejada del carácter marcadamente punitivo que tienen las medidas anteriormente citadas, se encuentra en el marco regulador de la retribución de la prestación laboral del trabajador.

Las transformaciones económico-productivas, la innovación tecnológica y el fenómeno de la globalización, son elementos que han ido cambiando el clima y cultura empresarial y, en definitiva, han afectado a la configuración de las relaciones de trabajo⁽¹⁵⁾. De esta forma cada vez son más variados los sistemas de producción y organización empresarial y los perfiles de trabajador que se requieren en cada sector productivo, por lo que las fórmulas tradicionales de gestión empresarial resultan insuficientes para conseguir los niveles de eficiencia y de productividad marcados por las empresas.

La forma en que se organiza la producción en las empresas puede llevar a que en ocasiones sea necesaria una continua adaptación profesional y personal del trabajador, en otras ocasiones a que la prestación de servicios se convierta en monótona y rutinaria o también, a que, por ejemplo, se desarrolle en duras condiciones ambientales. Todo ello influye de forma decisiva en el modo en que el trabajador afronta su trabajo, por lo que resulta imprescindible contar con medios capaces de mantener la motivación del trabajador para garantizar los niveles de productividad de la empresa, de lo contrario y de forma

2011-2014. (BOE de 29 de marzo de 2012). Art. 13; y el XIV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas. (BOE de 2 de mayo de 2012). Art. 34.

(12) BOE de 18 de septiembre de 2010.

(13) BOE de 7 de julio de 2012.

(14) Para un estudio de este tema *vid.* MORENO GENÉ, J.: «La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 350/2012.

(15) MERCADER UGUINA, J. R.: «Retribución variable y cambios productivos» en APARICIO TOVAR, J. (Coord.): *Estudios sobre el salario*. Ed. Bomarzo. Albacete, 2004, p. 87.

inevitable se llegará a la frustración y falta de motivación del trabajador, dando lugar a fenómenos como el absentismo laboral.

De esta manera, progresivamente se ha ido asumiendo la concepción del salario y, en general, la retribución del trabajador, no como una mera contraprestación por el trabajo realizado, sino como un elemento laboral complejo que engloba una serie de variables adicionales que abarca tanto las características del trabajador como su esfera personal⁽¹⁶⁾.

En este contexto, la configuración de nuevas fórmulas retributivas cumple una doble finalidad: por un lado, contar con un sistema de retribución más flexible e individualizado, acorde con el actual sistema de organización empresarial⁽¹⁷⁾ y, por otro lado, contar con un mecanismo capaz de incrementar la motivación y fidelización de los trabajadores, apareciendo como un mecanismo alternativo a los instrumentos utilizados tradicionalmente con esta finalidad.

El objetivo propuesto en este trabajo es conocer cómo nuestro ordenamiento jurídico-laboral permite adoptar fórmulas retributivas capaces de neutralizar los elementos causantes de las ausencias al trabajo del trabajador, lo cual, de acuerdo con el actual sistema normativo de ordenación de la materia retributiva nos lleva necesariamente al análisis de nuestra normativa convencional más reciente, pues tal y como nos indica el artículo 26.3 ET, es la negociación colectiva el instrumento por excelencia y más adecuado para regular la estructura salarial y el marco retributivo del trabajador en general.

2. ESTRUCTURA SALARIAL Y ABSENTISMO LABORAL

2.1. Consideraciones generales

El salario, como regla general, no se conforma en exclusiva por una percepción, sino que normalmente está compuesto por todo un conjunto de percepciones económicas que se suman entre sí y que responden a una causa distinta, un procedimiento o forma de cálculo diferente, o bien, a un momento o periodicidad de pago diferente⁽¹⁸⁾. Esta diversidad de percepciones se ordena por el legislador por medio de la denominada «estructura salarial», la cual se configura como el sistema dirigido a racionalizar el conjunto formado por distintas y heterogéneas partidas salariales⁽¹⁹⁾.

Esta ordenación interna del salario se encuentra prevista de una manera muy sucinta en el artículo 26.3 ET, según el cual «mediante negociación colectiva o, en su caso, contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base (...) y en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a

(16) FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica del salario*. Ed. Comares. Granada, 2001, p. 78.

(17) MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección y gobierno de empresas: el caso de las «stock options»». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 214/2001, p. 170.

(18) MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Estructura y cuantía de la retribución del trabajo» en MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Coords.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 861.

(19) MONEREO PÉREZ, J. L.: «Artículo 26» en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Comares. Granada, 1998, p. 363.

la condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa (...)».

La estructura salarial que nos propone el artículo 26.3 ET permite distinguir dos parámetros salariales diferentes, por un lado, la existencia de un parámetro que tiene carácter imperativo y, por otro lado, otro parámetro de carácter potestativo o dispositivo.

El parámetro imperativo comporta que el salario está sometido a unas reglas objetivas e impuestas a la voluntad de las partes y lo constituye la obligación de que el salario esté compuesto, como mínimo, por un salario base, sea su fijación por unidad de obra o de tiempo. El establecimiento de una composición mínima del salario y su concreción en el salario base encuentra su justificación en la clásica contradicción de intereses que existe entre las partes que conforman la relación laboral y que en este tema es especialmente significativo, por lo que dejarla al permanente arbitrio negocial resulta francamente desestabilizador⁽²⁰⁾.

El parámetro potestativo lo componen diversos complementos que pueden acompañar al salario base y que existirán si así se acuerda ya sea por vía de negociación colectiva o, en su defecto, por vía de negociación individual.

Los complementos salariales se identifican con todas aquellas cantidades que se adicionan al salario base como consecuencia de la concurrencia de una causa específica y determinada por la que se considera que debe atribuirse al trabajador y que no ha sido tenida en cuenta a la hora de fijar el salario base.

La actual regulación de los complementos salariales permite distinguir tres grandes categorías de complementos que son: los complementos en función de las condiciones personales del trabajador, en función del trabajo realizado y en función de la situación y resultados de la empresa. Todos ellos, a pesar de las diferentes razones que motivan su previsión, tienen unos mismos caracteres identificadores que son: la disponibilidad de reconocimiento y mantenimiento, la causalidad y la generalidad.

La primera característica apuntada deriva de los términos con los que el legislador ha previsto su existencia. Así, a diferencia de lo que sucede con el salario base, el artículo 26.3 ET establece que la estructura salarial «en su caso» podrá completarse con los complementos salariales. Es decir, no existe ninguna obligación para las partes contratantes de incorporar a la retribución de los trabajadores los mencionados complementos salariales y, por tanto, queda a su absoluta voluntad la fijación de los mismos.

La libertad que ofrece la normativa a la hora de fijar los complementos salariales merece, en nuestra opinión, una valoración positiva, en la medida en que con ello se puede conseguir una mayor identidad entre el trabajo realizado y la contraprestación que percibe el trabajador.

La libertad con la que la ley permite el establecimiento de los complementos salariales también se ha previsto a la hora de determinar su mantenimiento, es decir, el carácter consolidable o no de los mismos, ya que el artículo 26.3 ET dice literalmente que «igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos». Por tanto, en principio, la naturaleza consolidable o no de un complemento dependerá de aquello que

(20) ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «El contenido de la relación laboral» en MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (Coord.): *La nueva regulación de las relaciones laborales*. Ed. Signo. Barcelona, 1995, p. 182.

se haya pactado por medio de convenio colectivo o en su defecto en el contrato de trabajo y sólo en defecto de cualquier pacto el inciso final del artículo 26.3 ET establece que no se considerarán consolidables los complementos vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

El segundo elemento caracterizador de los complementos salariales es la causalidad y una vez más es el artículo 26.3 ET el que contiene las referencias necesarias para poder identificar tal característica. Así, al señalar que los complementos salariales han de fijarse «en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa», el legislador no únicamente establece una clasificación de las categorías de complementos salariales que compondrán la estructura del salario sino que nos señala las razones que justificarán la existencia de las partidas salariales que acompañarán al salario base. Por tanto, la fijación de complementos salariales deberá ajustarse a la existencia de circunstancias que puedan incluirse en alguna de las previstas en el artículo 26.3 ET, de lo contrario, y siempre que se reconozca su naturaleza salarial, deberán pasar a engrosar la partida del salario base.

Por último, otro rasgo definidor de los complementos salariales es su generalidad. La ley únicamente hace mención a las diferentes categorías de complementos salariales por medio de la enumeración recogida en el artículo 26.3 ET, utilizando para ello unos términos que permiten englobar a una multiplicidad de complementos diversos ya que cada una de estas categorías, aunque atienden a un solo dato caracterizador, éste se configura de forma muy genérica. Así, la primera categoría de complementos atienden a circunstancias personales del trabajador, la segunda categoría responde a las circunstancias que acompañan al puesto de trabajo o al trabajo asignado al trabajador y, finalmente, la tercera categoría de complementos está reservada a todas aquellas partidas salariales que se vinculen a la situación y resultados de la empresa.

Esta generalidad de los complementos es lo que permite reconducir antiguos complementos asignados de acuerdo con el Decreto de Ordenación del salario de 1973 y que todavía se mantienen en los convenios colectivos a las actuales categorías de complementos salariales. No obstante la reconducción teórica que se ha realizado de los antiguos complementos salariales previstos en la normativa anterior, entendemos que es posible que las diversas partidas salariales puedan tener encaje en más de una de las categorías previstas por la ley y, por tanto, la causalidad del complemento delimitará su ubicación en una u otra categoría.

Dentro de las tres grandes categorías de complementos salariales que prevé el artículo 26.3 ET, la que a nuestro parecer encaja mejor con la finalidad de reducir las ausencias al trabajo del trabajador es la de los complementos vinculados al trabajo realizado ya que se incluyen todas aquellas partidas económicas que priman el aspecto material del trabajo. Son complementos de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado⁽²¹⁾.

Ahora bien, en la medida en que el trabajo puede estar vinculado a innumerables circunstancias y características esto lleva a que este tipo de complementos puedan tener

(21) MONEREO PÉREZ, J. L.: «La estructura del salario» en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Ed. EDERSA. Madrid, 1994, p. 108.

un carácter muy heterogéneo. No obstante, a pesar de la diversidad de las partidas salariales que vamos a encontrar, las mismas pueden reconducirse básicamente a dos grandes grupos que responden a la antigua clasificación de complementos que recogía el Decreto 2389/1973 de Ordenación del Salario y que son los complementos de puesto de trabajo y los complementos de cantidad y calidad en el trabajo.

En términos generales, los complementos de puesto de trabajo se pueden definir como aquellas partidas salariales que atienden a las circunstancias particulares en las que deben desenvolverse ciertos puestos de trabajo⁽²²⁾ y, por ello mismo, dependen de la prestación efectiva del trabajo⁽²³⁾. Asimismo, en la medida en que derivan de las circunstancias en que se desarrolla el trabajo es fácil imaginar la multiplicidad⁽²⁴⁾ de complementos de puesto de trabajo que pueden fijarse en las normas convencionales.

El segundo grupo de partidas salariales que incorporamos con identidad propia dentro de los complementos de trabajo realizado son aquellas partidas que compensan económicamente al trabajador en función del resultado obtenido por el trabajo realizado como consecuencia del mayor esfuerzo, dedicación, responsabilidad o capacitación del trabajador.

Pues bien, es dentro de este segundo grupo que tradicionalmente se califican como complementos de «cantidad y calidad en el trabajo» donde la negociación colectiva ha introducido mecanismos salariales dirigidos a evitar las ausencias de los trabajadores en la empresa, los cuales se concretan básicamente en los denominados pluses o primas de asistencia y puntualidad en el trabajo.

2.2. Los pluses o primas de asistencia y puntualidad en el trabajo

2.2.1. Configuración general

La incorporación de complementos vinculados al trabajo realizado comporta la inclusión de un elemento variable que tiene su fundamento en la continua búsqueda por parte de las empresas de mayores niveles de productividad. Se considera que la existencia de este factor variable en la configuración del salario, en la medida en que introduce un elemento de diferenciación, es un instrumento idóneo para la motivación de los trabajadores a la hora de desarrollar su prestación de servicios y, por tanto, para mejorar sus rendimientos.

La incorporación de incentivos de este tipo ha venido acompañada de importantes críticas ya que se entiende que supone la introducción de un elemento diferencial entre trabajadores que rompe con la igualdad retributiva, puede implicar la reducción de puestos de trabajo, perjuicios para la salud de los trabajadores, riesgos para la integridad física, pérdida de ética profesional, mayor segmentación del mercado de trabajo y, en definitiva, una deshumanización del trabajo⁽²⁵⁾. Sin embargo, junto a estos argumentos negativos,

(22) ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudencia*. Ed. Deusto. Bilbao, 1992, p. 93.

(23) MONEREO PÉREZ, J. L.: «La estructura del salario...», *op. cit.*, p. 109.

(24) MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Estructura y cuantía...», *op. cit.*, p. 876.

(25) MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 163 y PORRET GELABERT, M.: «Los diversos sistemas de retribución variable (análisis de sus posibilidades de aplicación)». *Relaciones Laborales*, vol. II/1999, p. 1274.

existen otros que hacen muy atractivo tanto para trabajadores como para empresarios su introducción como sistema retributivo, ya que permiten la eliminación de mecanismos adicionales de supervisión y control del rendimiento de los trabajadores, permite una mayor rentabilización de la empresa, generan actividad, influyen en la creatividad, consiguen un mayor desarrollo de la organización y premian a quienes se esfuerzan más consiguiendo de esta forma una mayor satisfacción de las expectativas creadas por el trabajador en el desarrollo de su trabajo⁽²⁶⁾.

La inclusión de complementos de productividad en los diversos sectores económicos resulta desde hace ya mucho tiempo una práctica habitual y, de hecho, ha adquirido una importancia trascendental en la negociación colectiva actual⁽²⁷⁾. Los interlocutores sociales asumen cada vez con mayor naturalidad que el mantenimiento de las empresas depende no sólo de las estrategias de gestión, sino también de la mayor o menor implicación de los trabajadores en la actividad que desarrollan, por ello se considera conveniente retribuir específicamente dicha actividad mediante complementos salariales vinculados a la producción⁽²⁸⁾.

A través de este tipo de complementos se introduce un componente variable en la estructura salarial del trabajador vinculado al desarrollo individual de las funciones asignadas a su puesto de trabajo, en otras palabras, al rendimiento del trabajador. Por tanto, nos encontramos ante un complemento de productividad que aunque tendrá una repercusión sobre el desarrollo de la empresa y se establece para la consecución de un objetivo empresarial se valora individualmente, distinguiéndose de la categoría de complementos salariales previstos en el artículo 26.2 ET bajo la denominación de complementos fijados «en función de las circunstancias relativas (...) a la situación y resultados de la empresa».

Resulta habitual que entre los complementos de productividad y con la finalidad de combatir el absentismo laboral se incluya una retribución variable cuya percepción se condiciona a la asistencia, puntualidad y permanencia en el trabajo. Tal complemento pretende incentivar no la presencia en el trabajo, sino hacerlo de acuerdo con las pautas horarias fijadas en la empresa. Con este complemento no se pretende conseguir un incremento de la productividad por producirse un rendimiento extraordinario durante la prestación de servicios, sino que se trata de un complemento que se percibe por el trabajo realizado en jornada normal⁽²⁹⁾ con el objetivo de alcanzar los niveles de productividad ordinarios previstos en la empresa pero que se pueden ver disminuidos a raíz de la inasistencia de los trabajadores a la empresa⁽³⁰⁾.

Cabe indicar que justamente la consideración de que la percepción de este complemento no se vincule a una actividad extraordinaria y se limite a la constatación de la presencia en el trabajo del trabajador ha llevado a que la doctrina haya cuestionado si

(26) *Ibid.*

(27) MERCADER UGUINA, J. R. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Retribución variable y gestión del rendimiento» en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *La negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 367.

(28) *Vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica...*, *op. cit.*, pp. 325 y ss.

(29) *Vid.* STS d 19 de octubre de 1994. RJ 1984, 8057. Fundamento de Derecho Cuarto.

(30) LLOMPART BENNÀSAR, M.: *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 474.

realmente tal retribución se puede configurar como un complemento de calidad o cantidad en el trabajo, ya que no se distingue causa u obligación diferenciada de la genérica que tiene todo trabajador de prestar sus servicios durante la integridad del tiempo pactado con el empresario, por lo que se considera más adecuado imputar dicha partida económica al salario que debe percibir el trabajador por su trabajo que hacerlo por medio del mencionado complemento de calidad o cantidad en el trabajo⁽³¹⁾.

No obstante la existencia de algunas reticencias por parte de un sector doctrinal se sigue manteniendo en muchos convenios colectivos la incentivación de la asistencia y puntualidad al trabajo como una partida salarial aparte del salario base aunque como tendremos ocasión de comprobar seguidamente la forma de configurarlo no es uniforme, lo cual lleva a que a veces se aproxime al salario base, y otras veces a la categoría de complementos salariales vinculados a resultados o beneficios de la empresa.

2.2.2. *La regulación de los pluses/primas de asistencia y puntualidad en la actual negociación colectiva*

La previsión de percepciones económicas vinculadas al cumplimiento de la integridad del tiempo pactado con el empresario para la prestación de los servicios comprometidos por parte del trabajador es una constante en el marco de las normas sectoriales y se ha mantenido también a lo largo de años en la negociación colectiva, si bien, no podemos hablar de que su presencia sea generalizada en la misma.

La forma en la que habitualmente se incluye este tipo de partida salarial es por medio de un complemento salarial de reconocimiento individual y de pago diario. Es decir, que responde a las características que tradicionalmente cumplen los complementos salariales incluidos en la categoría de complementos por trabajo realizado.

Este complemento salarial se identifica bajo diferentes denominaciones como «Incentivo de cumplimiento de jornada»⁽³²⁾, «compensación de asistencia»⁽³³⁾, «complemento de productividad y asistencia»⁽³⁴⁾, «prima de no absentismo»⁽³⁵⁾, si bien el término más utilizado es el de «prima o plus de asistencia y puntualidad»⁽³⁶⁾. En todo caso, todos ellos responden a una misma y clara finalidad que es garantizar la asistencia efectiva y puntual del trabajador a su puesto de trabajo.

En cuanto a la forma en que se fijan las primas de puntualidad y asistencia, habitualmente consiste en el reconocimiento de una cuantía fija ya sea establecida de forma diaria

(31) MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Estructura y cuantía...», *op. cit.*, p. 879.

(32) *Vid.*, por ejemplo, el V Convenio colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea. (BOE de 16 de enero e 2010). Art. 133.

(33) *Vid.*, por ejemplo, el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (BOE de 27 de abril de 2011). Art. 36.b) b.1).

(34) *Vid.*, por ejemplo, el III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA (BOE de 28 de junio de 2011). Art. 74.c).

(35) *Vid.*, por ejemplo, el I Convenio colectivo de Puerto Seco Santander-Ebro, SA (BOE de 28 de marzo de 2012). Art. 23.

(36) Esta es la fórmula que por ejemplo se utiliza en el Convenio colectivo de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias de cerámicas y para la del comercio exclusivista de los mismos materiales. (BOE de 20 de junio de 2011). Art. 12.

o mensual, la cual varía en función del número de faltas de asistencia y puntualidad que realice cada trabajador a lo largo del mes⁽³⁷⁾.

A partir de esta pauta general algunos convenios acotan más o menos las reducciones del complemento salarial en función del número de faltas de asistencia y puntualidad que realice el trabajador. Así, por ejemplo, en algunos convenios colectivos se fija un tope máximo de ausencias al trabajo que, de no superarse, no afectarán a la percepción total de la cuantía fijada para el complemento y, en caso contrario, la empresa no abonará ninguna cuantía por este concepto⁽³⁸⁾, mientras que en otros convenios se fija un baremo de número de ausencias y faltas de puntualidad de manera que la cuantía del complemento se va reduciendo en función de las faltas cometidas por el trabajador, hasta llegar a un número determinado a partir del cual se deja de percibir dicho complemento⁽³⁹⁾.

Cabe señalar también que es habitual que los convenios colectivos establezcan las ausencias computables y no computables a efectos del pago de la correspondiente prima salarial, dicha práctica nos parece acertada ya que de esa forma se dota de una mayor seguridad jurídica al trabajador, al conocer de antemano los elementos de cálculo de dicho complemento.

Un ejemplo de este modo de formular el complemento por asistencia y puntualidad en el trabajo lo encontramos en el artículo 41 del X Convenio colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama SA, el cual tras indicar la cuantía diaria a percibir y el número máximo de ausencias mensuales que podrá realizar el trabajador que le permitirán su percepción, señala como supuestos excepcionales de ausencias al trabajo que no computarán como tales las siguientes: a) ausencias del trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses o por reducción de la jornada normal por esta misma causa; b) para acudir al médico de cabecera de la red pública sanitaria, si se trata de un trabajador de un centro de la empresa donde no esté establecido el Servicio Médico con capacidad para recetar, con un máximo de dos horas hasta dos veces en un período de un mes; c) situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo; d) vacaciones; y, d) por el tiempo imprescindible, los trabajadores de los centros donde no esté establecido el Servicio Médico y trabajen en turno de mañana, para acudir a los tratamientos inyectables.

El análisis de los convenios colectivos que detallan el alcance del absentismo computable a efectos del pago de la prima o plus de asistencia y puntualidad nos lleva a poder concluir que en general no son coincidentes las situaciones que se tienen en cuenta en los

(37) Por ejemplo, el art. 62 del V Convenio colectivo del sector de la construcción. (BOE de 15 de marzo de 2012) indica que el plus o prima de asistencia y actividad se devengará por cada día efectivamente trabajado con el rendimiento normal exigible y, mediante tabla anexa al convenio, se determinará la cuantía del mismo de forma que su importe por día de trabajo disminuya o sea decreciente a medida que aumenten las horas de ausencia del trabajador.

(38) Así sucede en el V Convenio colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea. (BOE de 16 de enero de 2010), que prevé el pago del incentivo de cumplimiento de jornada a cada trabajador que no tenga más de una ausencia al mes. (art. 133).

(39) Un ejemplo de este sistema de cómputo del complemento se encuentra en el art. 33.2.1 del Convenio colectivo de Eurogrúas Valeriano SLU (BOE de 31 de enero de 2011), en el cual se indica que el complemento de asistencia, permanencia y calidad en el trabajo se fija en un importe diario, el cual se abonará a final de mes en una cuantía igual a multiplicar el importe diario por 30, si bien dicho plus se perderá: la cuantía de cuatro días de plus por falta de puntualidad durante dos días en un mes o por falta de asistencia de medio en dos días en un mes; el importe de doce días de plus por la falta de asistencia o puntualidad durante tres días en un mes; y finalmente, la cuantía del plus de todo el mes por falta de asistencia o puntualidad durante cuatro días en un mes, no justificadas.

mismos, y de un convenio a otro pueden variar sustancialmente la relación de ausencias que de producirse impedirán al trabajador poder percibir el complemento salarial. No obstante la heterogeneidad que caracteriza a la negociación colectiva en este tema, es posible identificar un elemento común en todos ellos y es el especial interés que existe por las empresas por reducir las bajas por incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes, salvo las que requieran de algún tipo de hospitalización, ya que se trata de un supuesto que, con alguna rara excepción, se encuentra presente en todos los convenios colectivos estudiados⁽⁴⁰⁾. Este especial interés que muestra la negociación colectiva por este tipo de bajas no es casual, no en vano en los últimos estudios estadísticos realizados sobre absentismo laboral en España, el factor determinante de la tasa de absentismo es justamente el correspondiente a horas no trabajadas por incapacidad temporal⁽⁴¹⁾.

Junto a esta forma de ordenación del «plus de asistencia y puntualidad», que podemos calificar de «clásica», la negociación colectiva nos ofrece, si bien de una manera más puntual, otros sistemas de pago que introducen variaciones y elementos nuevos en relación a la dinámica habitual que sigue este complemento salarial, los cuales inciden en la forma en que se valora el cumplimiento del objetivo que se fija el complemento salarial y en la concreción y forma de pago de la cuantía a percibir por el trabajador.

En este sentido, por ejemplo, en ocasiones los convenios colectivos en lugar de fijar el pago mensual del complemento, optan por realizar un pago único anual del mismo teniendo en cuenta el nivel de absentismo del trabajador a lo largo de todo el año, de manera que según las ausencias producidas a lo largo del año la cuantía a percibir será una u otra⁽⁴²⁾. Cabe indicar que tales percepciones en ocasiones se articulan bajo la denominación de «premios» en lugar de referirse a ellas con términos como «prima», «incentivo», etcétera, que están vinculados⁽⁴³⁾ al mismo objetivo, es decir, a la reducción del nivel de absentismo en la empresa.

Otro sistema de articular este complemento consiste en incorporar un elemento de carácter colectivo, de tal manera que el pago del complemento salarial ya no se hace depender en exclusiva del comportamiento individual del trabajador, sino que junto al mismo se requiere el cumplimiento de un objetivo general por parte de toda la plantilla de la empresa.

Así sucede, por ejemplo, en el Convenio colectivo de Saint Gobain Vicasa, SA (Fábricas)⁽⁴⁴⁾ en el que se prevé una prima de reducción de absentismo de retribución mensual, de carácter individual que para su cobro exige el cumplimiento de dos condiciones mínimas

(40) Vid. por todos I Convenio colectivo de Puerto Seco Santander-Ebro, SA (BOE de 28 de marzo de 2012). Art. 23.4.

(41) Vid. I Informe Adecco sobre Absentismo, *op. cit.* p. 2.

(42) Vid., por ejemplo, art. 51 d) del Convenio colectivo de Teka Sanitary Systems, SA (BOE de 30 de marzo de 2011).

(43) Vid. por ejemplo, art. 169 del Convenio colectivo de Finzauto, SA (BOE de 26 de agosto de 2011); art. 54 del Convenio colectivo de la Asociación de Empleados de Iberia, Padres de Minusválidos. (BOE de 11 de mayo de 2011); art. 6.1 del Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA (BOE de 2 de agosto de 2011); art. 19. 3.5 del IV Convenio colectivo de la Compañía Casera, SA (BOE de 28 de septiembre de 2011); art. 44.2 del Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA. Unidad TLS-Train Life Services. (BOE de 28 de octubre de 2011) y art. 31 del Convenio colectivo del sector de Automoción de Huelva. (BOE de 4 de noviembre de 2011).

(44) BOE de 4 de octubre de 2011.

imprescindibles: A) que el absentismo mensual del centro, para el conjunto del personal afectado, sea inferior o igual al del presupuesto; y, B) que el número de ausencias individuales computables no sea superior a 1 día al mes. Caso de cumplirse los condicionantes anteriores, la cuantía personal de la prima estará modulada por los factores mencionados de forma que el absentismo de fábrica (objetivo de carácter colectivo) determinará la cuantía inicial de la prima de modo que si el nivel de absentismo se encuentra entre 0% i 4,5%, la cuantía inicial es de 24,09 euros/mes por persona; si es del 4,51% al 5,5% la cuantía inicial es de 18,04 euros/mes por persona; si es del 5,51% al 7,5% la cuantía será de 12,05 euros/mes por persona y, a partir del un nivel de absentismo superior al 7,5% no se tendrá derecho a percibir cuantía alguna. A partir de esta cuantía inicial lo que percibirá individualmente el trabajador dependerá de las faltas de asistencia propias de cada trabajador, de manera que si durante el mes no se ha producido ninguna ausencia computable se percibirá el 100% de la cuantía inicial fijada, si se ha producido un día de ausencia, la cuantía se reducirá al 50% del total de la cuantía inicial y a partir de 2 días de ausencia no se percibirá la prima salarial⁽⁴⁵⁾.

Otro ejemplo en el que se combinan las variantes anteriormente señaladas se encuentra en el IV Convenio colectivo de Exide Technologies España, SA⁽⁴⁶⁾, el cual prevé una prima de absentismo, en este caso de pago anual, ligada a la reducción de absentismo por enfermedad y accidente común, que se percibirá cuando junto a la reducción del absentismo individual del trabajador concorra un nivel de absentismo colectivo por debajo de un determinado porcentaje⁽⁴⁷⁾. Por lo tanto, aunque el trabajador individualmente pueda cumplir con el objetivo de no superar determinados niveles de absentismo, si a nivel colectivo no se está por debajo de los porcentajes fijados en el convenio colectivo, el trabajador no tendrá derecho a la correspondiente prima de absentismo.

Un ejemplo interesante en el que se combinan las dos mismas variables, es decir los índices de absentismo colectivo e individual, es el previsto en el artículo 28 del Convenio colectivo de Fertiberia, SA⁽⁴⁸⁾. En este convenio se parte del reconocimiento de un plus de reducción de absentismo laboral ligado al cumplimiento de unos índices de absentismo en los diferentes centros de trabajo de la empresa. El objetivo a cumplir se establece por cuatrimestres naturales, de manera que si en un centro de trabajo durante un cuatrimestre se consigue estar en los índices de absentismo de referencia marcados, los trabajadores

(45) *Vid.* art. 49.

(46) BOE de 27 de abril de 2011.

(47) Concretamente la Disposición adicional cuarta del IV Convenio colectivo de Exide Technologies España, SA indica que el objetivo de absentismo individual a cumplir y prima anual a percibir será de:

Nivel individual igual o inferior al 3,5%: 70 euros/año.

Nivel individual igual o inferior al 2,0%: 90 euros/año.

Nivel individual 0%: 110 euros/año.

Asimismo se establece un objetivo de absentismo colectivo para el cobro de la prima individual para los próximos años de:

- a) para los centros con un nivel de absentismo superior o igual al 4% estar por debajo de 4,5% en el absentismo acumulado de cada año fiscal.
- b) para los centros con un nivel de absentismo por debajo del 3, no incrementar por encima del 3,5% el absentismo acumulado en cada año fiscal.

(48) BOE de 30 de enero de 2012.

reciben por cada mes que se ha estado en los índices el correspondiente plus, siempre que a nivel individual el trabajador no haya faltado ningún día al trabajo. No obstante, a final de año, si un trabajador no se hubiera ausentado ningún día de su trabajo y pese a que en su centro no se hayan alcanzado los índices de absentismo marcados, tendrá derecho a percibir el plus correspondiente a un cuatrimestre.

Como puede observarse en estos ejemplos, el modo de fijar la prima de asistencia y puntualidad supone dos importantes variaciones respecto a la estructura clásica de ordenación de dicho complemento, ya que por un lado se incorpora el cumplimiento de un objetivo colectivo y, por otro lado, el establecimiento de un sistema de pago anual, los cuales hacen que dicha prima se aproxime a la categoría de los complementos de productividad previstos por trabajo realizado e incluso a los vinculados con los resultados y beneficios de la empresa. A nuestro parecer con la inclusión de este tipo de elementos más propios de otras categorías salariales, las empresas buscan una mayor implicación de los trabajadores en un objetivo largamente perseguido como es la eliminación o la reducción sustancial de los niveles de absentismo laboral, el cual es evidente que sólo se consigue o tiene unos efectos relevantes si la totalidad de la plantilla se siente partícipe. Ahora bien, tal y como ya hemos indicado en otro apartado de este trabajo, la vinculación de la consecución de incrementos salariales a un colectivo de trabajadores puede llevar a la frustración individual del trabajador cuando todo el colectivo de trabajadores no se identifican con el objetivo a conseguir e incluso a desistir en alcanzar los objetivos individuales propuestos.

En esta línea nos parece interesante que los convenios colectivos prevean incentivos salariales para la reducción del absentismo que combinen ambas modalidades, es decir, que por un lado se pueda percibir un complemento ligado exclusivamente a la permanencia y puntualidad individual del trabajador, pero que al mismo tiempo, dicho complemento se pueda incrementar en función de los niveles generales de absentismo de la empresa. De este modo, la falta de cumplimiento del objetivo colectivo de absentismo no repercute sobre el complemento individual del trabajador, sino que únicamente le afectaría cuando el objetivo se alcance viendo incrementada la cuantía inicialmente obtenida por el trabajador⁽⁴⁹⁾.

2.3. Las tasas de absentismo como criterio para la determinación de otras partidas salariales

Junto a la previsión expresa de un complemento ligado a la asistencia y puntualidad en el trabajo por parte del trabajador, ya sea valorada de forma individual o con la introducción de variables de carácter colectivo, también es posible identificar un grupo de convenios colectivos que, con independencia de que puedan incluir o no un complemento de esta naturaleza, incorporan los niveles de absentismo y su reducción entre los elementos a

(49) Esta misma propuesta se recoge en el I Informe de Adecco sobre Absentismo, *op. cit.* p. 5. Según se indica en este informe, la formulación mixta del complemento se considera especialmente acertado ya que con ello se puede conseguir satisfacer tanto los intereses empresariales, como los de los trabajadores, ya que por un lado, seguramente el empresario al fijar este tipo de complementos está principalmente interesado en el porcentaje total de ausencias y no la de un trabajador en concreto y, por otro lado, al tener en cuenta para modular el complemento no sólo las ausencias totales de la empresa, sino también las individuales de cada trabajador, se evita generar un clima de trabajo tenso entre los trabajadores absentistas y no absentistas.

valorar para el reconocimiento de otros complementos salariales. Se trata de supuestos ligados a complementos salariales de carácter variable y que se vinculan a la consecución de determinados objetivos, en los que la reducción del absentismo se conforma como un «item» más a alcanzar.

Un ejemplo de este tipo de complemento lo encontramos en el artículo 11 del VI Convenio colectivo de la Delegación de ESK, SA en la provincia de Huelva y sus zonas de influencia⁽⁵⁰⁾, en el cual se fija un complemento de productividad y calidad en el trabajo fijado en 250 euros anuales de percepción mensual siempre que anualmente y a nivel personal se cumplan los siguientes objetivos: reducción del nivel de absentismo de un 50% sobre el del año anterior; no existencia de sobrelLENADOS en los trabajos de distribución; no existencia de quejas ni reclamaciones por parte de los clientes de la empresa; cumplimiento de los plazos de entrega y distribución, fijado en 72 horas, siempre que las causas no sean imputables al trabajador; conservación, revisión y mantenimiento en el vehículo asignado; y reducción del consumo personal de la telefonía móvil en un 25% sobre el año anterior.

En la misma línea se inscribe el XI Convenio colectivo de Repsol Química, SA⁽⁵¹⁾, que en el artículo 48.d) establece la que denomina «retribución variable por objetivos» y que según se indica en este precepto tiene como finalidad potenciar que el compromiso de todas las personas que trabajan en el Grupo se oriente hacia la consecución de los objetivos clave de cada unidad organizativa, a la vez que introducir una cultura de medición de la eficiencia de las organizaciones. A estos efectos se acuerda destinar el 1% de la masa salarial correspondiente al año 2012 y el 2% en el año 2013 al pago de dicha retribución y su obtención está condicionado al cumplimiento de los objetivos marcados, que en un número máximo orientativo de cinco, deberán ser grupales, cuantificables y medibles. Pues bien, entre los objetivos marcados para el año 2012 se encuentra el nivel de absentismo, según lo graduado en convenio.

También resulta interesante la inclusión que realiza algún convenio del absentismo laboral como variable a tener en cuenta a la hora de fijar la cuantía final a percibir por el trabajador en concepto de participación en beneficios. En este sentido, por ejemplo, el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección⁽⁵²⁾ incorpora el absentismo como concepto para incrementar la cuantía a percibir inicialmente por el trabajador bajo la categoría salarial de participación de beneficios. Así, en el artículo 71.2 se fija un incremento del 4,4% adicional del complemento en participación de beneficios en el caso de que el índice de ausencias al trabajo, cualquiera que fuera la causa de ellas, no alcance el 8% en ninguno de los meses de cada semestre natural, de la plantilla efectiva.

Un último ejemplo referido a esta manera de vincular la reducción de los niveles de absentismo laboral a la obtención de incrementos salariales es el previsto en el III Convenio colectivo de la Compañía Logística Acotral, SA, Transportes Consolidados Andaluces, SL y Acotral Distribuciones Canarias, SA⁽⁵³⁾, el cual configura el complemento de

(50) BOE de 4 de octubre de 2011.

(51) BOE de 5 de mayo de 2012.

(52) BOE de 9 de octubre de 2008.

(53) BOE de 28 de septiembre de 2011.

productividad de carácter individual a percibir anualmente por los trabajadores en base al cumplimiento de dos requisitos, uno es la realización de un mínimo de formación por parte del trabajador y el otro no contar con ninguna falta de asistencia al trabajo durante el período que se toma de referencia para su percepción⁽⁵⁴⁾.

Otra fórmula retributiva que se liga a los índices de absentismo laboral, que de manera puntual encontramos en algún convenio y que también resulta interesante, es la que condiciona la promoción económica del trabajador a determinados niveles de absentismo laboral. Un ejemplo de este sistema se encuentra en el II Convenio colectivo de Acciona Airport Services, SA⁽⁵⁵⁾, el cual al regular en su artículo 35 los niveles de progresión económica de los trabajadores incorpora entre los requisitos exigidos para su obtención no superar a nivel individual determinados niveles de absentismo en la empresa. En este caso, cabe indicar que a diferencia de los ejemplos anteriores el nivel de absentismo laboral no se configura como elemento definidor de un complemento salarial, sino que tal y como se regula más bien parece vincularse a lo que sería más propiamente el salario base.

Todos los ejemplos mencionados ponen claramente de manifiesto la versatilidad que tiene la ordenación del salario, la cual permite ofrecer múltiples fórmulas que resultan perfectamente válidas para la consecución de objetivos empresariales muy diversos y aparentemente desvinculados de la materia retributiva como es el caso de la reducción del absentismo laboral en la empresa. A este respecto, y desde nuestro punto de vista, las posibilidades que ofrece el salario en esta materia pueden resultar en muchas ocasiones incluso más eficaces que otros mecanismos de carácter sancionador o que ponen de relieve más claramente sus efectos punitivos como es el caso de la extinción por causas objetivas del artículo 52.1.c) y del despido disciplinario del artículo 54.1.a) ET, ya que al vincularse el absentismo laboral a la consecución de incrementos salariales, a los controles o a las evaluaciones que se precisan para realizar el seguimiento del absentismo laboral se les dota de una nota positiva, al contrario de lo que sucede con otras medidas que tienen la misma finalidad: reducir las ausencias de los trabajadores para mejorar la productividad y competitividad de la empresa.

2.4. Las «primas antihuelga»

No podemos finalizar este apartado sin realizar, aunque sea brevemente, una referencia a las denominadas «primas antihuelga». Cabe indicar que se trata de una práctica retributiva que ha ido desapareciendo con el paso de los años y en relación al estudio realizado de los convenios colectivos de los últimos años estamos en disposición de poder afirmar que no se ha detectado ningún convenio que mencione este tipo de primas.

Por «primas antihuelga» se entiende el «complemento retributivo de salario, abonado mensual o anualmente al trabajador como recompensa a su actitud exterior de no conflictividad laboral manifestada en su no participación en alteración alguna de la normalidad laboral»⁽⁵⁶⁾.

(54) *Vid.* art. 38.

(55) BOE de 28 de septiembre de 2011.

(56) MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas Tendencias...*, *op. cit.* p. 142.

Cabe indicar que durante largo tiempo la jurisprudencia se mantuvo un tanto vacilante respecto al tratamiento que debían recibir las ausencias ligadas al ejercicio del derecho de huelga, de manera que en ocasiones se alegaba su ilegalidad al considerarse una medida desproporcionada al vincularse la concesión de un complemento a la comisión de dichas ausencias, además de considerarse una práctica antisindical⁽⁵⁷⁾, mientras que en otras ocasiones se admitió al entenderse que se trata de una manifestación más de las cláusulas de paz sindical que pueden introducirse en los convenios colectivos⁽⁵⁸⁾.

Actualmente se trata de una cuestión ya resuelta, gracias a la STC 189/1993, de 14 de junio, en la cual se realiza una interesante distinción entre lo que debe entenderse como «prima antihuelga», que en opinión del Alto Tribunal debe considerarse ilícita y otros complementos que se vinculan a todo tipo de ausencias del trabajador⁽⁵⁹⁾. De esta manera el Tribunal Constitucional declara inconstitucional cualquier cláusula convencional que prevea una prima que esté directa y únicamente conectada con el ejercicio del derecho de huelga, la cual se pierde por el mero hecho de participar en una huelga y no admite su equiparación a una cláusula convencional de paz sindical ya que la naturaleza de ambas cláusulas es diferente, de manera que mientras la cláusula de paz sindical tiene un claro componente obligacional, la prima antihuelga se enmarca dentro del contenido normativo del convenio colectivo, además de que este tipo de primas supone una clara y directa restricción al ejercicio de un derecho reconocido como fundamental por la Constitución Española⁽⁶⁰⁾.

A partir de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional y, a «sensu contrario», se viene considerando lícitos y, por tanto, alejados de las «primas antihuelga», aquellos incentivos, pluses y premios de puntualidad previstos en un convenio colectivo y que no gravan especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga, ya que el número de ausencias por huelga se diluye en el cómputo global de ausencias como una causa más sin que tengan especial repercusión, ya que tanto integran el índice de absentismo las bajas intermitentes por enfermedad o accidentes como las ausencias debidas a la huelga, lucrando de igual modo el porcentaje mínimo de absentismo a efectos de devengar el incentivo controvertido.

A partir de la STC 189/1993, los tribunales han venido aplicando la doctrina constitucional, aunque incorporando algún matiz que a nuestro parecer resulta acertado. De esta manera se viene declarando ilícito todo complemento que se vincula directa y exclusivamente al ejercicio por parte del trabajador de su derecho de huelga y lícito si el complemento incluye las ausencias por huelga junto a otras ausencias ligadas a computar los

(57) LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El salario...*, op. cit. p. 474.

(58) ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*. Ed. Destusto. Bilbao, 1992, pp. 103 y 104.

(59) *Vid.* Fundamento Jurídico Octavo.

(60) Para un estudio de este tema *vid.*, entre otros, BAYLOS GRAU, A.: «Legalidad de la huelga y licitud de las primas antihuelga. Supuestos práctico y nota doctrinal». *Revista de Trabajo*, núm. 97/1990; CRUZ VILLALÓN, J.: «Primas antihuelga y primas de asistencia». *Revista de Política Social*, núm. 147/1985; GIL ALBURQUERQUE, R.: «Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de Seguridad Social» en BAYLOS GRAU, A. (Coord.): *Estudios sobre la huelga*. Ed. Bomarzo. Albacete, 2005, pp. 118 y ss.; y MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas Tendencias...*, op. cit. pp. 142 y ss.

niveles de absentismo en la empresa⁽⁶¹⁾, si bien, y aquí se introduce el matiz anunciado, el Tribunal Supremo entiende necesario la inclusión expresa entre las ausencias computables la referida al ejercicio de huelga, de manera que en el caso de falta de previsión por parte del convenio, el silencio convencional no puede interpretarse como equiparación tácita de la huelga a una ausencia al trabajo perjudicial para el devengo del plus de asistencia, dado el carácter fundamental que el derecho de huelga merece en la Constitución Española⁽⁶²⁾.

3. PERCEPCIONES EXTRASALARIALES Y ABSENTISMO LABORAL

3.1. Consideraciones previas

Dentro del conjunto de percepciones que puede recibir el trabajador con ocasión de su trabajo por cuenta ajena, existe la posibilidad de que algunas de estas partidas queden excluidas de su consideración como salario. Esta exclusión se producirá en aquellos casos en que una percepción económica no reúna las notas identificativas de las partidas salariales, respondiendo a una finalidad diferente a la de compensar económicamente al trabajador por el trabajo realizado⁽⁶³⁾.

Estas partidas responden a la denominación de «percepciones extrasalariales» y según el artículo 26.2 ET, tales percepciones se estructuran en base a tres categorías diferentes. Una primera la conforman las llamadas « indemnizaciones y suplidos realizados como consecuencia de su actividad laboral», las cuales se excluyen de su consideración de salario al tener como finalidad «resarcir al trabajador de gastos que le ocasiona el cumplimiento del débito laboral y que necesariamente son imputables al empleador, dada la nota de ajenidad que configura la relación laboral»⁽⁶⁴⁾. De todas formas, convenimos con un sector de la doctrina⁽⁶⁵⁾ que el término «indemnización» parece aludir más directamente a una compensación estricta por los gastos ocasionados en la realización del trabajo, mientras que la palabra «suplido» permite una interpretación más amplia entendiéndose como mera compensación o como una cantidad fijada de antemano para esas eventualidades sin que tenga que responder exactamente al coste o gasto que realmente se ha ocasionado. En cualquier caso, la finalidad es siempre la misma, evitar que el trabajador sufra un perjuicio patrimonial como resultado de su actividad laboral, por lo que no debe suponer un beneficio superior a la cuantía del gasto efectivo o previsiblemente realizado⁽⁶⁶⁾.

Un segundo grupo de percepciones económicas que el artículo 26.2 ET excluye de la consideración de salario responden a todas aquellas cantidades que se configuran como

(61) *Vid.*, entre otras, STS de 19 de enero de 2001 (RJ 2001, 3386); STSJ Aragón de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004, 4041); SSTSJ Madrid de 26 de abril de 2006 (AS 2006, 1802) y de 23 de mayo de 2007 (AS 2007, 2122) y STSJ País Vasco de 14 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 21359).

(62) *Vid.* SSTS de 14 y 19 de abril de 2004.

(63) MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Estructura y cuantía...», *op. cit.* p. 888.

(64) MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «La nueva regulación del salario» en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Comentarios...*, *op. cit.* p. 38.

(65) GARCÍA MURCIA, J.: «Concepto y estructura del salario». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100-I/2000, p. 621.

(66) MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Estructura y cuantía...», *op. cit.* p. 889.

«prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social». Al igual que sucede con la primera categoría de percepciones extrasalariales, la razón que justifica su exclusión como partidas salariales tiene un origen ontológico, ya que dichas percepciones no son directa o indirectamente remuneratorias de la actividad laboral, sino que obedecen a una causa distinta⁽⁶⁷⁾, que será la protección frente a situaciones de necesidad que comporten al trabajador un exceso de gastos o una disminución de ingresos.

Sobre el alcance que debe otorgarse a este segundo grupo de percepciones extrasalariales se puede afirmar que pese a que tras la Reforma Laboral de 1994 que supuso la derogación de la Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1973, sobre la ordenación del salario, donde hasta el momento se venían concretando las percepciones incluidas en cada uno de las categorías establecidas por el artículo 26.2 ET, existe acuerdo en considerar que se incluyen las prestaciones de Seguridad Social que se abonen por las Entidades Gestoras y Servicios de aquella y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; las Mejoras Voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social y los demás servicios asistenciales y de Seguridad Social complementaria que puedan establecer las empresas, así como los de asistencia social relativa a fines formativos, culturales, deportivos o recreativos; los créditos no reintegrables en parte o en su totalidad, atenciones extraordinarias personales o familiares; y en general cualquier otro beneficio de las mismas características⁽⁶⁸⁾.

El último grupo de atribuciones económicas que el artículo 26.2 ET incluye dentro de la categoría de percepciones extrasalariales está formado por todas aquellas cantidades que recibe el trabajador como consecuencia de la materialización de ciertas vicisitudes que pueden afectar al contrato de trabajo⁽⁶⁹⁾.

La finalidad principal de tales percepciones económicas se encuentra implícita en el propio término que se utiliza para su identificación, que no es otro que compensar o reparar un daño o situación perjudicial o desfavorable para el trabajador que se puede producir a lo largo del desarrollo de la relación de trabajo.

Dentro de este tercer grupo de percepciones extrasalariales quedan incluidas, por un lado, las prestaciones económicas vinculadas al traslado del trabajador producido a instancias de la empresa cuyo abono viene previsto por ley (artículo 40 ET) y que comprenderá los gastos tanto propios como de los familiares a su cargo, por otro lado, se incluyen aquellos derechos económicos pactados mediante acuerdo individual o colectivo a favor del trabajador en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo y, finalmente, las indemnizaciones por despido, quedando englobadas en este tercer grupo no sólo las indemnizaciones previstas para el despido disciplinario, sino también todas aquellas que se abonen cuando la extinción se produzca por cualquier causa en virtud de la cual el trabajador deba ser indemnizado⁽⁷⁰⁾.

(67) MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «La nueva regulación...», *op. cit.* p. 39.

(68) *Vid.* por todos ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L. M.; LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato Individual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 336.

(69) Un completo estudio sobre esta materia se encuentra en ALFONSO MELLADO, M. C.: *Indemnización entre empresario y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

(70) *Vid.*, entre otros, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales*. Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1999, p. 247.

La naturaleza jurídica de estas tres categorías retributivas que conforman las denominadas «percepciones extrasalariales», ligada siempre a connotaciones de carácter indemnizatorio o compensador puede llevar a dudar sobre su adecuación como instrumento dirigido a reducir los niveles de absentismo laboral en la empresa. Sin embargo, la práctica negocial viene poniendo de manifiesto la viabilidad de alguna de estas partidas económicas como mecanismo eficiente para incidir en un aspecto en principio tan alejado a los fines de las mismas.

En este sentido, el estudio realizado sobre la negociación colectiva de los últimos años pone de relieve la cada vez más habitual inclusión de los niveles de absentismo individual o colectivo de los trabajadores como criterio determinante de las cuantías a percibir por los trabajadores en concepto de Mejoras Voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, por lo que resulta interesante conocer el alcance y tratamiento que en estos momentos recibe el absentismo laboral en relación a la percepción de esta categoría retributiva extrasalarial.

3.2. La incidencia de los niveles de absentismo laboral en la determinación de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social

Es sabido que las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social se configuran como medidas complementarias de Seguridad Social con una larga tradición dentro de nuestro sistema de protección social y que tienen como finalidad incrementar las cuantías que inicialmente va a percibir el trabajador del sistema de la Seguridad Social. Tales cuantías actualmente se articulan únicamente por medio de las denominadas mejoras voluntarias directas, que comportan una adición sin más a las cuantías a las que ascienden las prestaciones de Seguridad Social, si bien, únicamente referidas a prestaciones económicas que no exigen legalmente su articulación por medio de un Plan de Pensiones o un contrato de seguro⁽⁷¹⁾.

El marco natural de desarrollo de este tipo de mejoras voluntarias es la negociación colectiva y en este ámbito negociador encontramos continuas manifestaciones del vínculo que cada vez con mayor asiduidad se está forjando entre los índices de absentismo y la cuantía a percibir por el trabajador en concepto de mejora voluntaria. Debe indicarse, no obstante, que tal vínculo sólo se ha podido detectar en relación a la mejora voluntaria directa que en ocasiones se prevé para los supuestos de Incapacidad Temporal. Una opción que no es en absoluto fortuita, ya que de todos es conocido el especial interés que siempre han mostrado las empresas en reducir las ausencias motivadas por la IT de los trabajadores,

(71) Para un estudio sobre esta materia *vid.* CASAS BAAMONDE, M. E.: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1977; FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004; MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*. Ed. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1970; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes del sistema de empleo: incidencia de la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997; ROMERO BURILLO, A. M.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2002 y SUÁREZ CORUJO, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2003.

al ser las ausencias más habituales y las que generan mayores repercusiones económicas y organizativas para las mismas⁽⁷²⁾.

La forma en que se articula este mecanismo de control del absentismo laboral en los supuestos de IT consiste en condicionar los incrementos de la prestación que originariamente se percibe de la Seguridad Social y que se reciben de la empresa en función del número de ausencias al trabajo cometidas por el trabajador.

De acuerdo con el estudio realizado de la reciente negociación colectiva los elementos comunes que definen a este tipo de mejoras voluntarias son, por un lado, que el índice de absentismo a tener en cuenta es el referido a todo el colectivo de trabajadores, por otro lado que la pauta temporal es el del año anterior a la baja del trabajador y, finalmente, que sólo se condiciona la percepción de esta cuantía en relación a la IT por contingencias comunes.

Un ejemplo que responde a estas características es el artículo 45 del Convenio colectivo de Saint Gobain Vicasa, SA⁽⁷³⁾, en el cual se fija la percepción de una mejora voluntaria para los trabajadores que se encuentren de baja con motivo de una Incapacidad Temporal, de manera que si la IT tiene su origen en un accidente de trabajo o una enfermedad profesional la empresa se compromete a complementar hasta el cien por cien de la retribución total diaria como si estuviera en activo, sin que se fije condición alguna a dicha percepción. Por el contrario, si la IT tiene su origen en una enfermedad común o accidente no laboral, sólo si el índice de absentismo es inferior al 4,50%, la empresa complementará hasta el cien por cien de la retribución total diaria como si estuviera en activo desde el primer día de la Incapacidad Temporal, por lo que si ese índice de absentismo se alcanza o se supera el trabajador sólo percibirá la cuantía correspondiente al subsidio de IT por contingencias comunes que se prevé por el sistema de la Seguridad Social⁽⁷⁴⁾.

Sobre esta ordenación general que se realiza de la mejora voluntaria por IT contamos con algunos ejemplos de convenios que introducen ciertas variaciones sobre la misma que inciden, básicamente, en el incremento del porcentaje de la mejora a percibir, en la vinculación del nivel de absentismo individual del trabajador y en la revisión de la mejora voluntaria en función de la evolución temporal de los índices de absentismo laboral de la empresa.

Así, por ejemplo, el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón⁽⁷⁵⁾ reconoce en el artículo 15.2 una mejora voluntaria en la prestación de IT por contingencias comunes consistente en el pago del 100% del salario real del trabajador en jornada ordinaria

(72) Vid. I Informe Adecco sobre absentismo, *op. cit.* p. 2.

(73) BOE de 3 de febrero de 2012.

(74) Vid., en este mismo sentido, art. 6.9 del Convenio colectivo de «Ence, SA» y sus centros de Madrid y del Centro de Investigación Tecnológico de Pontevedra (BOE de 11 de abril de 2012); art. 12 del II Convenio colectivo de Albatros Servicios Industriales, SA (BOE de 21 de noviembre de 2011); art. 58 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 15 de febrero de 2010); art. 9 del I Convenio colectivo del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (BOE de 17 de junio de 2008); art. 14 del I Convenio colectivo de RENFE-Operadora (BOE de 24 de abril de 2008); art. 64 del Convenio colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida para el período 2006-2008 (BOE de 19 de diciembre de 2006).

(75) BOE de 27 de diciembre de 2011.

siempre que en los doce últimos meses el índice de absentismo de la plantilla oscile entre el 0 y el 3,5%. A partir de este índice de absentismo, el convenio prevé una reducción de la mejora voluntaria a medida que el índice de absentismo se incrementa, de tal manera que a mayor índice de absentismo se reduce la cuantía de la mejora voluntaria a percibir hasta llegar a completar el 80% del salario⁽⁷⁶⁾.

Otro sistema de modular la mejora voluntaria en función del grado de absentismo consiste en vincularla a las propias bajas del trabajador, como realiza el Convenio colectivo de La Voz de Galicia, SA⁽⁷⁷⁾ que al fijar la cuantía del complemento de IT tiene en cuenta el número de bajas anteriores del trabajador, de tal manera que si se trata de la primera o la segunda baja del año, la prestación se complementa hasta el 100% del salario; si se trata de la tercera baja del año, el complemento será del 90% del salario y a partir de la cuarta baja anual se deja de percibir el complemento, percibiéndose únicamente la cuantía correspondiente a la prestación de la Seguridad Social⁽⁷⁸⁾.

En la misma línea se mueve la regulación contenida en el Convenio colectivo de los grandes almacenes, para el período de 2009-2012⁽⁷⁹⁾, aunque en este caso el reconocimiento de la mejora voluntaria no se realiza «a priori» sino que se paga una vez computado el número de bajas durante cada año. Así, se indica que el trabajador inicialmente no tendrá derecho a ninguna mejora voluntaria de la prestación de IT, pero si al finalizar el año se comprueba que el trabajador no ha causado baja nuevamente por IT por contingencias comunes, al finalizar el año el trabajador tendrá derecho a percibir el 100% del salario base o de grupo, correspondiente a los tres primeros días de baja.

El mismo sistema pero a la inversa es el que se prevé en el artículo 50.4 del Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines⁽⁸⁰⁾. En este convenio, en lugar de realizar el pago de la mejora voluntaria «a posteriori» una vez conocido el índice de absentismo individual del trabajador afectado por la baja de IT, se opta por realizar el pago «a priori» de la mejora y, en su caso, si el índice individual de absentismo supera

(76) El art. 15.2.1 indica que «En función del índice de absentismo, para el conjunto de los trabajadores de cada centro de trabajo (...) en el cómputo de los doce meses anteriores se establece la siguiente escala para el siguiente Convenio Colectivo:

- a) Del 0 al 3,5 de absentismo, el 100% del salario.
- b) Del 3,51 al 4,50 de absentismo..... el 95% del salario.
- c) Del 4,51 al 5 de absentismo..... el 90% del salario.
- d) Del 5,01 al 6 de absentismo..... el 85% del salario.
- e) Del 6,1 al 7 de absentismo..... el 80% del salario.

(77) BOE de 12 de marzo de 2012. Art. 52.

(78) Otros ejemplos en la misma línea se encuentran en el art. 41 del Convenio colectivo del sector de hostelería y actividades turísticas (BOE de 3 de marzo de 2012); en el art. 32 del IV Convenio colectivo sectorial de las cadenas de tiendas de conveniencia (BOE de 23 de julio de 2010); en el art. 72 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines (BOE de 14 de septiembre de 2010); el art. 64 del IV Convenio colectivo general de la ferralla. (BOE de 3 de agosto de 2009); art. 36.4 del XV Convenio colectivo de la industria química (BOE de 29 de agosto de 2007) o en el art. 40 del Convenio colectivo estatal de distribuidores de productos farmacéuticos para el período 2005-2007 (BOE de 18 de enero de 2006).

(79) BOE de 5 de octubre de 2009.

(80) BOE de 15 de diciembre de 2011.

un determinado nivel en un plazo de tiempo se procede a su posterior descuento⁽⁸¹⁾. Una variante sobre este procedimiento es reconocer la mejora voluntaria en función del índice de absentismo individual del trabajador en un período temporal de referencia anterior a la baja por IT⁽⁸²⁾.

Por último, un ejemplo en el que se fija una modulación de la mejora voluntaria en función de la evolución de los índices de absentismo en la empresa a lo largo del tiempo lo encontramos en XIV Convenio colectivo de la ONCE y su personal⁽⁸³⁾, el cual en principio prevé para todos los trabajadores que causen baja por IT por contingencias comunes una mejora voluntaria del 100% del salario base y complemento de antigüedad y desempeño desde el trigésimo primer día de baja. No obstante, también indica que con carácter trimestral si el índice anual de absentismo por contingencias comunes registrado por toda la plantilla de la ONCE, en el período de los doce meses anteriores, fuera inferior al 7% en cómputo estatal, la empresa procederá a complementar durante el siguiente trimestre el 100% de la prestación por IT, desde el primer día de inactividad. Sin embargo, si dicho índice fuera superior al 9,50% en cómputo estatal la empresa cesará totalmente en el abono del complemento durante el siguiente trimestre⁽⁸⁴⁾.

4. LA PÉRDIDA DE VENTAJAS RETRIBUTIVAS Y SU DISTINCIÓN DE LA SANCIÓN PROHIBIDA DE «MULTA DE HABER»

A lo largo de los anteriores apartados de este trabajo se ha hecho referencia a diversas fórmulas retributivas, tanto a nivel de percepciones salariales, como «extrasalariales», que reconocen una ventaja económica individual para aquellos trabajadores que no se ausentan en determinadas circunstancias en la empresa, o lo hacen por debajo de determinados porcentajes contribuyendo, de esta forma, a reducir los niveles de absentismo en la empresa y a mejorar su productividad.

El modo en que se articulan dichas ventajas económicas implican que en el caso de que el trabajador se ausente o incurra en una falta de puntualidad a la hora de desarrollar su prestación de servicios, ya sea por una impuntualidad en el inicio o finalización de su trabajo, el trabajador verá como tales ventajas no se adicionan al montante retributivo a percibir o éste se ve reducido. De este modo, si el trabajador procede en su trabajo de acuerdo con las indicaciones de asistencia y puntualidad establecidos en la empresa verá reconocido el correspondiente complemento salarial, la percepción del premio previsto, incrementada la cuantía correspondiente a la prestación de IT, etcétera, pero no se percibirán en el caso contrario.

(81) *Vid.*, en un mismo sentido, art. 49.4 del Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines (BOE de 15 de diciembre).

(82) Este es el sistema seguido por el Convenio colectivo nacional de mataderos de aves y conejos (BOE de 6 de julio de 2007), el cual prevé en el Anexo III destinado al establecimiento de las normas a seguir en caso de ausencia del centro de trabajo del trabajador que la mejora voluntaria de IT por contingencias comunes sólo se percibirá si el índice de absentismo del trabajador no supere el 5% en el año natural anterior a la baja.

(83) BOE de 14 de octubre de 2009.

(84) *Vid.* Art. 74.

La pérdida que comporta la falta de asistencia y puntualidad en el trabajo de tales ventajas económicas en estos casos nos lleva a plantearnos su compatibilidad con la prohibición expresa que se realiza en el artículo 58.3 ET a la imposición de «multas de haber» por parte del empresario como sanción ante cualquier incumplimiento de los deberes del trabajador en el desarrollo de su prestación de servicios.

La duda se suscita ya que existe acuerdo en considerar que el artículo 58.3 ET al referirse a la prohibición de establecer como sanción laboral la «multa de haber» debe realizarse una interpretación amplia, alejada de su tenor literal, entendiéndose que el bien jurídico en este caso son los derechos económicos, con lo cual se prohíben las sanciones que ataquen al salario, indemnizaciones, gastos y cualquier derecho económico⁽⁸⁵⁾. Tal interpretación se sustenta en la propia historia de esta multa de haber que evidencia que la finalidad no es sólo la preservación de la función alimentaria del salario, sino también el enriquecimiento injusto del empresario⁽⁸⁶⁾.

Ahora bien, también se viene indicando que no se puede realizar una interpretación extensiva de la prohibición de la «multa de haber», ya que ello podría llevar a cuestionar muchas sanciones que de forma indirecta comportan perjuicios económicos para el trabajador, como es el caso de la suspensión de empleo y sueldo⁽⁸⁷⁾.

Como puede observarse, la línea divisoria entre una sanción legal e ilegal es muy sutil y es susceptible de no pocas controversias. A nuestro parecer, las propuestas analizadas en este trabajo se ajustarían a la legalidad y, por lo tanto, se tratarían de disminuciones económicas no susceptibles de encuadrarse en la denominada «multa de haber», ya que en estos casos la pérdida retributiva está vinculada a supuestos de prestaciones defectuosas del trabajador. La no percepción está directamente relacionada con la falta de cumplimiento de los requerimientos previstos convencionalmente a la prestación de trabajo.

A nuestro parecer tales supuestos se alejan de aquellos complementos que según la doctrina son ilegales, los cuales se pierden por la comisión de una falta, cuyo factor determinante es la conducta consistente en un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones observadas por el trabajador durante el período de tiempo al que corresponde su trabajo. El problema se plantea porque es posible establecer un complemento salarial por el correcto cumplimiento del trabajo, una de cuyas manifestaciones debería ser la no comisión de faltas laborales. Pero estos complementos suponen una desproporcionada reducción del salario, unida, muchas veces, a la sanción que ya se ha impuesto⁽⁸⁸⁾. Por tanto, según la doctrina sólo serían lícitos cuando la percepción del plus se perdiera en los supuestos de prestaciones defectuosas del trabajador, con independencia de que fuesen o no constitutivas de faltas, pues en ese caso ya no tendría la función sancionadora adicional⁽⁸⁹⁾.

(85) POQUET CATALÁ, R.: *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 234 y 235.

(86) JUANES FRAGA, E.: «Artículo 58» en DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Iustel. Madrid, 2011, p. 995 y POQUET CATALÁ, R.: *La actual configuración...*, *op. cit.* p. 235.

(87) POQUET CATALÁ, R.: *La actual configuración...*, *op. cit.* p. 235.

(88) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *El poder disciplinario en la empresa*. Ed. Civitas. Madrid, 1991, p. 269.

(89) *Ibid.*

LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS INTERVENCIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA⁽¹⁾

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

La protección laboral y de Seguridad Social de las intervenciones de cirugía estética

El sometimiento por parte de un trabajador a una intervención de cirugía estética tiene una repercusión en la prestación de servicios, pues durante un tiempo, mayor o menor, dependiendo de la entidad de la intervención, se encuentra impedido para el trabajo, surgiendo una relevante y controvertida cuestión consistente en determinar el nivel de protección laboral y de Seguridad Social que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a estos supuestos. En concreto, se plantea la cuestión referente a la situación en que se encuentra el contrato de trabajo durante el período en que el trabajador está impedido para el desempeño de su actividad y, sobre todo, adquiere especial relevancia la protección económica que recibe el trabajador en estos supuestos, esencialmente la protección que puede recibir del sistema de Seguridad Social a través de la prestación económica por incapacidad temporal. A tal efecto, el asunto esencial radica en determinar si las intervenciones de cirugía estética conforman o no situaciones determinantes de la contingencia de incapacidad temporal, para lo que se ha de analizar la concurrencia de los elementos o requisitos legales que configuran la misma.

Palabras clave: incapacidad temporal, prestaciones de la Seguridad Social, suspensión del contrato de trabajo, cirugía estética.

ABSTRACT

Labor protection and social security in plastic surgery operations

When a worker subjects him/herself to a plastic surgery it has certain consequences in the service supply since, during some time, longer or shorter, depending on the importance of the operation, the worker will be disabled for work, arising the relevant and controversial issue of determining the level of labor protection and Social Security that our legal system offers in these cases. In particular, it raises the question referring to the situation of the working contract during the period in which the worker is disabled for working, mainly, it acquires special relevance the economic protection that the worker receives in these suppositions, essentially the protection that can be received from the Social security system through the economic compensation for temporary disability. To such an effect, the essential matter lies in determining if plastic surgery operations are or not decisive situations of temporary disablement contingency, for this the concurrence of the elements or legal requirements configuring it have to be analyzed

Keywords: temporary disability, Social Security benefits, suspension of the employment contract, plastic surgery.

Fecha de recepción: 24/6/2013

Fecha de aceptación: 24/6/2013

(1) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto coordinado I+D+I: «El tratamiento laboral, preventivo y de Seguridad Social de las enfermedades derivadas del trabajo» (DER2009-12887-C02-C01), financiado por el Ministerio de Ciencia y Innovación, en el que la autora participa como miembro del grupo de investigación.

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO Y DATOS DE INTERÉS.
 2. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS INTERVENCIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA.
 - 2.1. **Protección máxima del contrato de trabajo: suspensión del contrato de trabajo y permiso de trabajo.**
 - 2.2. **Protección mínima del contrato de trabajo: excedencia voluntaria.**
 - 2.3. **Otras figuras sin repercusión en la relación jurídico-laboral: descanso semanal y vacaciones.**
 3. LA PROTECCIÓN DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.
 - 3.1. **La cirugía estética no determinante de la situación de incapacidad temporal.**
 - 3.2. **La cirugía estética determinante de incapacidad temporal y protegida por el sistema de Seguridad Social.**
 4. CONCLUSIÓN.
-

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO Y DATOS DE INTERÉS

A finales del año 2010 se presentó un estudio titulado «*La realidad de la cirugía estética en España*», realizado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE) y donde se recoge, por primera vez, información real y contrastada sobre la situación de este tipo de intervenciones a nivel nacional. Uno de los datos más destacados es que, durante el año 2009, se realizaron 105.000 intervenciones de cirugía estética en España. Estas cifras se corresponden con las reflejadas por la encuesta realizada por la ISAPS (International Society of Aesthetic Plastic Surgery) que sitúan a España en el puesto quince en número de intervenciones de cirugía estética a nivel mundial, siendo la cirugía facial la más demandada (un 42% del total), seguida de la cirugía de mama (29%), la liposucción (19%) y la cirugía corporal (20%)⁽²⁾.

Otro de los objetivos de este estudio consiste en estimar el coste de la cirugía estética en España. El volumen económico de estas intervenciones está en torno a los ciento seis millones de euros anuales, atendiendo sólo a los gastos hospitalarios, sin contar honorarios

(2) También se contemplan datos sobre la distribución de las intervenciones por edades. En efecto, la distribución de las intervenciones según la edad muestra que, el 43% de éstas se realizaron a pacientes de entre 30 y 44 años, el 35% a aquellos con más de 45 y el 22% restante a los menores de 30. Si se comparan los parámetros de género y edad, se observa que los patrones de conducta son similares para hombres y mujeres. Hasta los 29 años, las mujeres se someten en mayor medida a cirugías de la mama; entre los 30 y 44 años, a cirugía facial; así como a partir de los 45 años en adelante, franja de edad en la que dicha cirugía copa el 54% del total. En el caso de los hombres, estos optan en mayor medida por la cirugía facial en todas las franjas de edad, y va en aumento según cumplen años, hasta llegar al 61% en el colectivo de 45 años en adelante.

profesionales. Según este estudio, el coste hospitalario medio más elevado lo ostentan las intervenciones de cirugía corporal seguidas de la cirugía de mama, la liposucción y la cirugía facial, que en la gran mayoría de las ocasiones no necesitan hospitalización. Debido a la situación económica de los últimos años, el número de intervenciones estéticas ha disminuido, si bien el 48% de los responsables de las clínicas y hospitales privados creen que las intervenciones de cirugía de la mama se incrementarán en los próximos años, siendo el tipo de intervención con mayor proyección de futuro. Con respecto a las intervenciones de cirugía facial, presentan una mayor proporción de entrevistados que pronostican un posible descenso, el 29%, y un 27% cree que se mantendrá estable. Asimismo, la liposucción tiende más a la estabilidad que al ascenso⁽³⁾.

Se han querido destacar estos datos para poner de manifiesto la importancia que tienen las intervenciones de cirugía estética para gran parte de la sociedad y para la economía. Pero lo que interesa es centrarnos en analizar la repercusión que tiene para la persona trabajadora el sometimiento a una intervención de cirugía estética, esto es, vamos a centrarnos en conocer la protección que desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social ofrece nuestro ordenamiento jurídico a la persona que siendo sujeto de un contrato de trabajo decide o, en su caso, tiene que someterse a una intervención de cirugía estética. De esta forma, vamos a analizar en qué posición se sitúa el trabajador y su contrato de trabajo durante la intervención de cirugía estética y el posterior tiempo de recuperación, así como la protección que, en su caso, le pueda otorgar el sistema de Seguridad Social, amparando la situación durante la cual el trabajador no puede acudir a su puesto de trabajo.

Y es que, con independencia del tipo de operación de que se trate, no sólo el día de la intervención sino también durante el período de tiempo que posteriormente se necesita para la recuperación, el trabajador no podrá acudir a su puesto de trabajo. Las cuestiones fundamentales que surgen al respecto son: por un lado, desde la perspectiva del contrato de trabajo, se plantea la cuestión de si el trabajador tiene o no derecho a la suspensión del contrato o a la utilización de cualquier otra figura que le permita ausentarse de forma justificada de su puesto de trabajo; y, por el otro, desde el punto de vista de la Seguridad Social, surge la cuestión sobre si el trabajador tiene derecho a recibir alguna prestación del Sistema de Seguridad Social, en concreto, el derecho a la asistencia sanitaria y a la prestación por incapacidad temporal, si bien no se puede descartar la posibilidad de causar derecho a otras prestaciones en el supuesto en que concurran determinadas circunstancias.

2. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS INTERVENCIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA

Es conocido que durante el transcurso de la relación laboral pueden surgir determinadas situaciones que impiden de forma temporal su normal desenvolvimiento, repercutiendo y afectando a la prestación del trabajador, a la del empresario o a la de ambos. Precisamente, la decisión o, en su caso, la necesidad del trabajador de someterse a una intervención de cirugía estética repercute y afecta a su prestación de trabajo pues durante un período de

(3) Para conocer más detalles y datos de este informe ver <http://blogs.periodistadigital.com/elbuenvivir.php/2010/12/20/p285479>.

tiempo, mayor o menor, dependiendo del tipo de intervención y de cada persona, no podrá cumplir con su obligación de trabajar. Se trata de una situación que impide el desarrollo de la actividad laboral, a partir de la cual hemos de analizar si tal situación puede considerarse causa de suspensión del contrato de trabajo o, en su caso, si es posible que el trabajador pueda hacer uso de otras figuras que asimismo protejan su puesto de trabajo frente a la decisión extintiva que pueda adoptar el empresario por faltas de asistencia al puesto de trabajo. En este sentido, vamos a diferenciar distintas figuras que pueden dar cobertura a la situación del trabajador durante la intervención de cirugía estética y durante el período de recuperación posterior, si bien con distinto alcance protector.

2.1. Protección máxima del contrato de trabajo: suspensión del contrato de trabajo y permiso de trabajo

Como es sabido, la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (artículo 45.2 del ET), implicando, pues, una paralización temporal o transitoria de los efectos principales del contrato de trabajo, aunque se mantiene el vínculo jurídico entre las partes y, en consecuencia, perviven ciertas obligaciones para ambas partes⁽⁴⁾. Atendiendo a las causas de suspensión del contrato de trabajo que se contemplan en el artículo 45.1 del ET, vamos a analizar si la situación del trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética puede constituir causa de suspensión de la relación laboral, esto es, vamos a ver si la operación de cirugía estética encaja en alguna de las causas legales que permiten la suspensión del contrato de trabajo. En caso afirmativo, el puesto de trabajo quedará protegido pues, como es sabido, el efecto esencial de la suspensión del contrato de trabajo es la reserva del correspondiente puesto de trabajo, por lo que al cesar la causa que le dio origen el trabajador tiene derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, excepto en los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 45 del ET, en cuyo caso se estará a lo pactado (artículo 48.1 del ET). Es, por ello, por lo que se ha incluido la suspensión del contrato de trabajo entre las figuras de protección máxima del contrato.

De las catorce causas que permiten suspender el contrato de trabajo, tres de ellas pueden proteger la situación del trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética: dos de ellas, el mutuo acuerdo de las partes y las causas consignadas válidamente en el contrato (apartados a) y b) del artículo 45.1 del ET), permiten la posibilidad de que las partes incluyan circunstancias o situaciones que pueden operar en el momento de la celebración del contrato de trabajo o con posterioridad, cuando se presente una determinada situación que recomiende la suspensión del contrato de trabajo, pudiendo incluirse en ambas causas la intervención de cirugía estética o supuestos similares; y la otra causa,

(4) Acerca de la naturaleza jurídica de la suspensión del contrato de trabajo y los efectos que produce vid, entre otros, ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 5, 1981; GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E.: «La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100, 2000; RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*. Bomarzo, 2007; RODRÍGUEZ COPE, M. L.: *La suspensión del contrato de trabajo*. CES, 2004; VIDA SORIA, J.: «La configuración jurídica general de la suspensión del contrato». *Revista de Política Social*, número 70, 1966; y VIDA SORIA, J.: «La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo». *Tribuna Social*, número 44-45, 1994.

la situación de incapacidad temporal del trabajador contemplada en la letra c) del artículo 45.1 del ET, también podría ofrecer protección al trabajador durante la intervención quirúrgica y el período posterior de recuperación, si bien el encaje en la incapacidad temporal requiere un análisis más detenido y detallado.

Dejando al margen la suspensión del contrato de trabajo por voluntad de las partes, en cuyo caso son éstas las que acordarán los términos del pacto –duración, requisitos y alcance de la reserva del puesto de trabajo– la incapacidad temporal del trabajador es la causa de suspensión del contrato que, en principio, puede proteger la situación del trabajador que no puede prestar sus servicios por haberse sometido a una intervención de cirugía estética. De hecho, en la praxis los servicios públicos sanitarios reconocen la situación de incapacidad temporal al trabajador que se encuentra impedido para el desarrollo de la actividad laboral por el sometimiento a una operación de cirugía estética (al margen de que dicha situación configure o no la contingencia por incapacidad temporal de la Seguridad Social), manteniendo una interpretación en sentido amplio de la suspensión del contrato por incapacidad temporal. Sin embargo, precisamente en el reconocimiento de la situación de incapacidad temporal por el diagnóstico de cirugía estética y, en concreto, en el propio concepto de incapacidad temporal, es donde surgen algunas dudas sobre si esta causa de suspensión del contrato de trabajo permite o no la protección del trabajador que decide someterse a una intervención de cirugía estética.

En efecto, el artículo 45.1.c) del ET no define la situación de incapacidad temporal sino que dicho concepto se contempla en el artículo 128 de la LGSS. La ausencia de una remisión expresa del precepto del ET a la normativa de Seguridad Social podría permitir entender que la causa de suspensión por incapacidad temporal prevista en el texto laboral puede entenderse en un sentido más amplio que la situación de incapacidad temporal definida en la ley a los efectos de Seguridad Social⁽⁵⁾. Desde esta perspectiva, sería la imposibilidad de la prestación de servicios por estar el trabajador impedido para el desarrollo de su actividad laboral lo que justificaría la suspensión del contrato de trabajo, al margen de que dicha causa de suspensión se configure o no como situación de necesidad protegida por el sistema de Seguridad Social y al margen, pues, de que concurren los requisitos que conforman la contingencia por incapacidad temporal. A tenor de esta interpretación amplia, el contrato de trabajo queda en suspenso en el caso en que el trabajador se someta a una intervención estética puesto que, sin duda, como se ha dicho, el trabajador queda temporalmente imposibilitado para la prestación de servicios. Y ello a pesar de que no se proteja económicamente al trabajador por no concurrir los requisitos que exige el artículo 128 de la LGSS al configurar la situación de incapacidad temporal. De esta forma, se produciría una disociación entre la protección laboral (causa de suspensión del contrato de trabajo) y la protección de la Seguridad Social (contingencia de incapacidad temporal) del trabajador, que podría justificar las ausencias al trabajo por hallarse impedido para prestar sus servicios (para lo que tendría que aportar el parte de baja médica expedido por el médico competente del Servicio de Salud) pero que podría no cumplir los requisitos para causar derecho a la prestación económica de Seguridad Social (ni a la prestación de asistencia

(5) En estos términos se pronuncia JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 2006, p. 100-101.

sanitaria) por no hallarse en una situación determinante de incapacidad temporal en cuanto contingencia cubierta y protegida por el sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, si se interpreta que la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal se ha de delimitar y definir en los términos previstos en la normativa de Seguridad Social, el trabajador que se someta a una intervención de cirugía estética puede que ni siquiera pueda justificar las ausencias al trabajo (como tampoco podría causar derecho a la prestación por incapacidad temporal). Y es que, según el artículo 128 de la LGSS tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal «*las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo*». Son, pues, dos los requisitos que constituyen la situación de incapacidad temporal: estar impedido para el trabajo y recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, siendo necesario asimismo que tanto el impedimento para el trabajo como la necesidad de recibir asistencia sanitaria obedezcan a una enfermedad o a un accidente que puede ser de origen profesional o común.

De esta forma, la cuestión estriba en analizar si la intervención de cirugía estética es o no situación determinante de incapacidad temporal, para lo que hay que analizar el cumplimiento de los requisitos que conforman esta causa de suspensión del contrato de trabajo. No surge ningún problema en relación con el requisito de estar impedido para el trabajo, pues el trabajador que decide o, en su caso, que necesita someterse a una intervención de cirugía estética no puede desempeñar su actividad, no sólo durante el día en el que se realiza la operación sino durante un tiempo posterior que resulta necesario para la recuperación y cura del trabajador. La dificultad emerge en el momento en el que se analiza si dicha imposibilidad deriva o no de accidente o enfermedad. Por ello, no se presentan problemáticos los supuestos en los que debido a un accidente, laboral o no, o a una enfermedad, sea común o profesional, el trabajador se somete a una intervención de cirugía estética, pues en estos casos el trabajador recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social para recuperar su salud, concurriendo, pues, los requisitos conformadores de la situación de incapacidad temporal. En estos supuestos, se produce una imposibilidad física de realizar la prestación de servicios por causas no imputables a la voluntad del trabajador debido a un suceso imprevisible⁽⁶⁾, en cuanto supuesto que justifica la suspensión del contrato de trabajo.

Sin embargo, más problemático es determinar si se cumplen estos requisitos en los supuestos en los que el trabajador libremente decide mejorar su aspecto físico mediante una intervención de cirugía estética, pues en tales supuestos no se ha producido ningún accidente ni el trabajador sufre ninguna enfermedad que acarree la necesidad de la intervención estética y, además, en estos supuestos tampoco tendrá derecho a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, tal y como se analiza en detalle posteriormente. En cualquier caso, se considera conveniente remitir el tratamiento detallado así como el razonamiento jurídico que permita resolver estos supuestos concretos a lo que se diga más adelante, cuando se analice el derecho del trabajador a recibir la prestación por incapacidad temporal de la Seguridad Social pues será, precisamente, a la hora de analizar si

(6) ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores», *op. cit.*, p. 23.

concorre la situación determinante de esta prestación definida en el artículo 128.1 de la LGSS cuando tengamos que abordar los principales problemas que surgen en relación con dicha cuestión.

Es, por ello, por lo que en estos momentos tan sólo nos basta con afirmar que la situación del trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética podrá ser o no causa de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, dependiendo del concepto de incapacidad temporal en cuanto causa de suspensión del contrato de trabajo (de su vinculación o no a la definición de incapacidad temporal a efectos de Seguridad Social) y de la concurrencia de los requisitos que conforman esta causa de suspensión en cada supuesto que se pueda presentar en la realidad. En consecuencia, la protección que el ordenamiento laboral brinda al trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética será menor o mayor, con reserva incluso del puesto de trabajo, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso. De esta forma, con independencia de que el desarrollo de los argumentos jurídicos se aborde posteriormente, la operación de cirugía estética puede ser causa de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal si se atiende a la mera imposibilidad e impedimento del trabajador para el desempeño de su actividad (interpretación amplia, al margen de la configuración de la contingencia de incapacidad temporal) y también en los supuestos en que concurren los requisitos del artículo 128.1 de la LGSS en los términos en que, se insiste, serán expuestos (en la interpretación más estricta, que hace coincidir la definición de incapacidad temporal como causa de suspensión del contrato y como contingencia protegida por nuestro sistema de Seguridad Social).

Asimismo, tampoco se presenta problemático (y también constituye, pues, causa de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal) la situación en que se puede ver inmerso el trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética –sea ésta o no causa de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal– y sufre complicaciones o un agravamiento de su estado de salud, pues en tales casos también concurren los requisitos que exige el artículo 128.1 de la LGSS. Es más, en tales supuestos el agravamiento o las complicaciones derivadas de la intervención estética pueden incluso dar lugar a la declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente, en cuyo caso, si al juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador puede ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente (artículo 48.2 del ET). De esta forma, se prolonga la reserva del puesto de trabajo y, en consecuencia, se incrementa la protección que ofrece el ordenamiento laboral al trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética de consecuencias graves y dañosas para la salud.

En estos supuestos en los que se dan las circunstancias que permiten que el trabajador pueda suspender su contrato de trabajo por incapacidad temporal, éste queda protegido al máximo nivel, pues, además de mantenerse en vigor su contrato de trabajo y, en consecuencia, quedar reservado su puesto de trabajo, puede tener derecho (si se cumplen los requisitos exigidos por la ley) a una prestación económica del sistema de Seguridad Social que sustituya las rentas dejadas de percibir durante el tiempo en que el trabajador se halle imposibilitado para desempeñar su actividad laboral.

De todas formas, se considera necesario matizar que la protección del puesto de trabajo que implica la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal nunca es absoluta puesto que dicha suspensión persigue como principal objetivo evitar que se produzca la extinción; pero la suspensión por incapacidad temporal implica que se mantiene vigente, con carácter general, la facultad extintiva del empresario siempre que derive de causas que se puedan alegar o producir durante el período suspensivo. Precisamente, la desaparición con la reforma laboral de 1994 de la regulación normativa que preveía de forma expresa la calificación de nulidad del despido producido durante la situación de suspensión del contrato por enfermedad (anterior artículo 55.6 del ET), dio lugar a una interpretación jurisprudencial y a la calificación de improcedencia, lo que produjo un debilitamiento de la tutela del trabajador enfermo desde el momento en que se permite la extinción injustificada, aunque indemnizada, de la relación laboral. En este sentido, se ha producido una dilatada polémica doctrinal y jurisprudencial que pretende dilucidar si el despido por enfermedad debe ser nulo bien porque se trate de un supuesto de despido discriminatorio por razón de enfermedad o bien porque se trate de un despido lesivo del derecho a la integridad física en relación con el derecho a la salud⁽⁷⁾, persiguiéndose, en última instancia, una mayor protección laboral del trabajador.

Al margen de la suspensión contractual, el trabajador puede ejercer otros derechos reconocidos por la normativa laboral o convencional, que persiguen conciliar las obligaciones laborales del trabajador con otros aspectos o intereses de su vida dignos de protección. En concreto, junto a la suspensión del contrato de trabajo, se ha de tener presente la posibilidad de que el trabajador pueda decidir someterse a una intervención estética utilizando un permiso de trabajo que pueda venir reconocido en el convenio colectivo de aplicación, puesto que por ley no se regula un permiso retribuido por este motivo. En efecto, ninguno de los permisos retribuidos regulados en el artículo 37.3 del ET permite que el trabajador se ausente del trabajo con derecho a remuneración para someterse a una intervención de cirugía estética; sin embargo, es posible que por convenio colectivo se regule un permiso, retribuido o no, que permita que el trabajador se ausente de su puesto de trabajo por este motivo. En tal caso, si la regulación convencional regulase (aunque no sea una práctica habitual en la actualidad) un permiso retribuido que permitiese la ausencia al trabajo durante el tiempo necesario para la intervención de cirugía estética y el tiempo de recuperación posterior, la protección para el trabajador también sería máxima, pues se mantiene en vigor el contrato de trabajo (que ni siquiera queda en suspenso) y se recibe retribución. Máxima también sería la protección del contrato de trabajo si se regulase un permiso de este tipo que no fuese retribuido, si bien en este supuesto se reduce el nivel

(7) En este sentido, se puede ver a CARRIZOSA PRIETO, E.: «La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores». *Revista Española de Derecho del trabajo*, número 157, 2013, p. 161. Sobre la calificación del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal pueden verse, entre otros, a ARENAS VIRUEZ, M.: «La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia». *Relaciones Laborales*, número 1, 2011; CARRIZOSA PRIETO, E.: «Despido por incapacidad temporal. ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?». *Temas Laborales*, número 96, 2008; GORDO GONZÁLEZ, L.: «El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?». *Aranzadi Social*, número 3 2001; MORENO MÁRQUEZ, A.: «Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego». *Aranzadi Social*, número 11, 2010.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Despido por enfermedad y discriminación». *Relaciones Laborales*, número 20, 2008.

de protección económica al no recibir salario durante el tiempo en que el trabajador interrumpe la prestación de trabajo.

En el ejercicio de estas dos figuras, sea la suspensión del contrato de trabajo o sea la interrupción justificada de la prestación de trabajo, la protección que ofrece el ordenamiento jurídico es máxima desde la perspectiva del contrato de trabajo puesto que, como se ha indicado, éste se suspende o, en su caso, se interrumpe; pero se mantiene en vigor el contrato de trabajo y el puesto de trabajo queda, obviamente, reservado para el trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética, computándose asimismo el tiempo de antigüedad. También es máxima la protección si atendemos a la cobertura económica de la situación en que se encuentra el trabajador en este supuesto puesto que puede recibir una prestación de la Seguridad Social o, en su caso, la retribución que le corresponda. Tan sólo se reduce el nivel de protección desde esta perspectiva de cobertura o atención económica en el caso en que el permiso no sea retribuido, en cuyo caso tampoco se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social, a diferencia de lo que sucede en el supuesto en que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal con derecho a prestación o si tiene derecho a un permiso retribuido por esta causa, puesto que en estos dos supuestos se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

2.2. Protección mínima del contrato de trabajo: excedencia voluntaria

Sin duda, el trabajador que tenga interés en someterse a una intervención de cirugía estética puede ejercer su derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria (artículo 46.1 del ET), que se concibe como una facultad del trabajador para atender intereses propios, que pueden ser muy variados (personales, familiares, profesionales, ...). Aunque es de carácter voluntario para el trabajador, el empleador está obligado a su concesión, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por la ley, cuales son: en primer lugar, el trabajador ha de tener una antigüedad en la empresa de un año; en segundo lugar, la duración de la excedencia no puede ser inferior a cuatro meses ni mayor de cinco años; y, finalmente, ha de haber transcurrido al menos un período de cuatro años desde el final de la anterior excedencia que hubiera disfrutado el mismo trabajador. Cumplidos estos requisitos, no existe impedimento para que el trabajador ejerza este derecho reconocido por ley para atender un interés personal legítimo como es la intervención estética, si bien tan sólo tendría sentido su ejercicio cuando se tratase de operaciones de envergadura, que requieran bastante tiempo para su recuperación (al menos, unos cuatro meses), puesto que, en caso contrario, el trabajador asumiría un riesgo innecesario o excesivo ya que los efectos jurídicos de la excedencia voluntaria sitúan al trabajador en una posición de protección mínima respecto de su contrato de trabajo.

En efecto, como es sabido, en la excedencia voluntaria, a diferencia de lo que sucede en la excedencia forzosa, no se reconoce el derecho a la reserva de puesto de trabajo, de manera que el reingreso a la finalización del tiempo de excedencia no es automático. Según indica el artículo 46.5 del ET, se reconoce un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la del trabajador que hubiera o se produjeran en la empresa. Existe, pues, un derecho potencial o expectante condicionado a la existencia de una vacante, cuya justificación se halla en el hecho de que con el ejercicio de la

excedencia voluntaria se atiende en exclusiva intereses del trabajador⁽⁸⁾. Pero además, y también a diferencia de la excedencia forzosa, el tiempo durante el cual el trabajador está en situación de excedencia voluntaria tampoco se computa como tiempo de servicios⁽⁹⁾. Asimismo, tampoco se recibe retribución ni ninguna otra compensación económica ni, en consecuencia, se cotiza a la Seguridad Social. Todos estos rasgos que caracterizan la figura de la excedencia voluntaria permiten confirmar la mínima protección que recibe el trabajador que se someta a una intervención de cirugía estética ausentándose de su puesto de trabajo al amparo de esta figura.

De todas formas, en desarrollo del artículo 46.6 del ET, la situación de excedencia puede extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que se prevean. Así pues, la negociación colectiva puede ampliar y concretar los supuestos en los que el trabajador pueda situarse en situación de excedencia, siendo posible que se contemple la intervención estética o un supuesto similar que atienda a intereses meramente personales entre los supuestos que pueden generar el derecho a situarse en situación de excedencia. En tal caso, habría que atender a los términos previstos en el convenio colectivo para conocer el nivel de protección del contrato de trabajo del trabajador, que podría incrementarse vía negociación colectiva respecto de la protección ofrecida por el legislador para la excedencia voluntaria. En concreto, podría regularse la reserva del puesto de trabajo y no sólo un derecho preferente que, como mínimo, reconoce la ley, así como exigirse unos requisitos menos exigentes para el disfrute de esta excedencia (reducción del tiempo de antigüedad), la modificación de la duración mínima y/o máxima de la excedencia voluntaria regulada en el ET o el cómputo del tiempo a efectos de antigüedad.

2.3. Otras figuras sin repercusión en la relación jurídico-laboral: descanso semanal y vacaciones

Al margen de la suspensión del contrato de trabajo, del permiso de trabajo y de la excedencia voluntaria, al trabajador sólo le queda hacer uso del descanso semanal o del tiempo

(8) STS de 21 de enero de 2010 (RJ 2010, 642), que cita jurisprudencia. Según la STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9676), el tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y calificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa.

(9) La no reserva del puesto de trabajo para el excedente voluntario ha acarreado discusiones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, surgiendo la duda sobre si se está o no ante una situación de suspensión del contrato de trabajo, similar a la excedencia forzosa y a otras causas de suspensión del contrato de trabajo del art. 45 del ET. Las interpretaciones posibles son varias, pudiendo entenderse que lo relevante es la interrupción temporal de los efectos de la relación laboral, sin extinción, y su reanudación posterior en el caso de que sea posible; aunque también cabe considerar que se trata de un supuesto atípico de extinción con derecho condicionado a la readmisión del trabajador si existe vacante; y, finalmente, también es posible entender que se trata de un supuesto sui generis, que ni es suspensión puesto que falta la reserva del puesto de trabajo, ni extinción del contrato de trabajo. Todas estas posiciones doctrinales son recopiladas por MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: Derecho del Trabajo. Tecnos, 2012, p. 770.

de vacaciones, pudiendo emplear este tiempo de descanso retribuido para someterse a una intervención de cirugía estética, si bien es cierto que la reducida duración del descanso semanal no parece atender bien a este supuesto, salvo que se trate de intervenciones de mínima entidad. Sin embargo, el período vacacional, al menos por su mayor prolongación, sí podría amparar la situación del trabajador que decida someterse a una intervención de cirugía estética, sin que se produzca ni se manifieste ninguna incidencia o repercusión en la relación laboral (ni en retribución, ni en cotización, ni en antigüedad), puesto que el disfrute de las vacaciones mantiene viva dicha relación, sin suspensión y con el único efecto de la interrupción de la obligación de prestación de servicios. Ahora bien, en relación con la decisión del trabajador de emplear el tiempo vacacional para someterse a una intervención estética, vuelve a irrumpir la compleja cuestión acerca del posible encaje de esta situación en el supuesto de incapacidad temporal y de su incidencia en las vacaciones; pero incluso, al margen de su consideración como situación protegida por incapacidad temporal, se puede discutir el acomodo y el acierto del período de vacaciones para dar cobertura a la situación del trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética.

En efecto, si se parte de la finalidad del período vacacional, cual es no sólo el propósito originario de procurar la recuperación física y psíquica del trabajador sino también la dedicación del trabajador a actividades de ocio y al disfrute de la familia⁽¹⁰⁾, se comprenden con facilidad las dudas que se generan acerca de la posible lesión y vulneración de la finalidad de las vacaciones en el supuesto en el que el trabajador decida o, en su caso, necesite emplear esta institución para ser intervenido quirúrgicamente por motivos estéticos. Si la intervención estética y el posterior tiempo de recuperación son de escasa entidad, podría entenderse y defenderse la compatibilidad de la intervención estética con el período de vacaciones en cuanto que no supondría un menoscabo del derecho a las vacaciones retribuidas por la mínima incidencia en las mismas. Sin embargo, en los supuestos en los que no sólo la propia intervención sino también el período de cura y recuperación que se requiera posteriormente sean de mayor duración y, sobre todo, de mayor repercusión en la salud del trabajador debido a la producción de una situación dolorosa y/o que requiera

(10) Para la jurisprudencia del TC, la finalidad de las vacaciones no queda circunscrita de modo estricto a la mera recuperación física del trabajador. Según la STC 192/2003 (RTC 2003, 192) «*La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe. La resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho*». Por su parte, la STS de 24 de junio de 2009 (RJ 2009, 4286) sostiene que el art. 40.2 de la CE «*no solamente tiene por finalidad la protección de la salud del trabajador, sino que posibilita también la conciliación de la vida personal con la laboral, el acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales y el necesario ejercicio físico reparador*», de manera que «*el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones*». Finalmente, la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 261), Asunto Pereda, (C-277/08), indica que «*es pacífico que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento...*».

tiempo de reposo, la incidencia negativa en el período de vacaciones es incuestionable, lesionándose la finalidad y la razón de ser de las mismas.

Precisamente, a estos supuestos recién descritos, si se configuran como situaciones de incapacidad temporal, resulta de aplicación la jurisprudencia del TS⁽¹¹⁾ y del TJCE⁽¹²⁾ en relación con la coincidencia del supuesto de incapacidad temporal con las vacaciones⁽¹³⁾. En aplicación de esta jurisprudencia, el trabajador tiene derecho a interrumpir sus vacaciones y a que se le reconozca otro período de disfrute de las vacaciones cuando éstas han coincidido con una situación de incapacidad temporal, con independencia de que la incapacidad temporal se produjera antes del inicio de las vacaciones o una vez iniciadas éstas. Y es que mientras que la incapacidad temporal provoca la suspensión del contrato de trabajo y, por ello, de ambas contraprestaciones básicas (pago de salario y prestación de servicios), el disfrute de las vacaciones mantiene viva la relación, sin suspensión y con el único efecto de la interrupción de una sola de las obligaciones (la prestación de servicios). Por ello, tanto si el trabajador está en plena actividad como si está de vacaciones, la concurrencia de la situación de incapacidad temporal provoca, en todo caso, la suspensión del contrato y, por tanto, el efecto sobre éste ha de ser el mismo esté o no en el disfrute de las vacaciones. De otro modo, resultaría que se computan como vacaciones unos días en que el contrato de trabajo estuvo suspendido por la situación de baja médica. Según reiterada jurisprudencia, «*el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente en la propia Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*» [STJUE de 22 de abril de 2010 (TJCE 2010, 117)].

La STS de 3 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10302) insiste en la necesidad de que no se pueden tratar de forma diferente las situaciones de concurrencia entre vacaciones e incapacidad temporal, dependiendo del momento de inicio de ésta última; puesto que esta diferencia sólo hallaría justificación en aquellos supuestos en que la baja no fuera ajustada a derecho y, en suma, aparecieran indicios o sospecha de fraude. Ejemplo de este supuesto sospechoso de fraude sería, según el TS, aquél en que el período de vacaciones hubiera

(11) *Vid.* entre otras, la STS de 3 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10302), la STS de 18 de enero (RJ 2010, 3098), de 21 de enero (RJ 2010, 3116), de 4 de febrero (RJ 2010, 645), de 8 de febrero (RJ 2010, 2320), de 11 de febrero de 2010 (RJ 2010, 2320) y la STS de 24 de junio de 2009 (RJ 2009, 4286).

(12) *Vid.*, entre otras, la STJUE de 6 de abril de 2006 (TJCE 2006, 114), *Federatie Nederlanse Vakbeweging –C-124/05–* y de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69), *Merino Gómez –C-342/01–*, STJUE de 20 de enero de 2009 (TJCE 2009, 7), *Schultz-Hoff y otros (C-350/06 y C-520/06)*, STJUE de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 261), *Asunto Pereda (C-277/08)* y STJUE de 22 de abril de 2010 (TJCE 2010, 117), *Asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08)*.

(13) Al respecto, *vid.* a CASTELLÁ MOLINA, M. T.: «Incapacidad temporal y vacaciones. Historia de un conflicto». *Aranzadi Social*, número 12/2013; LLORENTE ÁLVAREZ, A.: «Vacaciones e incapacidad temporal: una tensión permanente. Jurisprudencia comunitaria y nacional». *Aranzadi Social* número 5/2010; RABANAL CARBAJO, P.: «Incapacidad temporal y vacaciones». *Aranzadi Social*, número 16/2012; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Incapacidad temporal y derecho a vacaciones I y II». *Relaciones Laborales*, número 8, 2009, y «Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE». *Relaciones Laborales*, número 13, 2012.

sido elegido por el propio trabajador a sabiendas de que en tales fechas iba a situarse en situación de incapacidad temporal por tener programada alguna intervención sanitaria. De todas formas, entendemos que el interés del trabajador que se quiera someter a una intervención de cirugía estética de hacer coincidir ésta con el período vacacional tan sólo tiene sentido si se parte de que la situación en que se encuentre el trabajador durante la intervención y el tiempo de recuperación posterior no se considere situación de incapacidad temporal ni tenga derecho a permiso retribuido (que, como se ha dicho, serían los supuestos de máxima protección laboral), lo que lleva al trabajador a hacer uso de su descanso anual para someterse a la intervención estética y evitar que las ausencias al trabajo tengan alguna repercusión en su relación laboral o, en su caso, evitar que se vea mermada su retribución (en caso de excedencia voluntaria o permiso no retribuido). En caso contrario, si se ampara la cirugía estética y se considera causa de suspensión del contrato de trabajo por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal, no tiene sentido querer hacer coincidir la operación estética con el período de vacaciones.

Pero, se insiste, para la aplicación de esta jurisprudencia, es necesaria la delimitación e identificación del propio supuesto de hecho y su configuración como incapacidad temporal, puesto que, en caso contrario, nos hallaríamos tan sólo ante una decisión personal del trabajador, que puede emplear y sacrificar su mayor tiempo libre de prestación de servicios (período de vacaciones) para someterse a una operación que considere necesaria o razonable en función de su libre y respetable albedrío, sin que sufra ningún menoscabo en su relación jurídico-laboral. Y ello con independencia de que consideremos que, al margen de la precisa configuración de los supuestos de intervención estética como situaciones determinantes o no de incapacidad temporal, el uso del período vacacional para el sometimiento a una intervención estética supone un menoscabo de la finalidad que persigue dicho período.

Así pues, a tenor de lo expuesto, se concluye que el nivel de protección que ofrece la legislación laboral es diverso como diversas son las opciones que se han planteado y que pueden amparar la decisión del trabajador de someterse a una intervención de cirugía estética. Pero, salvo que el trabajador sacrifique, aunque sea parcialmente, su derecho a las vacaciones; salvo que se entienda que esta decisión del trabajador tiene la consideración de situación de incapacidad temporal en cuanto causa de suspensión del contrato de trabajo (al margen de que se cause o no derecho a la prestación de la Seguridad Social); o salvo que la negociación colectiva reconozca un permiso retribuido para cuestiones personales entre las que podrían incluirse la operación estética; lo cierto es que la decisión del trabajador de someterse a una intervención de cirugía estética tendrá una repercusión de relevancia en su relación laboral puesto que puede quedarse sin protección económica (ni salario, ni prestación de la Seguridad Social) e incluso puede resentirse su puesto de trabajo (sólo derecho preferente de ingreso en caso de uso de excedencia, salvo mejora convencional). Al margen de estos supuestos, el trabajador no puede justificar las ausencias al trabajo que acarrea la intervención estética y la recuperación posterior, lo que sitúa al trabajador en una situación de desamparo por el riesgo a ser despedido por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo.

De esta forma, como se había dejado planteado y pendiente de análisis y desarrollo argumental, la cuestión esencial estriba en determinar si la intervención de cirugía estética tiene encaje en el supuesto de incapacidad temporal en cuanto causa de suspensión del

contrato de trabajo, que se define y precisa en el artículo 128.1 de la LGSS, que es la figura legal (al margen, pues, de lo dispuesto por la negociación colectiva) que puede ofrecer el máximo nivel de protección al trabajador (sin tener que sacrificar su período vacacional o parte de éste), puesto que se protege su puesto de trabajo, se computa este tiempo a efectos de antigüedad, se puede recibir una prestación económica y se mantiene la cotización al sistema de Seguridad Social.

3. LA PROTECCIÓN DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La situación de necesidad en que se encuentra el trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética, no sólo durante el tiempo que requiera la propia intervención sino también durante el período posterior de recuperación y cura, puede ser atendida por el sistema de Seguridad Social. Para ello, es necesario que el supuesto recién descrito tenga la consideración de situación determinante de incapacidad temporal a tenor del artículo 128.1 de la LGSS, siendo dos los requisitos que exige este precepto legal para la configuración de la incapacidad temporal: que el trabajador esté impedido para el trabajo debido a un accidente o a una enfermedad y que reciba asistencia sanitaria. Precisamente, la exigencia de estos dos requisitos que configuran la situación incapacidad temporal y el análisis de su concurrencia en los supuestos de intervenciones estéticas no son cuestiones pacíficas, habiendo sido objeto de interpretación por parte de los Tribunales de Justicia.

En este sentido, las opciones interpretativas que se extraen de los pronunciamientos judiciales son dos. Por un lado, considerar que se reconoce el derecho a disfrutar del subsidio por incapacidad temporal en caso de cirugía estética puesto que el artículo 128 LGSS no hace distinción acerca de la causa o razón última que antecede o coincide con el período de inactividad. Este precepto parte de una «una indisposición en la salud del sujeto, que le aleja de la actividad por un período determinado a instancia del facultativo responsable de dirigir el proceso de recuperación»⁽¹⁴⁾. De no entenderse así, el contrato de trabajo condicionaría al ciudadano en la adopción de decisiones que compete a su libertad, obligándole a utilizar y sacrificar el período de descanso anual para someterse a una operación que considera razonable o necesaria en función de su libre y respetable albedrío. Distinto sería el supuesto si se produjera un notorio abuso de derecho por parte del trabajador, propiciando con demasiada frecuencia este tipo de escenarios, en cuyo caso la respuesta pudiera ser diferente, denegando el derecho al subsidio de incapacidad temporal.

Por otro lado, la segunda opción interpretativa considera que la Seguridad Social ha de garantizar la eficacia, la igualdad en los servicios prestados y la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que requiere el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social. No puede constituir el contenido de la acción protectora del sistema (caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal) la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española. En concreto, según el Anexo III del Real Decreto

(14) En estos términos se pronuncia la STSJ de País Vasco de 18 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 126707).

1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, se excluyen de dicha cartera de servicios «*todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita*». La exclusión del sistema de la sanidad pública implica que la intervención estética no se configure como situación de incapacidad temporal que se define en el artículo 128.1 de la LGSS, pues para ello es requisito esencial que el trabajador afectado reciba asistencia sanitaria de esta naturaleza. La convalecencia posterior a la intervención de cirugía estética puede justificar la baja médica pues el trabajador se encuentra imposibilitado para reincorporarse a su puesto de trabajo; sin embargo, no se genera el derecho a percibir subsidio de incapacidad temporal pues de la misma forma que al trabajador no se le puede exigir que preste servicios laborales si necesita un tiempo de recuperación, tampoco se puede exigir a la Seguridad Social que asuma los costes económicos derivados de esta situación de la misma forma que la sanidad pública no ha de asumir el coste de este tipo de intervenciones⁽¹⁵⁾.

De esta forma, siguiendo los pronunciamientos judiciales que han resuelto esta controvertida cuestión y, especialmente, siguiendo muy de cerca la doctrina del TS, se pueden diferenciar distintos supuestos, en los que se dan determinadas circunstancias que hacen que se actualice la contingencia por incapacidad temporal; así como otros supuestos en los que la ausencia de determinados requisitos impide la protección económica y sanitaria del sistema de Seguridad Social.

3.1. La cirugía estética no determinante de la situación de incapacidad temporal

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, en recurso de casación para la unificación de doctrina, acerca de la determinación de incapacidad temporal derivada de contingencia común de un supuesto de intervención estética que impidió durante un tiempo la prestación de servicios. En concreto, es la STS de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012, 8718)⁽¹⁶⁾, que, a los efectos de resolver la cuestión que se le plantea, expone los principios

(15) En estos términos se pronuncia la STSJ de Galicia, de 31 de enero de 2011 (AS 2001, 1096), recurrida en casación para la unificación de doctrina. Esta sentencia ha sido comentada por MORENO SOLANA, A.: «Las intervenciones de cirugía estética: voluntad para encontrarse inmerso en una situación de incapacidad temporal». *Aranzadi Social*, número 70, 2012. La mencionada sentencia recuerda la doctrina del TS [STS de 4 de junio de 1986 (RJ 1986, 3466), STS de 16 de febrero de 1988 (RJ 1988, 632), STS de 20 de octubre de 2003 (RJ 2004, 502), STS de 20 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2048) y STS de 29 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6348)] en relación con la justificación de la exclusión de determinadas intervenciones quirúrgicas del catálogo de asistencia sanitaria cubierto por la sanidad.

(16) El supuesto que se planteó ante el TS es el siguiente: la demandante, con la categoría profesional de jardinera, obtuvo el 26 de mayo de 2009 parte de baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes emitido por facultativo del Servicio Gallego de Salud por el diagnóstico de cirugía mamaria. Es dada de alta más de dos meses después, el 14 de agosto de 2009. Posteriormente, el 22 de septiembre la Mutua MC Mutual remitió resolución a la trabajadora denegando la prestación por incapacidad temporal porque la baja se debe a una intervención estética que no guarda relación con accidente, enfermedad o malformación congénita. Tanto el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, en sentencia de 9 de marzo de 2010, como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que resuelve el recurso de suplicación en sentencia de 31 de enero de 2011 (AS 2001, 1096), desestiman la pretensión de la demandante. En esta sentencia se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y establece que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida. La misma doctrina de la sentencia recurrida es seguida por otras sentencias, como la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2011 (AS 2011, 1096) y la

que configuran la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social y su aplicación en la determinación de la situación de incapacidad temporal. En este sentido, son cinco las consideraciones que hace el TS de acuerdo con los principios que configuran la protección dispensada por el sistema de la Seguridad Social en conexión con la delimitación de la situación de incapacidad temporal, a partir de las cuales argumenta el fallo de la sentencia.

En primer lugar, para resolver la cuestión que se le plantea, el TS recuerda su propia doctrina según la cual el sistema de Seguridad Social tiene que garantizar la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, así como la necesaria estabilidad financiera⁽¹⁷⁾. De esta forma, el alcance de la acción protectora del sistema de Seguridad Social está condicionado por la propia configuración y evolución del sistema y por las posibilidades económicas y las opciones de política legislativa llevadas a cabo en cada momento.

En segundo lugar, según el TS, es imprescindible atender a la alteración de la salud en cuanto situación de riesgo o infortunio protegida por el legislador configurándola como contingencia de incapacidad temporal, cuya determinación requiere no sólo la alteración de la salud, sino también la atención médica y farmacéutica y la imposibilidad temporal de trabajar. Para el reconocimiento del derecho a la prestación por incapacidad temporal, es, pues, necesario, a tenor del artículo 128.1.a) de la LGSS, que la alteración de la salud sea debida a enfermedad o accidente, de origen profesional o común.

En tercer lugar, la enfermedad y el accidente aluden a un riesgo que, por definición, constituye un hecho futuro e incierto que al actualizarse produce un daño que es la situación de necesidad a la que se refiere el artículo 41 de la CE. Atendiendo a esta definición de situación de necesidad, el TS afirma que las intervenciones estéticas no pueden considerarse que entren dentro de las contingencias que determinan la situación de incapacidad temporal, puesto que ésta no puede configurarse por una decisión libre del trabajador ajena a cualquier idea de enfermedad o accidente; si bien es cierto que pueden generar una suspensión del contrato de trabajo a tenor del artículo 45.1 del ET. Al margen de este razonamiento deben quedar, tal y como se analiza en el siguiente apartado, las situaciones de necesidad que puedan surgir posteriormente debido a complicaciones o patologías secundarias derivadas del acto inicial.

En cuarto lugar, el TS hace referencia a las limitaciones de la protección que ofrece el sistema de la Seguridad Social a la situación de incapacidad temporal, señalando que ni la Seguridad Social ni los empresarios están obligados a financiar proyectos puramente personales de mejora de la apariencia física, que no constituyen situaciones de necesidad para el desenvolvimiento normal de la persona. Según el TS, si se obligase a la Seguridad Social y a los empresarios a cubrir tales gastos se estaría desbordando la protección que nuestro legislador establece para estas situaciones, cubriendo intereses legítimos desde el punto de vista personal, pero que afectan sólo a las personas que decidan adoptar estas decisiones.

STSJ de Cataluña, de 1 de abril de 2010 (AS 2010, 1746). Esta última sentencia ha sido comentada por RUANO ALBERTOS, S.: «El subsidio de incapacidad temporal ante un supuesto de baja médica motivada por intervención de cirugía puramente estética». *Aranzadi Social*, número 61, 2011.

(17) STS de 4 de junio de 1986 (RJ 1986, 3466), STS de 16 de febrero de 1988 (RJ 1988, 632), STS de 20 de octubre de 2003 (RJ 2004, 502), STS de 20 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2048) y STS de 29 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6348).

Finalmente, el TS recuerda que las prestaciones del sistema de Seguridad Social forman parte del entramado de protección social garantizada y están sometidas a determinadas interrelaciones y reglas de incompatibilidad, sin que sean independientes entre sí. La incapacidad temporal se conecta con la asistencia sanitaria en el artículo 128.1 de la LGSS, al indicar que tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal las debidas a enfermedad o accidente, mientras el trabajador recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Esta exigencia actúa como elemento de control en orden a la gestión de la prestación por incapacidad temporal.

Atendiendo a las consideraciones expuestas, el TS concluye que la cirugía puramente estética, que se asume de forma voluntaria y que no tiene relación o conexión con accidente, enfermedad o malformación, queda al margen del sistema de la sanidad pública y, además, en principio (salvo que concurren las circunstancias que se exponen en el siguiente apartado) tampoco genera el reconocimiento del derecho a obtener una prestación económica que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo. El motivo fundamental que conduce al TS a esta conclusión es que no cumple el requisito constitutivo de derivarse de una contingencia de enfermedad o de accidente. La incapacidad para el trabajo responde a un proceso de reposo y de recuperación después de una intervención quirúrgica, que decide la persona afectada por pura conveniencia personal, por lo que no es posible reconocer el derecho a la prestación de incapacidad temporal. Es la persona afectada, que libremente adoptó la decisión de someterse a una intervención, quien tiene que hacer frente al coste que acarrea una decisión perteneciente a la esfera personal del trabajador, incluyendo tanto los gastos sanitarios como la pérdida de rentas salariales que implica la suspensión del contrato de trabajo; pero no han de asumir el coste ni la Seguridad Social ni el empresario, pues no están obligados legalmente.

De esta forma, es el concepto legal de incapacidad temporal del artículo 128.1 de la LGSS y la situación de infortunio o riesgo a la que la ley ha dado protección en unión con la inexistencia del requisito constitutivo de dicha situación consistente en recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social (debido a la exclusión de la cirugía estética sin relación con accidente o enfermedad de la financiación a cargo de la Seguridad Social), lo permite determinar la exclusión de la protección por el sistema de Seguridad Social de las intervenciones estéticas. Es la libre y voluntaria decisión del trabajador, que elimina la aparición de la situación determinante de la incapacidad temporal y que, en última instancia, permite explicar la inclusión de la cirugía estética en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, lo que impide que el proceso de reposo y posterior recuperación que requiere la intervención quirúrgica quede amparado por el sistema de la Seguridad Social.

Como se ha dicho, son dos los requisitos constitutivos de la situación determinante de incapacidad temporal: la existencia de una enfermedad o de un accidente en cuanto hecho futuro e incierto y la asistencia sanitaria de la Seguridad Social que el trabajador ha de necesitar. En relación con el requisito consistente en recibir asistencia sanitaria tras la operación, entendemos que hemos de diferenciar: por un lado, la operación de cirugía estética en sí, que si no guarda relación con accidente, enfermedad o malformación, queda excluida de la financiación de la Seguridad Social y, en consecuencia, el coste corre a cargo de la persona intervenida, que tendrá que acudir a la sanidad privada; y, por el otro, la recuperación posterior y la atención sanitaria que puede requerirse en cada caso, de mayor o menor duración según cada supuesto, que ya no es en sentido estricto cirugía estética,

surgiendo dudas sobre si dicha atención sanitaria y las curas que requiera –que podrán recibirse fuera del establecimiento sanitario en el que se ha realizado la intervención– pueden o no prestarse por la sanidad pública, en cumplimiento del artículo 43 de la CE.

La derogación del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, y la redacción actual de su Anexo III permite dar una respuesta también negativa. Y es que, mientras que el Anexo III del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, disponía, en dos apartados diferentes, que no son financiados con cargo a la Seguridad Social la cirugía estética que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita (apartado 3) ni los tratamientos en balnearios ni las curas de reposo (apartado 4); en el Anexo III del actual reglamento se excluyen «*todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo*», lo que permite entender que también quedan excluidas las curas de reposo derivadas de una intervención estética.

Pero una cosa es que nos planteemos la duda sobre si la asistencia sanitaria pública deba atender estas situaciones, sobre todo si tenemos en cuenta que la no prestación de este servicio sanitario pudiera desembocar en complicaciones o agravaciones que pongan en riesgo la salud del paciente (supuesto que, como se expone más adelante, sí quedaría incluido dentro de la protección por incapacidad temporal) y otra cosa distinta es que ello pueda llevarnos a entender que se causaría el derecho a recibir la prestación económica por incapacidad temporal. Y es que incluso entendiendo que la Seguridad Social ha de prestar asistencia sanitaria en supuestos como los planteados, siguiendo la doctrina del TS, no se genera el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio por incapacidad temporal si la situación no ha derivado de una enfermedad ni de un accidente, que impida trabajar y recibir el salario, y, en consecuencia, no se produce la contingencia por incapacidad temporal.

3.2. La cirugía estética determinante de incapacidad temporal y protegida por el sistema de Seguridad Social

A partir de las consideraciones expuestas, podemos analizar y pronunciarnos sobre si determinados supuestos de intervención estética en los que se cumplen determinados requisitos o concurren concretas circunstancias son determinantes de la situación de incapacidad temporal. En primer lugar, la cirugía que se excluye de la sanidad pública y que no genera el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal es, como expresamente señala el TS, la «puramente» o «meramente» estética, esto es, la cirugía que «no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita», tal y como indica el Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre. Así pues, la intervención estética que guarde relación, en sentido amplio, es decir, que sea consecuencia más o menos directa de un accidente, de una enfermedad o de una malformación, sí se consideraría protegida por la sanidad pública y sí generaría el reconocimiento del derecho a la prestación por incapacidad temporal. Considerar este tipo de cirugía estética como determinante de la situación de incapacidad temporal no plantea problemas pues queda incluida de forma expresa entre las prestaciones financiadas con cargo a la Seguridad Social.

Ahora bien, la dificultad surge al concretar en qué casos la cirugía guarda relación con la enfermedad. En efecto, entendemos que no son problemáticos los supuestos en los que la cirugía estética derive de forma directa del accidente o de la enfermedad o, en su caso, sea necesaria para la corrección de una malformación congénita, pues parece clara su configuración como situación de incapacidad temporal en los términos definidos en la LGSS. Tales serían, por ejemplo, los supuestos en los que a causa de un accidente, laboral o no, el trabajador sufre una malformación o deformación que requiere una intervención estética, en cuyo caso el origen de la contingencia será común o profesional, en función de si el accidente es común o de trabajo, a tenor de los artículos 115 y 117 de la LGSS. Asimismo, en el supuesto en que el trabajador padece una enfermedad (común o profesional) consecuencia de la cual requiere una intervención estética (cirugía oncológica, por ejemplo), ésta también sería una situación determinante de una incapacidad temporal. Además, en los casos en los que la necesidad de intervención estética sea por guardar relación con un accidente, sea o no laboral, o con una malformación congénita, también se puede entender que se trata de situaciones determinantes de una incapacidad temporal, puesto que es suficiente con que exista una relación o conexión con el accidente o malformación.

Sin embargo, cuando la cirugía estética guarde relación con la enfermedad (pero no sea consecuencia directa) puede ser más complicado determinar si se produce o no una situación de incapacidad temporal y, en su caso, cuál es el origen de la contingencia. Son situaciones en las que el trabajador precisamente sufre una enfermedad de carácter psicológico o mental originada, no por una malformación congénita (en cuyo caso, como hemos indicado, sí se causaría derecho a la prestación por incapacidad temporal), sino por el trastorno que le produce el defecto físico que, al menos en su opinión, requiere una intervención estética. En tales supuestos, aunque serán los médicos especialistas los que tendrán que pronunciarse al respecto y diagnosticar la enfermedad, entendemos que sí se produciría una situación determinante de incapacidad temporal derivada de enfermedad común pues quedaría incluida en el mencionado Anexo III por «guardar relación» con una enfermedad. En estos casos desaparece la voluntariedad y el carácter pura o meramente estético de la intervención al considerarse ésta necesaria para la recuperación del paciente, siendo, precisamente, la cirugía estética el tratamiento que requiere el paciente para recuperarse de su enfermedad. El componente físico o psíquico se convierte en un elemento o factor determinante de la decisión del beneficiario, desapareciendo en estos supuestos la voluntariedad de la decisión de someterse a una cirugía estética⁽¹⁸⁾.

En segundo lugar, surge la cuestión sobre si las complicaciones o patologías que pueden surgir como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida por el trabajador pueden generar el reconocimiento del derecho a la prestación por incapacidad temporal. Son supuestos en los que el trabajador sufre una agravación de su estado de

(18) Es un supuesto similar a la cirugía de cambio de sexo, que también es una prestación no financiable con cargo al Sistema Nacional de la Salud, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos. En estos dos casos nos encontramos ante un estado patológico que necesita un tratamiento médico para su recuperación, no exento de dificultades sobre todo a la hora de fijar en qué casos se produce una patología o se sufre una enfermedad –lo que habrá de analizarse en cada caso– pues no debemos olvidar que en unos casos sería la Seguridad Social y el empresario quienes asumirían el coste, no sólo de la situación de incapacidad temporal sino, lo más importante, el alto coste de la propia intervención; mientras que en otros supuestos, sería el trabajador el que asumiría el coste de su decisión.

salud como consecuencia de la intervención estética, que es diferente del mero reposo o convalecencia posterior que requiere toda intervención y alejada de la voluntariedad del trabajador. En estos supuestos se entiende que concurre la situación de infortunio o riesgo a la que la ley decide dar protección definiéndola como incapacidad temporal, aunque el origen de dicha situación ha sido el sometimiento libre a una cirugía estética. Esta voluntariedad que, en principio, sólo acarrea un mero reposo o convalecencia conocido y esperado por parte del trabajador se convierte en un empeoramiento de su salud de efectos desconocidos e inesperados, ajenos a su voluntad y, en consecuencia objeto de protección por el sistema de Seguridad Social.

En tercer lugar, se pueden plantear otros supuestos en los que la intervención estética también podría ser situación determinante de incapacidad temporal, si bien en estos casos de origen profesional. Son los supuestos en los que la situación de incapacidad temporal se origina por una operación estética de gran relevancia para la profesión del trabajador asalariado; sin embargo, tales supuestos, que también tendrían que analizarse caso por caso, difícilmente podrían considerarse situaciones que generen el derecho a la prestación por incapacidad temporal, a menos que el trabajador sufra un accidente o una enfermedad (entendida ésta en el sentido amplio que hemos expuesto) que haga necesaria su intervención estética con mayor urgencia y necesidad por la conexión que tiene con la profesión del trabajador, en cuyo caso no habría problema para su configuración como incapacidad temporal.

Dejando al margen estos supuestos, es difícil encontrar una operación estética de especial importancia para la profesión del trabajador pues si ésta es su profesión es porque la ha venido desarrollando con anterioridad, lo que se pone de manifiesto que la deformación o defecto no le ha impedido ejercer su profesión, dejando a salvo supuestos concretos en los que el paso del tiempo o determinadas circunstancias repercuten de forma notable en el físico del trabajador. Además, de no entenderse así, será muy complicado determinar en qué casos la operación estética es de especial importancia, tanto que requiere que el coste de la misma la asuma el sistema de Seguridad Social y el empresario. Distinto sería que el trabajador estuviera interesado, alegando como excusa su profesión, en la mejora o perfeccionamiento de su físico en aras de un mejor o más provechoso desarrollo profesional, incluso para el empresario; pero este interés, por supuesto legítimo, es el mismo que puede tener aquella persona que, al margen de su profesión, quiere mejorar su físico.

Ahora bien, consideramos que sí podría ser determinante de la situación de incapacidad temporal el supuesto en que el trabajador sufre una enfermedad ocasionada por el defecto o imperfección que tienen (que es de especial relevancia para su profesión) y que, según su diagnóstico, la cirugía estética es el tratamiento médico. Pero este supuesto encaja en el analizado antes, pues se trata de una cirugía que guarda relación con una enfermedad, si bien en este caso de origen laboral, pues es precisamente la profesión que desarrolla la que ha producido la enfermedad, apreciándose un componente físico o psíquico que condiciona la decisión del trabajador y que excluye la mera voluntariedad de la decisión. En tales casos, se plantean dos inconvenientes o dificultades: por un lado, ha de tenerse mucha cautela y atender al diagnóstico del facultativo especialista, pues no puede convertirse en una vía para que el trabajador encuentre financiación pública de una cirugía estética; y, por el otro, desde el momento en que se entienda que la relación con el trabajo es la causa de la enfermedad que padece el trabajador, se ha de considerar que el origen

de la incapacidad temporal es profesional, siempre que se demuestre, tal y como exige el artículo 115.2.e) de la LGSS, que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo en cuestión.

4. CONCLUSIÓN

El alcance de la protección que ofrece la legislación laboral al trabajador que se somete a una intervención de cirugía estética es diverso puesto que, como se ha expuesto, son diversas las opciones que pueden amparar, en mayor o menor medida, la decisión, libre o condicionada, del trabajador de someterse a dicha intervención. Aunque existe la posibilidad de utilizar diversas figuras que existen en el Derecho del Trabajo (suspensión del contrato de trabajo, permiso, excedencia o vacaciones), lo cierto es que el sometimiento a una operación de cirugía estética tiene una repercusión relevante en la relación laboral puesto que el trabajador puede quedarse sin protección económica (ni salario, ni prestación de la Seguridad Social) e incluso puede resentirse su puesto de trabajo. Por ello, lo esencial es determinar si la intervención de cirugía estética tiene encaje en el supuesto de incapacidad temporal en cuanto causa de suspensión del contrato de trabajo, que se define y precisa en el artículo 128.1 de la LGSS, que es la figura legal que proporciona el máximo nivel de protección al trabajador puesto que se protege su puesto de trabajo, se computa este tiempo de suspensión a efectos de antigüedad, se puede recibir una prestación económica de la Seguridad Social y se mantiene la carrera de seguro del trabajador porque durante la situación de incapacidad temporal pervive la obligación de cotizar.

En este sentido, se pueden diferenciar distintas situaciones que derivan de la decisión del trabajador, libre o condicionada, de someterse a una operación de cirugía estética. En primer lugar, la situación en que el trabajador decide de forma voluntaria y libre someterse a una cirugía puramente estética, sin que ésta tenga ninguna relación con accidente, enfermedad o malformación congénita. Este supuesto, según ha afirmado el TS, no es determinante de una situación legal de incapacidad temporal a tenor del artículo 128 de la LGSS pues no se ha producido ni accidente ni enfermedad, a pesar de que, de hecho, dicha situación le impide desempeñar su actividad laboral y a pesar de que surjan dudas sobre si la asistencia sanitaria posterior a la intervención deba o no ser prestada por la sanidad pública.

En segundo lugar, el supuesto en que la cirugía estética se debe a accidente, enfermedad o malformación, en cuyo caso sí se produce una situación determinante de incapacidad temporal, al concurrir los requisitos exigidos por el artículo 128.1 de la LGSS, y, en su caso, si se cumplen los demás requisitos que exige la ley, se genera el reconocimiento del derecho a obtener una prestación económica del sistema de Seguridad Social. Dentro de este supuesto, a su vez, se pueden diferenciar hasta tres situaciones diferentes: por un lado, aquellas intervenciones estéticas que provienen o son consecuencias (más o menos directas) del accidente o enfermedad, en cuyo caso el origen de la incapacidad temporal dependerá del origen (profesional o común) del accidente o enfermedad, incluyendo aquellos supuestos en los que el defecto físico que se quiere corregir produce una enfermedad psicológica tal que el paciente necesita dicha intervención para la recuperación de su salud psicológica. Éstos últimos son supuestos en los que el trabajador se encuentra en una

situación de necesidad, interpretada en sentido amplio, para el desenvolvimiento normal de la persona. Estos casos, como ya se ha indicado, han de ser identificados con mucha prudencia y mesura, debiendo ser diagnosticados por los médicos especialistas, para que no se conviertan en proyectos personales de mejora de apariencia física; por otro lado, las situaciones en las que se ha producido una complicación o agravación de la intervención asumida de forma libre y voluntaria por el trabajador, que también produce una situación protegida por la Seguridad Social, pues emerge el elemento de incertidumbre y la involuntariedad de la situación objeto de protección; y, finalmente, los supuestos en los que la operación estética es de especial relevancia para la profesión del trabajador afectado, que determinaría el origen laboral de la contingencia de incapacidad temporal, siempre que se demostrase la conexión con la ejecución del trabajo, y que también han de ser identificados con mucha cautela, en los términos expuestos anteriormente.

En estos supuestos determinantes de la situación de incapacidad temporal protegida por la acción protectora del sistema de la Seguridad Social emerge un componente o elemento físico o psíquico, conectado o no con la profesión del trabajador, que excluye la voluntariedad de la decisión y que hace que no se trate de una operación pura o meramente estética ni decidida de forma voluntaria y libre. Y, precisamente por ello, son situaciones merecedoras de la máxima protección laboral y de Seguridad Social, que se configuran como causa de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal del trabajador, al que se le reconoce el derecho a la asistencia sanitaria y, si cumple los requisitos exigidos por la norma, a una prestación económica de la Seguridad Social que sustituya las rentas salariales que involuntariamente deja de percibir por estar impedido de forma temporal para desempeñar su actividad laboral.

ÉTICA Y DERECHO SOCIAL: UNA INTRODUCCIÓN

MIGUEL-ÁNGEL LUELMO MILLÁN

Magistrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de la UNED

RESUMEN

Ética y derecho social: una introducción

La dilatada y profunda crisis por la que atravesamos es, ante todo, una crisis de valores, cuya superación depende del comportamiento y dirección de los poderes públicos pero también de entidades, organizaciones, instituciones, grupos de presión, y, en definitiva, de los propios ciudadanos en cuanto sociedad. Ni siquiera unas medidas económicas que pudieran resultar eficaces resolverían plenamente un problema cuyo origen se encuentra en esa misma sociedad si no están inspiradas en los valores adecuados, y para ello la Ética constituye una cita y lugar de encuentro ineludible como punto de partida desde el que hayan de operar los principios más idóneos en la formulación de las normas jurídicas y en su observancia y aplicación. Ética y Derecho están conectados desde siempre porque este último no es sino un mínimo ético por el que se rigen las sociedades, y en el ámbito laboral ello resulta de especial significación en cuanto la economía y los mercados tienden a fijar sus propias normas, siempre en función de la idea matriz del beneficio y del binomio oferta-demanda y cada vez más sobre la base, entre otros factores, del fenómeno de la globalización. En el Derecho Social y en el de su proceso ya existen unos principios de carácter humanista y de formulación clásica que no por ello han perdido vigencia, con independencia de que puedan aplicarse más adecuadamente, teniendo en cuenta, sobre todo, el auténtico espíritu que los anima y la realidad que nos toca vivir.

Palabras clave: Ética, filosofía, valores, derechos humanos, economía, mercados, empresa, trabajo, globalización, Derecho social, principio de buena fe.

ABSTRACT

Ethics and social law: an introduction

The deep and long lasting crisis through which we are currently passing is, above all, a crisis of values, and whether we can overcome this crisis depends not only on the behaviour and policy decisions of public entities and policy makers but also on that of private entities, organizations, institutions, lobby groups, and ultimately, of citizens as members of society. Economic policy decisions that could theoretically be effective would not alone provide a definitive solution to a problem which has its roots in society itself if such decisions are not based on correct values, and to this end, Ethics is the inevitable starting point from where adequate principles must impregnate the creation of laws, their compliance and their enforcement. Ethics and Law have always been closely connected with the latter being nothing but a minimal ethical standard governing societies, and within the labour relationships this is specially meaningful given that economy and markets tend to set out their own rules based on the overriding idea of maximisation of profits with the operation of offer and demand, and also more and more frequently on the basis of globalisation. Embedded within labour law and its procedural rules there are already ancient humanist and classical principles which remain perfectly valid today, without prejudice to the possibility of better applying such principles by taking into account the true underlying spirit and the current reality in which we live.

Keywords: Ethics, philosophy, values, human rights, crisis, economy, markets, corporation, employment, globalization, labour law, good faith principle.

Fecha de recepción: 4/6/2013

Fecha de aceptación: 4/6/2013

A mi Miguelito, cuya sola contemplación hace aflorar lo mejor de nosotros, poniendo de manifiesto, a cualquier observador mínimamente sensible, la existencia de unos valores que dan sentido a la vida y sin los cuales ésta no merece tal nombre.

SUMARIO

- I. LA FILOSOFÍA DE LA CUESTIÓN.
 - II. ÉTICA, MORAL Y DEONTOLOGÍA.
 - III. ÉTICA Y DERECHO SOCIAL.
 - IV. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. LA FILOSOFÍA DE LA CUESTIÓN

La vida, para el ser humano y más que como hecho, fenómeno o concepto, como modo humano de ser y existir («vida mental»), es un constante crecimiento, pues si se reduce a pura subsistencia («vida «orgánica» o «vida biológica») carece de su principal significado en la dimensión que es propia del ente pensante. Tanto a nivel individual como colectivo, se trata de crecer como sinónimo imperativo de un perfeccionamiento que da sentido a su propia dinámica, de tal manera que a lo largo de dicho proceso se vaya alcanzando el conocimiento imprescindible para conseguir la integración en la unidad de principio que, en aparente paradoja, da sentido a su fin último.

«Muchos filósofos antiguos –apunta Ferrater Mora⁽¹⁾– distinguían entre la vida como vida «orgánica», entendida asimismo como principio vital o «vitalidad», y la vida como la manera en que vive el hombre; a la primera llamaron «zóon» y a la segunda «bíos... La vida como modo humano de ser era principalmente la vida «práctica». Ésta incluía asimismo la vida «moral» entendida como el vivir de acuerdo con las mejores costumbres y normas de convivencia social», lo que lleva al ser humano a tratar de establecer unas pautas al respecto y de efectuar constantes evaluaciones acerca del grado de perfección de las mismas, en lo que consiste su propia filosofía existencial, de ahí que en el pensamiento orteguiano «la inserción de la filosofía y del pensamiento en la vida no es algo que acontece en virtud de una supuesta consustancialidad de la vida con la razón, sino el resultado de una experiencia de la vida»⁽²⁾.

Por tanto, el conocido «*primum vivere, deinde filosofare*» no puede considerarse certero sino a la luz de la distinción de ambas modalidades de vida, pues desde la segunda de tales acepciones filosofar y vivir se funden en una misma realidad y no existe, pues, un orden cronológico en su realización.

(1) FERRATER MORA, J., «Diccionario de Filosofía», vol. IV, Q-Z, p. 3689, Círculo de Lectores, Barcelona, 2002.

(2) FERRATER MORA, J., obra y vol. citados, p. 3692

A partir de esa identificación, lo que ha caracterizado al ser humano es su deseo de progresar, lo que le exige, por encima de todo, conocer, porque como dijera Aristóteles⁽³⁾, «todos los hombres tienen, por naturaleza, el deseo de saber», que es la idea que, en definitiva subyace en la frase de Weiss⁽⁴⁾ de que, «nuestra tarea es aprender, llegar a ser divinos a través del conocimiento».

En ese empeño, el ser humano ha concebido una moral como ideación de su propio deber ser, que justifica su existencia y que se torna en ética cuando se trata de pautar objetivamente su conducta con los semejantes, de establecer un sistema de valores, y en deontología cuando más específicamente pretende aplicarse al ámbito profesional.

Se ha dicho también⁽⁵⁾ asumiendo una perspectiva histórica de la cuestión, que «durante siglos, nuestros pensadores han sido víctimas de una atracción fatal: imaginar grandes cambios sociales, como visiones trascendentes y cerrar el círculo de sus teorías para que todo encaje. Sólo algunos de ellos han aceptado el caos, la imprevisibilidad y la opacidad de aquellas reglas que orientan los cambios sociales. Unos creen que hay que fortalecer la libertad por encima de todo, y otros, la igualdad; los humanistas proponen el fin del egoísmo; los marxistas consideran que Marx está más vivo que nunca; hay tendencias filantrópicas, utilitarias... Hay de todo. De todo, por no poder aceptar, con humildad, que la vida va a cambiar sin patrón previo, por la interacción de nuestros actos, cada vez más numerosos y globales, en un mundo que ya no duerme y permanece ante la pantalla de sus ordenadores: «está pasando, lo estás viendo». Cambiando nosotros, cambiaremos el mundo».

Se impone, pues, una especie de conquista (en eso precisamente radican las ideas de cambio y de perfeccionamiento antes mencionadas) en primer lugar, personal o subjetiva y, de otra parte, una conquista social del mundo como la que dice O. Wilson⁽⁶⁾ que es herencia de nuestra propia biología porque «nuestro destino es sentirnos atormentados por dilemas grandes y pequeños mientras diariamente nos abrimos camino a través del mundo arriesgado y cambiante que nos vio nacer», todo lo cual exigiría «una ética de simple decencia de los unos para con los otros», sin perder de vista en ningún caso –o mejor, teniendo absolutamente presente– cuestiones tan determinantes en una sociedad global como la actual como la ecología y la sostenibilidad del desarrollo, las consecuencias socioéticas de los nuevos avances técnico-científicos, la emergencia de nuevas potencias económicas y la filosofía idiosincrática que las anima, la superpoblación planetaria, la exacta ubicación y traducción de presente del pensamiento liberal-capitalista y la de sus oponentes en el contexto de la revolución que supone la constante e imparable progresión de las comunicaciones, la concepción al amparo de esta última realidad de conceptos anteriormente básicos como el de la propiedad privada y algunas de sus más concretas manifestaciones, como la propiedad intelectual, el mercado global y los mercados de trabajo, los derechos fundamentales del individuo y del trabajador en el marco de la realidad

(3) Aristóteles, *Metafísica*, Libro Primero, p. 28, Edit. Sarpe, Madrid, 1985

(4) WEISS, B., «Los Mensajes de los Sabios», pág 9, Ediciones B SA, Barcelona, 2012

(5) Dossier de la Revista «Filosofía hoy», núm. 17, febrero 2013, p. 17, Edit. Globus, Madrid

(6) O. WILSON, E., «The Social conquest of Earth», Liveright Publishing Corporation/W.W.Norton & Company Inc., New York-London, 2012

económica imperante, la crisis actual como suma de crisis y sus perspectivas de futuro inmediato y la redefinición de los valores e indicadores a nivel individual y social como modelo y garantía de viabilidad de la existencia misma.

Para todo ello se hace/n cada vez más necesario/s un/os ordenamiento/s normativo/s con pretensiones más cosmopolitas, o cuanto menos, de acercamiento de contenidos en su entorno geopolítico y con pretensión de trascenderlo, que los haga iguales o equiparables en lo sustancial como proyecto de más ambiciosas metas futuras, como instrumento de derribos fronterizos en pro de la ordenación no muy lejana de unidades de convivencia muy superiores a las actuales, que no serán, a su vez, sino una etapa en el camino de la sociedad global del futuro, donde los tribalismos de todo tipo queden definitivamente arrumbados en cuanto lo que se consigue con ellos no es sino el desencuentro, es decir, todo lo contrario a la armonización de intereses y al entendimiento desde el mutuo y mejor conocimiento.

En lo individual, por su parte, la vieja idea de que el ser humano es la medida de todas las cosas no sólo constituye un paradigma estético de la racionalidad intemporal sino que tiene completa vigencia si se parte de los fundamentos que son consustanciales con la propia naturaleza de ese ser: su libertad originaria y la igualdad de principio con los demás, de los que nacen, a su vez, otros principios como el de responsabilidad y el de desigualdad fundada en el mérito y en la capacidad de cada uno, o lo que es lo mismo, en el nivel demostrado de autoperfeccionamiento y de servicio a la sociedad de la que se forma parte y por extensión, a la propia humanidad.

Se impone, en fin, una nueva reflexión –como labor apriorística– acerca de la necesidad de la desaparición de los viejos dogmas, y tener por tales únicamente los valores que sean comunes a las diferentes ideologías, aunque se los interprete de modo distinto, cuya armonización hermenéutica vendrá más adelante, teniendo en cuenta ahora que lo realmente trascendental al respecto es la ineludible interacción de los mismos, al no ser posible la libertad sin la responsabilidad ni el orden sin la justicia y viceversa, siendo la conjunción de todos ellos un ejercicio final de estética en la ética definidora del comportamiento.

Parece acertado el diagnóstico de que «la crisis de 2008 es una hecatombe excepcional, de ahí que la gente cree que esta crisis ha de ser el punto y aparte de la historia. Sin embargo, a menudo la génesis de un gran cambio no parte de un suceso espectacular sino de una sucesión de acontecimientos que parecen poco importantes o incluso pasan desapercibidos. También es necesario que maduren las condiciones del cambio y se necesitan varias condiciones para hacer nacer una reforma profunda que suponga una revolución en las ideas económicas y políticas y en los modos de vida que alimenten la mundialización»⁽⁷⁾.

A partir de esa descripción y subsiguiente recomendación, lo que claramente se colige es que dicha crisis es, ante todo, una crisis de valores⁽⁸⁾ y que ésta ha tenido como una

(7) ¿Hay una revolución necesaria?, en Rev. Filosofía Hoy, núm. 17 p. 21

(8) Según Adela CORTINA, «algo ha tenido que ver con la crisis la falta de ética», a pesar de que un buen número de economistas insiste en afirmar que la ausencia de algunos valores éticos no ha ejercido influencia en ella, cuando resulta evidente que los valores morales son efectivos en la vida pública y así «mucho de lo que ha pasado podría haberse evitado si personas con nombres y apellidos, entidades y organizaciones con un nombre registrado hubieran actuado siguiendo las normas éticas que les corresponden, explícitas o implícitas. La ética sirve, entre otras cosas, para recordar que es una obligación ahorrar sufrimiento y gasto haciendo bien lo que sí está

de sus peores manifestaciones un nivel de corrupción como parece difícil de concebir en una sociedad en la que se estaban abriendo paso –siquiera fuese con todas las dificultades previsibles– conceptos tan avanzados y plausibles como el de la alianza de las civilizaciones en el ámbito internacional (más un deseo que una mínima realidad, aunque toda aspiración positiva comienza generalmente por ser una utopía) o el mucho menos teórico del Estado de bienestar en el contexto particular de cada estructura política democrática, con pretensiones de convergencia final en sus logros al respecto en una estructura superior de integración que jamás se logrará si las inferiores que intentan todavía a duras penas alcanzarla se fragmentan con pretensiones cada una de sus partes resultantes de obtener el reconocimiento como identidades beligerantes en el seno de lo que se pretende, con tanto esfuerzo, armonizar. En esta labor se da un paso hacia delante por dos en sentido opuesto y será imposible cualquier avance de progresar la marea particularista que lleva directamente a una nueva torre de babel.

Los males, pues, de esta sociedad global pero todavía estatalizada, lo constituyen, a nivel colectivo y aun sin relación aparente, de un lado, las diferentes manifestaciones de la corrupción y, de otro, el ensimismamiento virulento de los movimientos disgregadores, paradójicamente cada vez más presentes, incluso en países de historia dilatada, teniendo ambos fenómenos en común suponer un grave obstáculo para fórmulas superiores de integración, que pasan, en lo colectivo, no por la descomposición de las actualmente existentes sino por la paulatina superación y disolución de las mismas en otras de mayor alcance geopolítico perfectamente cohesionadas con y desde instituciones supranacionales que sean cada vez más robustas en su aspiración al bien común y a las que ir cediendo progresivamente cotas de poder o soberanía, por lo que consecuentemente con ello se hace perentoriamente menester concienciar tanto sobre la necesidad de un ejercicio congruente e interrelacionado de virtudes públicas y privadas en los administradores o representantes políticos –porque ambas categorías de valores constituyen un binomio indisoluble y de ningún modo puede entenderse que la moral íntima carece de relevancia pública, como estimaron en su momento determinados pensadores anglosajones– como sobre la exigencia del abandono de utopías sin fundamento y contrarias al bien común en un camino de regresión y desencuentro diametralmente opuesto a la inercia del futuro.

A nivel individual, de otro lado, la necesidad primaria es la de que la conciencia del sujeto acerca de su condición de irrepensible no se oponga a su cualidad de ser sociable sino que se vea enmarcada en el contexto de un espacio común de libertad y de igualdad de oportunidades donde la buena fe y el respeto a la ley primen en las relaciones con los demás como la mejor garantía de su justo desarrollo, constituyendo un antídoto frente al abuso del derecho y al fraude, que son los instrumentos más agresivos de los perjuicios a los que se ve expuesto como ciudadano y como sujeto del modo y medio más común para conseguir la subsistencia cotidiana personal y familiar: el trabajo, en cuyo ámbito el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes adquiere una particular dimensión.

en nuestras manos...», añadiendo que si se trasparenta la situación, se genera confianza y que la única solución en esta coyuntura está en luchar contra el deterioro moral actuando con profesionalidad, evitando los eufemismos, la huida hacia delante, las prácticas fraudulentas y el cortoplacismo (la toma de decisiones a corto plazo, sin tiempo suficiente para la necesaria reflexión). *Vid.* CORTINA, A., «Para qué sirve realmente...? La Ética», Paidós, pp. 19 y ss, Barcelona, 2013.

En el concreto ámbito jurídico, las relaciones entre Ética y Derecho se hallan en la base de ambos conceptos, cabiendo considerar a este último como un mínimo ético que la sociedad se da a sí misma para su propio gobierno. Lo que sucede es que tales relaciones adquieren, de antemano, una perspectiva muy específica en el contexto de un mundo globalizado y alcanzan una dimensión especial en situaciones de crisis generalizada como la que actualmente se padece, y en cuyo origen se encuentra, al decir de muchos, la crisis misma de los valores tanto colectivos como individuales.

Se hace necesario, pues, examinar el concepto de ética en el marco cronológico del siglo XXI, su dimensión específica en relación con la economía y en los definidos ámbitos del trabajo, la empresa y las instituciones de diversa naturaleza más estrechamente relacionadas con ambos.

El propio Aristóteles, fundador de la ética como disciplina filosófica⁽⁹⁾, planteó ya la relación entre las normas y los bienes, así como la relación entre la ética individual y la social y éstas son dos cuestiones todavía de actualidad, si bien en el marco de un mundo interrelacionado donde la revolución de las comunicaciones, la tecnología, la ecología y el medioambiente, el sistema financiero, o la gestión de riesgos, entre otros, constituyen elementos de primer orden en la propia gobernanza global y en la de cada ordenamiento jurídico en particular, no cabiendo olvidar en todo caso, que la crisis es, por encima de todo, de confianza tanto en las instituciones como en sus rectores, por el pesimismo generado por las políticas diseñadas a diferentes niveles, por la convicción de la extemporaneidad e ineficacia de las medidas y por los propios comportamientos de los llamados a dirigir los ámbitos respectivos.

Una cuestión de gran importancia y de perfiles propios es la que podría denominarse Ética Judicial, bajo cuya denominación y entre otros extremos, cabría integrar aspectos diversos de trascendencia que abarcarían el ámbito forense en general y el del proceso y su conducción en particular, que exigen una atención individualizada por parte del Juzgador/a y del propio órgano jurisdiccional a las circunstancias concurrentes en cada asunto en el marco de la objetividad e imparcialidad general que le es exigible, así como una dirección que vele no ya sólo por los derechos debatidos, por cuanto se desprende de la naturaleza del litigio mismo y de los elementos subjetivos que concurren sino también por su repercusión en la propia sociedad.

Se precisa, pues, tener a la vista los valores y principios definidores del sistema, donde a partir de los derechos del ser humano como filosofía que hace de la dignidad de la persona el fundamento del orden político y de la paz social, se examine su recepción en el derecho positivo vigente, su ejercicio y garantías, con una mayor atención a las específicas de protección judicial de tales derechos.

En el, en fin, más específico ámbito del Derecho Social, desde la consagración constitucional de los principios y derechos de libertad e igualdad y no discriminación, de carácter general, y del propio derecho al trabajo, a su digna y suficiente remuneración, a la promoción a través del mismo y a su conciliación con la vida familiar, pasando por la

(9) Vid. MORAL, a Nicómaco, Espasa Calpe, Colección Austral, sexta edición, Madrid 1971, y la Gran Moral y Moral a Eudemo, Espasa Calpe, Colección Austral, quinta edición, Madrid, 1972.

protección a la salud laboral y todo lo que la misma conlleva, así como el sistema de aseguramiento de las distintas contingencias y la prevención de riesgos laborales, entre otros extremos, se evidencia la necesidad de que exista una conciencia colectiva acerca de la ineludible asunción y defensa, por convicción y no mera coacción –aunque sea estrictamente jurídica– de valores, principios y derechos que reduzca el recurso a los Tribunales a una solución *in extremis*, racionalizando la utilización de esta vía contenciosa, para lo que se debe insistir en una cultura del diálogo de buena fe que propicie el acuerdo, con o sin intervención de terceros, como base si no única, al menos primordial del funcionamiento del sistema, que es la mejor garantía y la más económica, tanto desde el punto de vista presupuestario como social.

Sobre esta base, susceptible de generar la indispensable seguridad tanto jurídica como social, podría conseguirse –aunque no sólo con ella– un contexto global que facilite el crecimiento y, por tanto, el final de la recesión, lo que pasaría, a su vez, por una nueva y diferente orientación de la empresa como organización inteligente en la que la capacidad de aprendizaje adaptativo y continuo venga dada por la interacción eficiente con el entorno vital, el cual es cada vez más exigente con el respeto de los derechos humanos en el trabajo, con el del medio ambiente, con la calidad del proceso productivo y con su resultado, entre otros extremos, lo que lleva a la cuestión de la posible intervención de terceros en el proceso laboral en salvaguarda de todo ello en determinadas circunstancias, que podrían asimismo analizarse tanto en el marco legal vigente como en el que vendría dado *de lege ferenda*.

A tal fin se ha propuesto una «inversión de la polaridad en el marco de incentivos» por considerar que hay que corregir el que se considera «desastroso programa cultural, al haber fomentado valores en la economía contrarios a los que rigen la sociedad (de tal manera) que en el futuro deben recompensarse e incentivarse los valores humanos fundamentales que han permitido que la existencia humana y social tenga éxito también en las relaciones económicas (para lo cual) habría que desatar las falsas guías éticas –búsqueda de beneficio y competencia– del marco de incentivos legítimo y añadir las guías que sí sirven a la mayoría: confianza, cooperación, solidaridad y voluntad de compartir (porque) el marco de incentivos para los individuos activos en la economía tiene que cambiar radicalmente de la búsqueda de beneficios y la competencia a la búsqueda del bien común y la cooperación»⁽¹⁰⁾.

En resumen, se hace necesario propiciar una reflexión sobre ser y deber ser en una coyuntura o circunstancia histórica concreta, sobre supervivencia y futuro del mundo del trabajo en su actual concepción (externalización de servicios, flexiseguridad, riesgos laborales, configuración presente del poder de dirección y de la gestión de recursos humanos, igualdad y no discriminación, conciliación de la vida laboral y familiar, trabajo y medioambiente, absentismo y precariedad laboral, etc) y sobre aportaciones en el ámbito del Derecho Social a una idea principal cual es la de la orientación o enfoque del escaso bien del empleo, cuya destrucción hay que detener de algún modo, y el cambio que esta situación de crisis con vocación de permanencia exige para sustituir estructuras rígidas y caducas por otras más ágiles y dinámicas tanto en las relaciones laborales *stricto sensu*

(10) FELBER, Ch., «La economía del bien común», Ediciones Deusto, p. 47, Barcelona, 2012.

como en las institucionales y en el mismo ámbito de la Justicia de la especialidad, estableciendo un sistema mucho menos formalista y más efectivo en la solución conciliada de los problemas, donde no se trate únicamente de cumplir con un requisito previo de acceso a la jurisdicción sino de diseñar toda una mecánica al respecto en la que el recurso al diálogo de buena fe pueda resultar una vía especialmente adecuada, sin perjuicio del papel de garante del propio acuerdo del poder judicial y del recurso al mismo como postrera solución cuando no sea factible otra.

II. ÉTICA, MORAL Y DEONTOLOGÍA

Ética y moral tienen la misma etimología («*éthos*» y «*mos*», que en griego y latín significan costumbre), debiendo repararse de antemano en que desde ese origen común, tanto caracteriza a las costumbres su sentido cambiante en función de los distintos pueblos que las observan como acervo cultural identitario, como su opuesto sentido de permanencia en el seno de cada pueblo y de cada uno de sus miembros, lo que lleva diversamente a resaltar lo que de común tienen las costumbres entre las diferentes sociedades y lo que de sustancial hay en las costumbres a lo largo del tiempo.

Se define académicamente a la ética como «parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del ser humano» y a la moral como «ciencia que trata del bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia»⁽¹¹⁾. De ahí que sean empleados ambos términos a veces indistintamente, si bien, como apunta Ferrater Mora⁽¹²⁾, el segundo («moral») tiene usualmente una significación más amplia que el vocablo «ética».

Partiendo inevitablemente de Aristóteles, la ética consistiría originariamente en la ciencia de las costumbres propias de cada pueblo, siendo la costumbre más general de los seres humanos la de razonar sus acciones en función de sus fines, de modo que la ética se constituye, en principio, en la ciencia que investiga los fines de la conducta humana.

En la evolución del concepto, sin embargo, se ha pasado desde la concepción elitista del Estagirita, basada en la idea de que el aprendizaje de la virtud como objetivo ético viene atribuido a quienes tienen la capacidad de instruirse, como clase privilegiada de la que se excluye por principio a los esclavos o los extranjeros entre otros (de ahí el significado peyorativo que adquirió el término «bárbaro»), a una perspectiva mucho más universal en la que se concibe a los seres humanos iguales no sólo por su cultura sino por su naturaleza.

Tras diversas y sobresalientes aportaciones tanto de tipo religioso (filosofía cristiana) como secular (filosofía de la Ilustración y de la Revolución Francesa) surge la gran figura de Kant que señala que la ética, como parte de la metafísica, en cuanto, a su vez, parte de la filosofía pura limitada a determinados objetos del entendimiento, tiene una parte empírica que constituye la antropología práctica y una parte racional a la que denomina «propia­mente moral»⁽¹³⁾.

(11) Diccionario de Lengua Española de la Real Academia de la Lengua, vigésima primera edición, 1992.

(12) Ferrater Mora, J., «Diccionario de Filosofía, vol 3 (K-P), p. 2460, Círculo de Lectores, 1994

(13) KANT, E., «Fundamentación de la Metafísica de las costumbres», p. 16, Espasa Calpe SA, Colección Austral, cuarta edición, 1973, Madrid. Acerca de la trascendental importancia de su pensamiento, entre otras muchas

Kant se remonta a un idealismo puro y vital, una norma superior de exacto enjuiciamiento de las costumbres por verse éstas expuestas a transformaciones y corrupciones de no mediar el principio supremo de la moralidad, que se sostiene a partir de la distinción de sus dos clases de la razón: la razón teórica o pura, que formula juicios, y la razón práctica, que formula imperativos. Sobre ambas, la ética formal kantiana tiene los caracteres de universal –y, por ello, sin contenido empírico, pues de la experiencia no se pueden extraer deberes universales– apriorística –es decir, anterior a la experiencia– y autónoma, esto es, que la ley le viene dada desde el interior del propio individuo (imperativos) y no desde fuera. Tales imperativos han de ser categóricos y no hipotéticos, y son tres, en principio, sus formulaciones, recogidas todas ellas en su «*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*»:

- «Obra según máximas que puedan tenerse a sí mismas como leyes naturales universales».
- «Obra con respecto de todo ser racional, tanto en tu persona como en la de los demás, de tal modo que tu máxima valga al mismo tiempo como un fin en sí».
- «Todo ser racional debe obrar como si fuera por sus máximas siempre un miembro legislador en un reino universal de los fines».

En sus «*Principios Metafísicos del Derecho*»⁽¹⁴⁾, que forma parte de su «*Metafísica de las Costumbres*», Kant formula, en fin, lo que considera la ley universal del derecho coincidente en lo sustancial con la primera de las tres precitadas: «Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal».

La razón práctica, de otra parte, es, según señala Ferrater Mora⁽¹⁵⁾, la razón en su uso moral y aunque no es una razón distinta de la teórica, es un «uso» distinto de la razón y es en el examen de este uso donde Kant procede a desarrollar su ética en la «*Crítica de la Razón práctica*» y en la «*Fundamentación de una metafísica de las costumbres*», constituyéndose en una de sus nociones centrales, si no la central, la de la «buena voluntad», estimando que únicamente merecen el calificativo de «morales» los actos que se asientan en la «buena voluntad» sin restricciones. «Por eso, en la división de los imperativos morales en hipotéticos y categóricos, sólo a éstos compete la moralidad absoluta». Y puesto que a pesar de su formulación rigorista, para admitir la doctrina kantiana de la buena voluntad hay que aceptar al mismo tiempo, según Ferrater⁽¹⁶⁾, la idea de un sujeto moral racional, muy posiblemente pueda encontrarse en esa filosofía un vínculo directo de tal concepto con el preexistente de buena fe como base no ya del ordenamiento jurídico sino de la propia filosofía del derecho, tal y como parece desprenderse de su afirmación de que «la moral exige de mí que adopte por máxima el conformar mis acciones al Derecho»⁽¹⁷⁾.

obras puede verse GARCÍA MORENTE, M., «La filosofía de Kant», Espasa Calpe, Colección Austral, Madrid, 1975, especialmente sus pp. 136-174 relativas a la ética kantiana. En un nivel menor y más divulgativo, *vid.* STRATHERN, P. «Kant en 90 minutos», Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2000.

(14) KANT, E., «Principios Metafísicos del Derecho», p. 40, Editorial Américalee, Buenos Aires, 1974.

(15) FERRATER MORA, J., obra citada, vol. K-P, pp. 1993-1994.

(16) Ídem, vol. A-D, pp. 445-446.

(17) KANT E., «Principios Metafísicos», p. precitada.

Para Kant, en fin, en el deber, impuesto por la ley moral, reside la virtud de toda acción y congruentemente con ello, en la «conclusión» de su *«Crítica de la razón práctica»* expresó: «Cuanto más a menudo y más frecuentemente reflexiono, dos cosas me llenan la mente de un asombro y admiración siempre renovados: el firmamento estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí».

Con Hegel, ética y moral vienen a constituir la versión subjetiva y objetiva del deber, de tal manera que la segunda (moral) hace referencia a lo que el sujeto desde su conciencia experimenta como sentido del deber –que nunca se ve satisfecho dado el sentido potencial del propio concepto, que hace que no se pueda realizar con perfección– mientras que la primera (ética) supone la objetivación en las instituciones del Derecho y del Estado de la idea del deber, de tal manera que desde esa perspectiva y como apunta Segura Naya⁽¹⁸⁾, «un comportamiento ético, mira, pues, preferentemente al ámbito de lo público», lo cual, según expone ese mismo autor⁽¹⁹⁾, da como resultado la consolidación del Derecho como parte de la Ética «puesto que la realización de la Moral, en el pensamiento hegeliano, es el Derecho y la realización del Derecho sólo es posible en el Estado», y ello porque desde esa perspectiva filosófica «la moral íntima carece de relevancia pública (y) la única moral es la exigible ante un tribunal de justicia, de tal modo que la moralidad se subsume en la Ética y ésta en lo público», lo cual implica que «lo individual es una mera porción de la «verdadera» realidad que es la totalidad del Estado», donde «los vicios privados quedan en el «santuario de la conciencia», mientras que las virtudes públicas aprovechan a todos», de ahí, en fin, como consecuencia, «una desvalorización de la Moral a favor de la Ética»⁽²⁰⁾.

En los tiempos actuales, la ética kantiana en cuanto que sostiene que la persona es el fin último de la moral y que lo que es una ley moral universal y objetiva debe ser también asumido por el individuo en sus acciones, de tal manera que la Moral y el Derecho son la manifestación de la libertad humana y no su negación, es la que tiene una presencia importante, si bien, como expresa Segura Naya,⁽²¹⁾ «el verdadero problema teórico radica en que esta moral se apoya, nada menos, que en la fe absoluta en unos postulados en los que actualmente nadie está dispuesto a creer, por muy bien que se aduzcan razones verosímiles. La moral se ha convertido en una construcción formal, artística, en donde, si es humana o no, carece de importancia. La perfección técnica es lo único que importa».

Se trata de un juicio de valor tan certero como desolador porque independientemente de las creencias de cada cual, incluso desde una base tan objetiva como aséptica de pensamiento, resulta apodíctica la afirmación de que «la verdad os hará libres»⁽²²⁾ y, por tanto, a ese fin de verdad, construído por el aluvión de pequeñas y grandes verdades provenientes desde los distintos foros de conducta, ha de tender un mundo que quiere ser libre. Consecuentemente con ello, el ser humano ha de ser congruente consigo mismo, sea cual fuere el ámbito de su actuación, y por ello no resulta fácilmente asumible una doble versión en

(18) SEGURA NAYA, A. «Fundamentación Ética de la Deontología Judicial», en VVAA, «Ética del Juez y Garantías Procesales», Manuales de Formación Continuada 24, p. 37, CGPJ 2005.

(19) Trabajo y obra citados, p. 38.

(20) Ídem.

(21) Ídem, p. 57.

(22) Evangelio de San Juan 8, 31-42.

su comportamiento según la esfera de los intereses en presencia, existiendo una interrelación o interdependencia entre los campos que más pronto que tarde aparece en la vida de cada sujeto y de cada sociedad, y es por eso que aunque la diferencia entre ética y moral siempre ha existido y se mantiene en lo que desde el tronco común etimológico constituyen perspectivas diferentes integradas por la versión relacional (Ética) y la faceta íntima (Moral) del ser humano en su proyección social, al final ambas resultan instrumentos indispensables en orden a la consecución de un mismo fin de progreso que tiene su más genuina manifestación en la ejecución de un ideal objetivo de justicia para todos en función de los méritos, de un lado, y de las necesidades, de otro, de cada uno en el contexto de una sociedad libre, plural, dialogante, cohesionada y cada vez más amplia si no quiere extinguirse, porque hasta ella llega la afirmación inicial de que la vida es crecimiento.

Por su parte, el discípulo de Kant, Fichte, intentó superar las aporías de la epistemología kantiana a partir de la vertiente moral del sujeto, difuminando las fronteras entre razón teórica y práctica. Subrayó el significado de la filosofía «práctica» de las cuestiones relacionadas con la fundamentación de la moral y la redujo a la actividad de la mera conciencia y elaboró, de otra parte, un proyecto utópico para organizar la sociedad burguesa alemana en forma de «Estado comercial cerrado». Expresando las peculiaridades del desarrollo burgués de Alemania, explicaba la excepcionalidad de su país y sus «Discursos a la nación alemana» dieron origen al nacionalismo germánico a la par que, acaso paradójicamente, también los clásicos del marxismo-leninismo valoraban profundamente su doctrina, hasta el punto de que Engels citó a Fichte entre los filósofos de quienes los comunistas alemanes se enorgullecen en descender.

El marxismo nace, en efecto, de un posicionamiento filosófico a la izquierda de Fichte y de Feuerbach⁽²³⁾ y la moral que define no tiene cabida fuera del materialismo dialéctico y de la lucha de clases porque, según Marx y Engels, los ideales y las consideraciones morales no son fundamentales en la vida humana y social sino que es la evolución biológica y social lo que determina la moral, de modo que lo que es correcto o incorrecto viene dado por lo que es mejor para esta evolución, de tal manera que si la clase burguesa la dificulta, la naturaleza dicta la eliminación misma de esa clase. Como apunta Fischer⁽²⁴⁾, «en la filosofía idealista, lo espiritual se hizo principio activo, principio creador; para Fichte, el creador del mundo era el «yo» (no el «yo» individual, sino el «yo» cósmico); para Hegel, el «espíritu universal» actúa en todas las fases de la «enajenación» llegando hasta la autoconciencia omnicomprendiva; en cambio para los filósofos materialistas, el hombre no es más que un *producto* del mundo exterior y este mundo exterior no es más que *objeto*, materia de la percepción, que se refleja en las impresiones sensoriales, una abstracción de las cuales constituyen los pensamientos... Lo decisivo es

(23) A quien Marx dedicó la Tesis que escribió en 1845 y que Engels publicó en 1888 como apéndice a la edición aparte de su *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*. Para Feuerbach, alumno de Hegel, la existencia de la religión sólo es justificable en tanto que satisface una necesidad psicológica porque la preocupación esencial de la persona guarda relación consigo mismo y el culto a Dios no consiste más que en la idealización de uno mismo, siendo la suya una de las primeras filosofías materialistas de Alemania. Marx y Engels vieron en la idea feuerbachiana de que el pueblo y sus necesidades materiales deben ser el fundamento de la teoría social y política una interpretación materialista de la sociedad que ellos calificarían de mecanicismo y que más adelante formularían como la teoría del materialismo histórico.

(24) FISCHER, E., «Lo que verdaderamente dijo Marx, pp. 156-158, Editorial Aguilar, México, 1977.

siempre la práctica. Los hombres son seres activos; en la medida en que está en su poder, modifican en su favor las circunstancias que encuentra ante sí; toda vida social es esencialmente práctica... (pero) la práctica humana sola no basta... Tiene que ser una práctica aprehendida (y) el aprehenderla es función de la filosofía revolucionaria... La filosofía de la praxis niega por igual la opinión de que el hombre sea *autónomo* y decida en todo momento de una manera independiente y la opinión contraria, a saber la de que el hombre sólo decide *aparentemente* pero en realidad, las circunstancias no le permiten ninguna decisión auténtica e imperan sobre los hombres. El hombre es una abstracción; solamente existen los hombres, a los cuales *es común su esencia genérica*», que los distingue de todos los demás seres vivos, pero los hombres pertenecen a una determinada formación social, a una clase, a una nación a una época histórica, por lo que en su comportamiento, en sus respectivas posibilidades están *condicionados* por el conjunto de estas circunstancias. El ser humano –explica Marx al filósofo Feuerbach– no es algo abstracto, inherente al individuo suelto, es, en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales...».

Entre los pensadores postmarxistas (Lacclau, Mouffe)⁽²⁵⁾ se trata de superar el materialismo histórico mediante la renuncia a la idea de totalidad, presente en el marxismo estructural, abogándose por el fin de la superposición del conflicto de clases sobre otros conflictos como los de género, étnicos, culturales, etc, y por la promoción de la apertura de las sociedades civiles, así como por la defensa de la teoría democrática como valor universal. Con la crítica a la ideología, también se promueve el valor de la multitud, y todo ello lo identifican algunos en gran manera con la deconstrucción de Derrida⁽²⁶⁾, que significa un enlace con las transformaciones múltiples que afectan a la llamada sociedad posmoderna y cuyo aspecto más visible es la globalización y la sociedad del riesgo.

El primer teórico que habló, no obstante, de este cambio es Ulrich Beck, quien en su libro *«La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad»* (1986)⁽²⁷⁾ expone una serie de cambios que no estaban siendo advertidos por las ciencias sociales y que afectan

(25) LACLAU, E., y MOUFFE, Ch., «Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia», Siglo XXI editores, Madrid, 1987. En la actualidad, trata de abrirse paso una filosofía que vuelve al marxismo en su versión comunista representada, entre otros, por Gianni Vattimo, formulador de la teoría del «pensamiento débil»-que implica la disolución progresiva de los modelos absolutos y que en cierto modo, por ello, comparte algunos rasgos con la deconstrucción de Jacques Derrida- quien ha sostenido en su obra «Ecce comu» (Paidós 2009) que el comunismo (en su aspecto ideal y no real) es «la única alternativa viable al injusto capitalismo que padecemos», tesis que se reafirma en su posterior y compartida (con Santiago Zabala) obra «Comunismo hermenéutico. De Heidegger a Marx» (Herder 2012).

(26) DERRIDA, J., creador del deconstructivismo, tipo de pensamiento que critica, analiza y revisa en profundidad las palabras y sus conceptos y que cuenta, entre sus influencias más notables, a Hegel, Nietzsche, Husserl, Freud y Heidegger, escribió, entre otras muchas obras, y publicó en 1993 «Espectros de Marx» y en 1996 «Cosmopolitas de todos los países, ¡un esfuerzo más!».

(27) «Beck se acerca a los problemas de la nueva sociedad, que no son los mismos que describía la sociología de las sociedades precedentes, y encuentra en la complejidad de las relaciones, la desregulación absoluta, la prevalencia del poder y decisión de las corporaciones, la inhibición de los poderes políticos o su cooptación por el poder económico, una fuente de incertidumbre, inseguridad y riesgos... El pensamiento de Beck está jalonado por las constantes de una sociedad sometida a fuertes riesgos, a procesos de individualización o sujeción individual de los comportamientos en la vida social y modernización, como escenario de las representaciones que significan los cambios... En una sociedad definida por los procesos de globalización, Beck distingue entre los vectores locales y globales, convencido de la necesidad de una cooperación supranacional como instrumento de refuerzo del desarrollo y la estabilidad local. Frente a los valores del viejo Estado nacional, fuerte y jerarquizado, describe el “Estado

notablemente a las nuevas generaciones. Convencido de la necesidad de una cooperación supranacional como instrumento de refuerzo del desarrollo y la estabilidad local, Beck propone frente a los valores del viejo Estado nacional, el «Estado cosmopolita», que aunque todavía Estado, supone, al menos, una nueva forma de concebirlo y se halla ya plenamente abierto a la cooperación y a una cohesión internacional que, manteniendo la diversidad, amortigüe las tensiones de las diferencias. En definitiva, entiende que las consecuencias no deseadas de la realidad actual disuelven la potestad de los Estado-Nación y obligan a pensar la construcción política de una comunidad mundial que afronte los problemas.

En la comparativa de la sociedad del riesgo frente a la tradicional, se ha difundido el siguiente cuadro⁽²⁸⁾:

Sociedad moderna:

- Trabajo mediado entre el mundo privado y el Estado. Nivelamiento de las condiciones de vida de las clases subordinadas. Acceso al poder progresivo de éstas y delimitación de las diferencias interclasistas.
- Discurso uniforme centrado en la racionalidad y el progreso continuo.
- Pensamiento de dos bandas (comunismo y liberalismo) que promueven, desde distintas lógicas, un mayor acceso a la información. Esta dualidad produce relativa parcialidad informativa.
- Aceptación de las instituciones sociales básicas en la población, sin distinción de clase y grupo político, racial o cultural. No existe el riesgo; el Estado se encarga de asegurar trabajo, educación y salud a la vez que exige al mundo privado marcos normativos en el contrato, variables según la región.
- Dominación parcial del capital; su control hegemónico se ve impedido por el rol del Estado y los logros del proletariado organizado desde fines del siglo XIX.

Sociedad del riesgo:

- Trabajo flexible y capital liberado. Pauperización de la condición de vida de las clases subordinadas. Complejización de la lucha de clases (anulación, en algunas regiones) y pérdida de conquistas sociales por parte las clases subordinadas.
- Llegada de discursos feministas, ecologistas y autonomistas que conviven con el paradigma clásico.
- Pensamiento único, desinformación deliberada y deseducación progresiva de la población.
- Crisis de las instituciones sociales modernas. Quiebra de la cosmovisión de la modernidad. Aceptación del riesgo en el pacto social. Convivencia con la crisis ecológica, política y social.
- Dominación completa del capital en la sociedad, que afecta la educación, instituciones científicas, discursos, derechos, etc.

cosmopolita”, autónomo ciertamente, pero plenamente abierto a la cooperación y a una cohesión internacional que, manteniendo la diversidad, amortigüe las tensiones de las diferencias». www.infoamerica.org/teoria/beck1.htm.

(28) *Vid. es.wikipedia.org/wiki/Sociedad_del_riesgo* 22/02/2013.

Por otra parte, a la afirmación marxista, ya mencionada, de que los hombres pertenecen a una determinada formación social, a una clase, a una nación, a una época histórica, por lo que en su comportamiento, en sus respectivas posibilidades están *condicionados* por el conjunto de estas circunstancias, puede oponerse, en el concreto ámbito de la justicia, la propuesta de Rawls⁽²⁹⁾ de la *posición original* como statu quo inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en él (su filosofía parte de un contractualismo que hunde sus raíces en Hobbes, Rousseau y Kant para enriquecerlo y superarlo con nuevas propuestas y diferente perspectiva) sean imparciales (lo que da lugar a la denominación de «justicia como imparcialidad»)⁽³⁰⁾ y consistente en el teórico punto de partida para, desde el pacto social, elegir las instituciones de base que fijarán, en una sociedad hipotética, el modo en que se organizará la vida económica y política de la misma, teniendo sus miembros en cuenta de antemano que esas instituciones determinarán las condiciones de desarrollo de sus vidas y las de los que les sucedan, por lo que deberán tener muy presente que las circunstancias podrán cambiar sustancialmente con el tiempo, de modo que los términos del contrato no deberán ser evaluados a la luz de los intereses actuales sino de los más permanentes que puedan tenerse, lo que en definitiva supone aceptar el *velo de ignorancia* (la incertidumbre de la vida social que impide tomar decisiones en función de las ventajas de las que se disfruta en el presente) que obliga a negociar bajo la perspectiva del universalismo moral.

En consecuencia, la idea de justicia partirá de una formulación efectuada haciendo abstracción de la particular concepción del bien y desconociendo el lugar que cada individuo ocupará en la sociedad, para así no lastrar dicho concepto con prejuicios o intereses que lo condicionen, y ello utilizando la técnica económica del *maximin* (maximizar el mínimo) de tal manera que se minimicen los riesgos «a los que podríamos enfrentarnos en el caso de que nos toque estar entre los miembros menos favorecidos de la sociedad»⁽³¹⁾. Su teoría, en definitiva y como apunta Nussbaum⁽³²⁾, combina elementos del contrato social clásico con otros de la moral kantiana que imponen limitaciones importantes sobre los principios políticos elegibles, siendo en cualquier caso lo cierto que Rawls introduce en aquél el compromiso con la imparcialidad que deriva de ese *velo de ignorancia*, porque entiende que los ciudadanos de una sociedad idealmente conformada asumen los principios sociales desde una perspectiva donde se dan cita tanto el interés por su propia felicidad como la noción de equidad concebida desde el velo de la ignorancia sobre sus condiciones y las de sus semejantes.

(29) RAWLS, J. autor, entre otras obras, de la celeberrima «Teoría de la Justicia» (1971), de la que Amartya Sen dijo que ha sido la más influyente en el siglo XX, escribió también, acerca del mismo tema, la «Justicia como equidad», Edit. Tecnos, 2012, Madrid, y «La Justicia como equidad. Una reformulación», Edit. Paidós Col. Estado y Sociedad, Barcelona 2012. Tal es su influencia en el pensamiento actual que son muchas las obras dedicadas al estudio de las suyas, como «John Rawls y la teoría de la justicia», de BIDEU, J., Edicions Bellaterra SGU, Barcelona, 2000, o «John Rawls y la justicia distributiva», de DA SILVEIRA, P., Campo de Ideas, Madrid, 2003.

(30) RAWLS, J., «Teoría de la Justicia», Fondo de Cultura Económica, Segunda edición, séptima reimpresión, 2010, México DF, pp. 29-30.

(31) DA SILVEIRA, P., obra citada, p. 27.

(32) NUSSBAUM, M., «Las fronteras de la justicia», Paidós Ibérica, Barcelona, 2007. Según sostiene esta autora, premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales 2012, la tradición del contrato social no puede resolver algunos de los problemas políticos más importantes de nuestros días, debiendo concebirse la justicia más desde un punto de vista acorde con la fragilidad humana, con nuestra sociedad global y con el lugar que ocupamos en el mundo natural.

Rawls ha tenido críticos de la talla de M.J. Sandel⁽³³⁾, cuyo curso «Justicia» fue durante dos décadas de los más seguidos en la Universidad de Harvard. Opina dicho profesor que «la argumentativa de Rawls sugiere el presupuesto del *velo de la ignorancia*, el cual nos permite abstención ante el compromiso propio» pero que hay vínculos, como los familiares, de tipo inconsciente, que son de difícil desagregación en su atribución personal. Señala dos objeciones al principio de la diferencia como fundamento de la teoría de la justicia distributiva rawlsiana, una referente a los incentivos (según Rawls el principio de la diferencia permite la desigualdad de ingresos por mor de los incentivos con tal de que se necesiten para mejorar la suerte de los menos aventajados, a lo que Sandel responde que si Rawls tuviese razón las desigualdades en los ingresos serían justas sólo en la medida en que motivasen esfuerzos que al final ayudasen a los desfavorecidos) y otra relativa al esfuerzo (Rawls, dice Sandel, rechaza la teoría meritocrática de la justicia porque las aptitudes naturales de los individuos no son obra de éstos pero ello olvida el duro trabajo que se dedica a cultivar la propia competencia). Finalmente, no obstante, Sandel concluye con un homenaje a la teoría de la justicia de Rawls cuando tras citar las palabras de éste de que «la distribución natural ni es justa ni injusta, ni es injusto tampoco que las personas nazcan en la sociedad en alguna posición particular; son, simplemente, hechos naturales; lo que es justo o injusto es la manera en que las instituciones tratan esos hechos»⁽³⁴⁾, apostilla el profesor de Minneapolis que «Rawls propone que los aceptemos (esos hechos naturales) aceptando compartir los unos el destino de los otros y sacar provecho de los accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales sólo cuando redundan en el beneficio común,. Sea válida o no en última instancia esta teoría de la justicia, representa la defensa más atractiva de una sociedad más igual que la filosofía política haya producido jamás en los Estados Unidos».

Sandel analiza antes el pensamiento de Kant en un capítulo (5) al que titula «lo que cuenta es el motivo» (del mismo modo que se refiere posteriormente en su capítulo 8 a Aristóteles, con el que cierra el tratamiento particularizado de filósofos cuyo pensamiento aborda en su exposición) y precisamente en relación con el gran maestro de Königsberg apunta Segura Naya⁽³⁵⁾ que Rawls «se reconoce kantiano, en cuanto admite el constructivismo de la teoría moral (pero) se aleja de Kant en cuanto piensa que las normas *a priori* no son, de suyo, aplicables», si bien en lo que Rawls llama *posición original* «recuerda al imperativo categórico y a la definición kantiana de persona», aunque con el matiz de que los principios de dicha situación original no pueden ser nunca absolutos y categóricos sino más bien hipotéticos, de tal manera que «se va pasando de un deontologismo “fuerte” a uno “débil”».

Y en este punto puede entroncarse con el concepto de deontología o de ética deontológica o deontología profesional –expresión esta última ciertamente redundante– para convenir en que «en el ejercicio de la profesión, aparece, con claridad, la necesidad de

(33) Y dio lugar al libro «*Justice: What's the Right Thing to Do?*» (Farrar, Straus and Giroux, 2010), publicado en España con ese mismo título, «Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?» (vid. pp. 161-189) por Debolsillo, Barcelona 2012.

(34) «Teoría de la Justicia», sección o punto 17 («la tendencia a la igualdad») dentro del capítulo II relativo a «Los principios de la justicia», pp. 103 y ss de la edición precitada del Fondo de Cultura Económica.

(35) SEGURA NAYA, A., trabajo y obra citados, pp. 60-61.

conectar Derecho con Moral»⁽³⁶⁾ y éste es el terreno de la Deontología, que aplicada a la profesión judicial determina que «los mejores jueces no son los que aplican las leyes sino los que buscan lo justo en las leyes, siendo ellos mismos, cada día, algo más justos»⁽³⁷⁾.

La Deontología o «teoría del deber», es, al lado de la axiología, una de las dos ramas principales de la ética normativa y se la considera, en general, como la ciencia o tratado de los deberes⁽³⁸⁾ y en particular, los que han de cumplirse en determinadas circunstancias sociales, muy especialmente en determinadas profesiones.

El término lo acuñó Bentham en su «*Deontology or the Science of Morality*» en 1889 y hace referencia a un conjunto ordenado de deberes y obligaciones morales que tienen los profesionales de una determinada materia, resultando, cada vez más, una consecuencia del progreso de la humanidad en el conocimiento y de los resultados que sus conquistas deparan, en cuanto que, como dice Mitcham⁽³⁹⁾, los problemas fundamentales a los que se enfrenta la humanidad vienen dados precisamente por sus logros tecnológicos, y a pesar de cuantos esfuerzos se realizan para atajarlos por medio de la investigación científica y la innovación tecnológica (es decir, por los mismos medios que han originado esos problemas), «las respuestas siguen siendo fundamentalmente de carácter ético», acudiéndose al concepto de responsabilidad ética como una especie de solución universal, de tal manera que «los científicos tienen la obligación de realizar su investigación de forma responsable; los médicos deben tener una responsabilidad ante sus pacientes, los ingenieros son responsables de velar por la seguridad, la salud y el bienestar públicos cuando diseñen estructuras,, productos, procesos y sistemas, los empresarios tienen una responsabilidad a la hora de comercializar la ciencia y la tecnología para beneficio público...», por lo que precisamente el establecimiento de un sistema de reglas (códigos deontológicos) que sirvan de marco y de cauce a la conducta profesional y regulen su contenido, se revela como el mejor modo de que cada colectivo exteriorice una declaración de ajustado comportamiento de sus miembros a las características, condiciones y exigencias de la actividad, en tanto en cuanto cada uno lo acomode a esas reglas, y de prevenir de algún modo la exigencia de responsabilidades en su ejercicio que no sean estricta y exclusivamente objetivas.

Y como entramado normativo que es, la deontología práctica constituye un nexo de unión entre la Moral y el Derecho porque aunque existe separación entre ambos, tienen un fundamento común, ya que lo que la primera prescribe como obligatorio es permitido siempre por el Derecho, o lo que es lo mismo, resulta jurídicamente lícito, lo que como apunta Del Vecchio⁽⁴⁰⁾ citando a Vanni, basta para hacer desaparecer la contradicción que entre ambos conceptos sostuvo Fichte,

(36) SEGURA NAYA, A., trabajo y obra citados, p. 52.

(37) Ídem, pp. 52-53.

(38) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésimoprimera edición, Madrid, 1992.

(39) MITCHAM, C., «La tecnología y el peso de la responsabilidad», en VVAA, «Valores y Ética para el Siglo XXI, p. 119, BBVA, Madrid, 2012.

(40) DEL VECCHIO, G., «Filosofía del Derecho», Octava edición, p. 334, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964.

Con sencillas palabras y en referencia a la profesión médica pero por extensión a cualquiera otra, Marañón decía⁽⁴¹⁾ que el profesional «se forma no sólo para ejercer su sabiduría en provecho de la sociedad y en propio provecho sino también para ejercerla con dignidad y pulcritud moral (porque) sin ésta, sin la línea moral bien precisa, el profesional mejor es siempre malo y es más, sin la fuente moral, la misma eficacia técnica de la profesión se desgasta y acaba por anularse».

El ilustre polígrafo consideraba que la ética profesional brotaba de la vocación y que al profesional que la tenía no necesitaba de reglas de moral expresas, ni «cursos de deontología» o «reglamentos» para su rectitud, si bien no cabe duda de que la definición y exposición de los principios que actúen como pautas de comportamiento en el ejercicio profesional supone un principio de seguridad jurídica para cuantos son destinatarios de esos servicios, lo que lleva a la distinción entre una deontología general o común a todas las profesiones y una deontología aplicada al ejercicio de cada una.

Esta última, como ética profesional, constituye un ámbito de reflexión cuyo resultado tiene dimensión práctica, o lo que es lo mismo, una línea de acción consecuencialista que se plasma, en primer lugar, en unos principios de actuación profesional, después en unos caracteres éticos de dicha actuación y finalmente en unos deberes de los profesionales en el ejercicio de la función.

Acerca de los primeros, y a título de ejemplo, cabe reseñar que el Código Modelo Iberoamericano de Ética judicial aprobado en la XIII Cumbre de Ética Judicial Iberoamericana decía en el punto XII de su Exposición de motivos que *«desde la lectura comparada de los Códigos de Ética Judicial vigentes es posible identificar ciertas exigencias centrales que muestran una importante concentración del modo en que se pretende la prestación del servicio de justicia de manera excelente o completa. Esos núcleos concentradores de la ética judicial reciben distintos nombres, pero parece aconsejable insistir –de conformidad con los documentos iberoamericanos ya aprobados– en la denominación de “principios”, dado que ellos reclaman cierto perfil intrínseco valioso cuya concreción histórica queda sujeta a posibilidades y circunstancias de tiempo y lugar. Los “principios éticos” configuran el repertorio de las exigencias nucleares de la excelencia judicial, pero como tales pueden justificar diferentes normas en donde se especifiquen distintas conductas en relación a determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, la independencia es inequívocamente uno de esos “principios”, y desde ella es posible delinear normas que, de manera más concreta, modalicen conductas exigibles. Esos principios, al procurar modelar el ideal del mejor juez posible, no sólo reclaman ciertas conductas sino que alientan que, tras la reiteración de las mismas, se arraiguen en hábitos beneficiosos, facilitadores de los respectivos comportamientos y fuente de una más sólida confianza ciudadana»*, señalando en los capítulos I a XIII de su Parte I los siguientes: independencia (I), imparcialidad (II), motivación (III), conocimiento y capacitación (IV), justicia y equidad (V), responsabilidad institucional (VI), cortesía (VII), integridad (VIII), transparencia (IX), secreto profesional (X), prudencia (XI), diligencia (XII) y honestidad profesional (XIII) desgranando concretamente en los tres

(41) MARAÑÓN, G., «Vocación y Ética y otros ensayos», Espasa Calpe, Col. Austral, pp. 57-62, quinta edición, 1966, Madrid.

primeros (artículos 1-8, 9-17 y 18-27 respectivamente) y en el quinto (artículos 35-40) los siguientes preceptos:

ART. 1º.—Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la **independencia judicial** no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

ART. 2º.—El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, **sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.**

ART. 3º.—El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que **no recibe influencias –directas o indirectas– de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial.**

ART. 4º.—La independencia judicial implica que **al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria.**

ART. 5º.—El juez podrá **reclamar que se le reconozcan los derechos y se le suministren los medios que posibiliten o faciliten su independencia.**

ART. 6º.—El juez tiene el derecho y el deber de **denunciar cualquier intento de perturbación de su independencia.**

ART. 7º.—Al juez no sólo **se le exige éticamente que sea independiente** sino también que no interfiera en la independencia de otros colegas.

ART. 8º.—El juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional.

ART. 9º.—La **imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados** en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional.

ART. 10.—El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

ART. 11.—El juez está **obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad** o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así.

ART. 12.—El juez debe procurar **evitar las situaciones que directa o indirectamente justifiquen apartarse de la causa.**

ART. 13.—El juez debe evitar toda **apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables**, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial.

ART. 14.—Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está **prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados** desde la perspectiva de un observador razonable.

ART. 15.—El juez debe procurar **no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas.**

ART. 16.—*El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso.*

ART. 17.—*La imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de **honestidad intelectual y de autocrítica.***

ART. 18.—*La **obligación de motivar las decisiones** se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales.*

ART. 19.—*Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones **jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión.***

ART. 20.—*Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita.*

ART. 21.—*El deber de motivar adquiere una intensidad máxima en relación con decisiones privativas o restrictivas de derechos, o cuando el juez ejerza un poder discrecional.*

ART. 22.—*El juez debe motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de Derecho.*

ART. 23.—*En materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. Debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto.*

ART. 24.—*La motivación en materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos.*

ART. 25.—*La motivación debe extenderse a todas las alegaciones de las partes, o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes del asunto, siempre que sean relevantes para la decisión.*

ART. 26.—*En los tribunales colegiados, la deliberación debe tener lugar y la motivación expresarse en términos respetuosos y dentro de los márgenes de **la buena fe.** El derecho de cada juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación.*

ART. 27.—*Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas.*

ART. 35.—*El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.*

ART. 36.—*La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.*

ART. 37.—*El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes.*

ART. 38.—*En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.*

ART. 39.—*En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.*

ART. 40.—*El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan.*

De otro lado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada al 30 de marzo de 2010, dispone en su artículo 253 (antiguo artículo 223 TCE) que «*Los jueces y los abogados generales del Tribunal de Justicia, elegidos entre personalidades que ofrezcan **absolutas garantías de independencia** y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean juriscónsultos de reconocida competencia, serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años, tras consultar al comité a que se refiere el artículo 255*».

El artículo 281 del mismo texto (antiguo artículo 245 TCE) precisa que «*El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se fijará en un protocolo independiente. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán modificar las disposiciones del Estatuto, a excepción de su título I y su artículo 64. El Parlamento Europeo y el Consejo se pronunciarán bien a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia*», y a su vez, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dispone⁽⁴²⁾:

Artículo 2

*Todo Juez, antes de entrar en funciones, deberá prestar juramento ante el Tribunal de Justicia, en sesión pública, de que ejercerá sus funciones con toda **imparcialidad** y en conciencia y de que no violará en modo alguno el secreto de las deliberaciones.*

Artículo 3

Los Jueces gozarán de inmunidad de jurisdicción. Después de haber cesado en sus funciones, continuarán gozando de inmunidad respecto de los actos realizados por ellos con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas.

El Tribunal de Justicia, reunido en Pleno, podrá levantar la inmunidad. Cuando la decisión se refiera a un miembro del Tribunal General o de un tribunal especializado, el Tribunal de Justicia decidirá previa consulta al tribunal de que se trate.

En caso de que, una vez levantada la inmunidad, se ejercitare una acción penal contra un Juez, éste sólo podrá ser juzgado, en cada uno de los Estados miembros, por la autoridad competente para juzgar a los magistrados pertenecientes al órgano jurisdiccional supremo nacional.

Los artículos 11 a 14 y el artículo 17 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea serán aplicables a los Jueces, Abogados Generales, Secretario y Ponentes adjuntos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin perjuicio de las disposiciones relativas a la inmunidad de jurisdicción de los Jueces que figuran en los párrafos precedentes.

(42) (C 83/210 Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010).

Artículo 4

Los Jueces no podrán ejercer ninguna función política o administrativa.

No podrán, salvo autorización concedida con carácter excepcional por el Consejo, por mayoría simple, ejercer ninguna actividad profesional, retribuida o no.

*En el momento de asumir sus funciones, se comprometerán solemnemente a respetar, mientras dure su mandato y aún después de finalizar éste, las obligaciones derivadas de su cargo y, en especial, los deberes de **honestidad y discreción** en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios.*

En caso de duda, el Tribunal de Justicia decidirá. Cuando la decisión se refiera a un miembro del Tribunal General o de un tribunal especializado, el Tribunal de Justicia decidirá previa consulta al tribunal de que se trate.

Artículo 5

*Aparte de los casos de renovación periódica y fallecimiento, el mandato de los Jueces concluirá individualmente por **dimisión**.*

En caso de dimisión de un Juez, la carta de dimisión será dirigida al Presidente del Tribunal de Justicia, quien la transmitirá al Presidente del Consejo. Esta última notificación determinará la vacante del cargo.

Salvo los casos en que sea aplicable el artículo 6, los Jueces continuarán en su cargo hasta la entrada en funciones de su sucesor.

Artículo 6

*Los Jueces sólo podrán ser **relevados de sus funciones o privados de su derecho a pensión o de cualquier otro beneficio sustitutivo** cuando, a juicio unánime de los Jueces y de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, dejen de reunir las condiciones requeridas o **incumplan las obligaciones que se derivan de su cargo**. El interesado no tomará parte en tales deliberaciones. Cuando el interesado sea un miembro del Tribunal General o de un tribunal especializado, el Tribunal de Justicia decidirá previa consulta al tribunal de que se trate.*

El Secretario comunicará la decisión del Tribunal de Justicia a los Presidentes del Parlamento Europeo y de la Comisión y la notificará al Presidente del Consejo.

Cuando se trate de una decisión que releve a un Juez de sus funciones, esta última notificación determinará la vacante del cargo.

Artículo 14

Los Jueces, los Abogados Generales y el Secretario deberán residir en la localidad en la que el Tribunal de Justicia tenga su sede.

Artículo 18

Los Jueces y los Abogados Generales no podrán participar en la resolución de ningún asunto en el que hubieran intervenido anteriormente en calidad de agente, asesor o abogado de una las partes, o respecto del cual hubieran sido llamados a pronunciarse como miembros de un tribunal, de una comisión investigadora o en cualquier otro concepto.

Si, por una razón especial, un Juez o un Abogado General estima que no puede participar en el juicio o en el examen de un asunto determinado, informará de ello al Presidente. Si el

Presidente estima que, por una razón especial, un Juez o un Abogado General no debe participar o presentar conclusiones en un determinado asunto, advertirá de ello al interesado.

En caso de dificultad sobre la aplicación del presente artículo, el Tribunal de Justicia decidirá.

Por su parte, en fin, el art 117.1 de la Constitución Española establece que «*la justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*».

Independencia, imparcialidad (en cuanto tal y asimismo como una manifestación de la independencia) y honestidad profesional o integridad (como responsabilidad también moral), son pues, tres principios y valores comunes a todas esas formulaciones, aunque en la tercera no se comprendan explícitamente las dos últimas, pues la imparcialidad, en todo caso, supone independencia y la honestidad o integridad implica asimismo responsabilidad (moral), pudiendo, en fin, pariguarse la prudencia de la primera formulación con la discreción de la segunda.

En realidad, esos tres conceptos resumen e integran cuantos otros quepa mencionar, que son a modo de desarrollo o especialidad de los mismos, de los cuales, a su vez, el tercero, la honestidad profesional o integridad, es más valor que principio y por ello debe anteceder a los otros dos en su examen.

En efecto, la **INTEGRIDAD**, honestidad u honradez profesional es un principio que deriva de ese valor o virtud sin adjetivaciones, de modo que no es imaginable en quien no tiene de antemano tal disposición de ánimo como ser humano, la cual también aplica a su labor, lo que significa que ha de partirse de una probidad o rectitud que da origen a la estima y respeto de la propia dignidad, lo que constituye el mejor modo de aplicarse a esa tarea. No es posible, pues, ser honesto con los demás si no se es previamente honesto consigo mismo, a cuyo fin es preciso, a su vez, el empeño en el propio conocimiento (γνῶθι σεαυτόν), máxima que se dice estaba inscrita en el pronaos del templo de Apolo en Delfos y cuya observancia ya preconizaba Sócrates (que a su vez se dice que la tomó de alguno de los denominados siete sabios de Grecia: Quilón de Esparta, Tales de Mileto, o Solón de Atenas, e incluso de Heráclito o de Pitágoras).

A partir de ahí, lo que la honestidad implica es que la persona se determine a actuar siempre con base en la verdad y en la justicia, dando a cada quien lo que le corresponde, de forma que ser honesto sea acorde o congruente con la evidencia que presenta el mundo y sus diversos fenómenos y elementos, es decir, ser genuino y objetivo, asumiendo que la verdad no depende de personas o consensos sino de lo que la realidad nos presenta como innegable e imprescindible de reconocer.

En concreto, para el Juez, esa honradez u honestidad comienza por comprender, con Dworkin⁽⁴³⁾, que las leyes deben ser entendidas como partes del universo moral más que

(43) DWORKIN, R., «Los derechos en serio» («Taking Rights Seriously»), Ariel, Barcelona, 1984; «El imperio de la justicia» («Law's Empire»), Gedisa, 2ª Edición, Barcelona, 1992. En la primera de estas dos obras, Dworkin proponía una alternativa tanto al positivismo jurídico del famoso juez Hart (considerado el mejor de toda la historia

meras reglas contingentes, y con Bacon, que su oficio es interpretar la ley y no hacerla, sugiriendo que «los jueces deberían ser más cultos que ingeniosos, más respetados que aplaudidos, más prudentes que demasiado seguros de sí; sobre cualquier otra cosa, la integridad debe ser su dote y su efectiva virtud»... Una sentencia injusta causa más daño que muchos malos ejemplos porque éstos contaminan sólo el río y aquella la fuente»⁽⁴⁴⁾, todo lo cual lleva, en definitiva, a una hermenéutica jurídica no voluntarista sino ética en cuanto que esa integridad (del latín «integritas») es integridad moral, es decir, plena o completa moralidad de la conducta.

En el ámbito de los derechos, la propia jurisprudencia ha definido la integridad (moral) a que alude el art 15 de la Constitución Española como un atributo de la persona como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento, lo que trasladado al ámbito de la función judicial supone que las resoluciones de quien juzga tengan ese carácter de decisiones responsables en cuanto productos no sólo del conocimiento del Derecho aplicable al caso sino de la buena fe que ha de hallarse siempre presente en su proceder.

La buena fe, pues –sobre la que se volverá más adelante–, no es una exigencia de las partes sino también del dirimente y constituye un elemento de su propia integridad u honestidad, debiendo presidir tanto la dirección del proceso como sus resoluciones, consistiendo en la antítesis y el antídoto del abuso del derecho y del fraude de ley en cuanto supone un estado mental de honradez respecto a lo que se dilucida acerca de la veracidad, exactitud y/o rectitud de un asunto, hecho, opinión o conducta.

El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesta sino también en lo que tiene de exigencia positiva, cuales son una serie de deberes de esa clase como la diligencia o la cooperación, y consecuencia de esa actitud íntegra es, en el juez, su independencia.

La **INDEPENDENCIA** del juez, que no se somete más que al imperio de la ley, es un derecho del juez y para el juez, y un deber también, en cuanto que las partes del litigio tienen derecho a un juez independiente y ello constituye la primera exigencia del proceso. Como sinónimo de libertad, se trata de un derecho de la persona cuya realización deviene condición sine qua non para actuar los demás derechos, a lo que se han de añadir dos fundamentos más de la trascendencia atribuida a la independencia judicial: su carácter de presupuesto de imparcialidad de la actuación judicial y los estrechos vínculos con parámetros básicos, porque constituye la base del respeto de los derechos humanos en general, lo que, a su vez, determina la calidad de una democracia, de ahí que incluso se haya llegado a afirmar que la solidez de un sistema jurídico depende del grado de independencia e imparcialidad de sus jueces.

En su vertiente colectiva o institucional, la independencia judicial alude a la relación del Poder Judicial con los otros Poderes del Estado mientras que la dimensión individual

del TS de los EEUU) como a las teorías contractualistas de Rawls, habiendo mantenido siempre que el Derecho y su administración eran una rama de la moral y que la dignidad del ser humano está en el centro de ese sistema (moral).

(44) BACON, F., «Saggi» (Ensayos), Del oficio de los jueces, p. 204, Sellerio Editore, Palermo, 1996.

designa el deber del Juez de ejercer su potestad libre de influencias ajenas, precisando nuestra jurisprudencia constitucional (STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 5) que «la independencia judicial de cualquier presión o influencia externa tiene como anverso el sometimiento exclusivo de los Jueces a la Ley y al Derecho, principio de juridicidad, más allá del de legalidad, que implica el respeto no sólo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios generales del Derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico»

Y es precisamente porque el Poder Judicial está separado y es independiente de los dos restantes en la ya clásica y vigente formulación de Montesquieu⁽⁴⁵⁾ —que sienta así las bases del Estado de Derecho— por lo que el Juez no puede quedar reducido o relegado al papel de «*boûche de la loi*» que él mismo preconizaba⁽⁴⁶⁾, lo que resulta paradójico con dicha separación, pues limitado de esa forma, se produciría con ello, de algún modo, el sometimiento del poder judicial al legislativo, por lo que desde un primer momento se ha de distinguir el imprescindible sometimiento del juez a la ley de la mera labor de portavoz de la misma en cuanto texto normativo, porque esto último limita la actividad de aquél, reduce su actividad hermenéutica a la meramente literal y le impide, como poder —o cuantos menos, recorta decididamente— lo que el propio barón de la Brède afirmaba de que «el poder debe parar al poder»⁽⁴⁷⁾.

Evidentemente y por otro lado, «la independencia judicial es fuente de deberes morales, como procurar la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) o el acatamiento de los criterios de órganos superiores (artículo 1.6 CC), lo cual se acomoda mejor con un ejercicio crítico y prudente que aplique la ley en su *ratio legis*, buscando la solución más justa en cada caso, habida cuenta de los datos del proceso y de los valores y principios a tener en cuenta en el sector procesal e institución jurídica de que se trate; por otro lado, la independencia, valor

(45) Al respecto, Fernández-Carnicero señala que «Montesquieu es el primer autor que se refiere explícitamente a la potestad jurisdiccional, aunque del principio de división de poderes existen muy variados precedentes. Desde la teoría del gobierno mixto de Polibio, aquel lúcido historiador griego del siglo II a.C., hasta, ya en pleno Renacimiento, Maquiavelo, que en el capítulo IX de «El Príncipe», cuyo V Centenario celebramos, desarrolla una interesantísima reflexión sobre el modo en que en Francia se vela por el prestigio del Príncipe, hoy diríamos del Estado, a través del poder judicial de los Tribunales, entonces llamados Parlamentos, a los que se atribuyen «grandes prerrogativas». Los Tribunales, nos dice Maquiavelo, son un instrumento para frenar tanto al pueblo como a la nobleza; por eso son independientes del Monarca, para no implicar directamente a éste en la solución de los conflictos. Y añade: «y así crearon un tercer poder («un giudice terzo») que, sin responsabilidad alguna para el Rey, contuviese a los poderosos y amparase la causa de los humildes».

(FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, C. J., «Potestad jurisdiccional y Poder Judicial en el Estado de Derecho»; conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 21 de marzo de 2013).

(46) «Los Jueces de la Nación son la boca que pronuncia las palabras de la Ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor».

«No cabe —dice Fernández-Carnicero en el texto precitado— expresión más clara del recelo hacia la Magistratura, en este caso cabría decir hacia sí mismo, por haber pertenecido Montesquieu, como Presidente del Parlamento de Burdeos, a la más rancia «noblesse de robe». Este recelo animaría la conocida Ley limitadora de la actuación del poder judicial de 16-24 de agosto de 1790, ley que, a mi juicio, sirvió de fundamento o pretexto normativo para consagrar la desconfianza hacia los Jueces, una desconfianza alimentada, antes y después de la Revolución Francesa, por el celo excluyente del poder político en defensa de lo que considera sus prerrogativas».

(47) MONTESQUIEU, Ch. S., «L'ésprit des lois», XI, 4, Éditions de la Pléiade, II, p. 395, Paris.

Sobre el particular, *vid.* IGLESIAS CANO, C. «El pensamiento de Montesquieu», Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, pág 400, Barcelona, 2005.

en alza, valor político del Estado democrático, en cuanto ayuda al contrabalanceo entre los distintos Poderes, tiene carácter instrumental, en cuanto es el presupuesto para el ejercicio imparcial de la función jurisdiccional y de la concreta decisión final a adoptar en el proceso»⁽⁴⁸⁾, cabiendo añadir que existe la obligación de respetar la independencia judicial, todo lo cual lleva a concluir que la independencia implica un ejercicio de responsabilidad del juez ante sí mismo (responsabilidad moral) y de responsabilidad jurídica (disciplinaria, civil e incluso penal) siendo, en definitiva, dicha responsabilidad la contrapartida de toda libertad, que es lo que la independencia supone, de modo que en el ejercicio de su función, el juez atiende y se ve comprometido con el binomio libertad-responsabilidad. en cuanto que tiene derecho a exigir respeto a su independencia y está obligado a utilizarla correctamente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado en su Sentencia de 04/12/1979 (caso Schiesser) que sólo merece el nombre de Tribunal un órgano que es independiente tanto respecto del poder ejecutivo como de las partes en litigio y que para determinar si un tribunal es independiente a la luz del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ha de apreciarse la existencia de un mecanismo de protección frente a las presiones exteriores (Sentencia de 25/01/1997, caso Findlay contra Reino Unido, 09/06/1998 Incal contra Turquía y 05/10/2010, DMD Group contra Eslovaquia)

Esa independencia frente a todos (no sólo frente a los demás poderes sino también a las partes del litigio), implica, de otro lado, **IMPARCIALIDAD** en el proceso, de ahí que ambos principios se formulen conjuntamente en textos tan relevantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 10), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1), o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47) y por ello se ha podido decir que «la independencia guarda relación con la posición de la magistratura en el marco estatal y con la del juez en el contexto orgánico» mientras que «la imparcialidad tiene en la independencia un presupuesto o condición de posibilidad y su espacio propio de actuación en el enjuiciamiento», es decir que mientras (que) la independencia es una garantía de carácter orgánico, la imparcialidad lo es de naturaleza más bien procesal, en cuanto despliega sus efectos dentro del proceso, proyectándolos sobre las partes y el asunto litigioso»⁽⁴⁹⁾.

A diferencia del ámbito supranacional e internacional (cuyas normas, no obstante, pueden aplicarse en materia de derechos fundamentales y libertades por la vía del artículo 10.2 de la CE), en nuestro ordenamiento jurídico, a nivel constitucional, sólo hay una referencia al juez independiente en el artículo 117.1 de la Norma Suprema pero no existe mención explícita del derecho al juez imparcial, que queda subsumido en el cajón de sastre del principio del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, sin que tampoco la LOPJ aluda más que a la independencia judicial en sus artículo 12.1 y 13 (en este último como obligación general de respeto hacia la misma), aunque reproduzca en su artículo 1 el men-

(48) DE URBANO CASTRILLO, E., «Deontología Judicial: el arquetipo de juez de nuestra época», en VVAA, «Ética del juez y garantías procesales», p. 450, Manuales de Formación Continuada 24, CGPJ, Madrid, 2005.

(49) ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en VVAA, «La imparcialidad judicial», p. 52, Estudios de Derecho Judicial 151-2008, CGPJ, Madrid, 2009.

cionado 117.1 de la CE y se refiera asimismo a la tutela efectiva en sus artículo 7.1 y 11.3, pudiéndose, en fin, verse una reseña indirecta y tácita de la imparcialidad en el rechazo que expresa a las pretensiones (peticiones, incidentes y excepciones) que se formulen con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal (artículo 11.2), antítesis, según se decía, de la buena fe, que debe presidir el comportamiento humano en general y las relaciones jurídicas en particular.

La imparcialidad condiciona incluso estéticamente a la Justicia, a la que se representa con los ojos vendados, a la par que se subraya su consustancial equilibrio haciéndola levantar la balanza de platillos nivelados en una imagen de ponderación y medida, significando con ello que las decisiones deben tomarse con base en criterios objetivos y sin influencias, todo lo cual implica igualdad de trato, porque la imparcialidad no supone que todos los individuos deban ser tratados de la misma manera en todas las circunstancias, sino que admite el trato en forma diferente si ello se justifica por razones objetivas y fundadas.

Se ha dicho que «el alcance de esta exigencia ética es muy amplio, pues se deber ser imparcial antes del proceso (abstención), durante su tramitación y en las últimas fases de dirección del juicio y emisión de la decisión»⁽⁵⁰⁾, lo que se traduce en un control sostenido de la naturaleza y alcance del proceso y de los intereses en presencia para garantizar de antemano y a lo largo de sus vicisitudes, hasta su culminación en la resolución que le ponga término en cada una de sus fases, que el dirimente es ajeno a aquéllos en todo momento y que su única aspiración consiste en resolver el litigio en justicia y conforme a derecho, por encima de cualquier otra consideración y únicamente en interés de la propia Justicia, a la que representa.

Imparcialidad inicialmente sólo significa no constituirse en parte, no identificarse con una de ellas sino observar la necesaria distancia de las mismas que permita la perspectiva y el juicio claro para resolver, aunque lo que finalmente se decida implique asumir, plena o relativamente, los postulados de alguna, para lo cual habrá tenido que atenderlas previamente hallándose ambas en pie de igualdad. De todo ello se sigue que, en definitiva, la imparcialidad consiste en algo más que en ese distanciamiento que puede confundirse con una cierta indiferencia pero que nada tiene de relación con ésta, pues se tratará, por el contrario, de una implicación en el proceso asumiendo su dirección y como atento observador del mismo desde la falta de prevención a favor o en contra de personas o cosas pero con el interés puesto en la resolución del debate en que consiste, lo que conforma el camino a una decisión justa en tanto en cuanto, gracias a este principio, cada parte tendrá la convicción de que sus argumentos han sido escuchados sin un posicionamiento previo, haciendo buena la expresión anglófona «*don't jump to conclusions*», porque una conclusión prematura puede llevar al juez, incluso inconscientemente, a no tener en cuenta otras soluciones más adecuadas pero que no se ajustan ya a esa opinión preconstituída⁽⁵¹⁾.

El TEDH se ha pronunciado asimismo sobre este principio elaborando la tesis de los dos aspectos (subjetivo y objetivo) de la imparcialidad judicial en su Sentencia de

(50) DE URBANO CASTRILLO, trabajo citado, p. 451.

(51) Sobre el particular, *vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Los valores del juez constitucional. La imparcialidad», en www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2005/ponencias/Etic., 03/04/2013.

01/10/1982 (caso Piesarck contra Bélgica), refiriéndose el primero a la imparcialidad del juez en relación con las partes y en relación con el objeto del proceso.

Por otra parte, los ya mencionados principios de igualdad y de audiencia de parte son consecuencia de la imparcialidad, porque mal se entiende ésta si no se equidista de cada parte, para lo que ambas han de hallarse situadas en el mismo plano aunque orientadas diversamente, equilibrando el juez las tensiones producto del juego encontrado de pretensiones, las cuales ha de escuchar y resolver en un ejercicio ordenado de atención simultánea a cada una mediante el contraste de las mismas con el derecho aplicable que ha de propiciar la solución correspondiente, cabiendo concluir, en fin, que la imparcialidad exige no sólo su ejercicio sino también su apariencia, al objeto de generar la confianza necesaria en quienes demandan justicia, para lo cual se instrumentan los institutos de la abstención y la recusación a ejercer respectivamente por el propio juez (la primera) o por las partes (la segunda) como medios procesales de hacer efectivo el derecho al juez imparcial, habiéndose señalado al respecto que «hay que partir del dato de que abstención y recusación operan en distintos planos y tienen conexiones muy diferentes con el propio contenido del derecho al juez imparcial (porque) la abstención es un instituto que está ligado directamente a la imparcialidad como valor o como principio de actuación de los jueces y magistrados y su importancia institucional está fuera de toda duda porque conecta con el código ético y deontológico de la función judicial, así como está explícitamente vinculada con la legitimidad del Poder Judicial, dado que la confianza de los ciudadanos en la Justicia se verá notablemente incrementada cuando los jueces y magistrados sepan apartarse del conocimiento de aquellos casos en los que su necesaria imparcialidad pueda ser puesta en entredicho, ya sea por causas subjetivas o por circunstancias objetivas e incluso en aquellos supuestos en los que la imagen de imparcialidad del órgano jurisdiccional pueda sufrir un fuerte menoscabo en la imagen pública»⁽⁵²⁾.

Se trata, en definitiva, de hacer eficaz el mensaje contenido en el viejo y actualmente poco afortunado dicho de que la mujer del César no sólo ha de ser honesta sino parecerlo, porque había de representar las virtudes propias del poder que aquél ejercía como máxima magistratura de una sociedad políticamente civilizada, presumiéndose de antemano –y quizás un tanto ingenuamente– que el propio César encarnaba tales valores y cumplía, sin lugar a dudas y por ser la suya la más alta condición e identificarse con la propia «cosa pública», con esas exigencias de virtud, que deben requerirse también de quien compartía su destino, probablemente a fin de que no recayese sobre el mismo el descrédito de una conducta impropia de dicha consorte en lo que a aquél afectaría como sujeto pasivo de teóricas situaciones que pudieran relacionarse con la acepción más restringida del concepto de honestidad, pero en todo caso, lo que la transparencia comporta como manifestación de la imparcialidad es esa confianza de la que deriva la aceptación anticipada de las decisiones judiciales y la expectativa apriorística de que serán observadas por todas las partes en litigio, sea cual fuere el resultado de las mismas. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha manifestado entre otras varias, en sus Sentencias de 17/01/1970 (caso Delcourt) y 15 de octubre de 2009 (caso Mcalfe contra Malta) que «*justice must not*

(52) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978», en VVAA, «La imparcialidad judicial», obra ya citada, p. 35.

only be done; it must also be seen be done» y que también las apariencias son importantes (sentencia 26/10/1984, caso De Cubber contra Bélgica) porque está en juego la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (sentencia 02/03/2000, caso Garrido Guerrero contra España).

Y a ese resultado se llega tras una etapa previa (*iter procesal* o procedimiento) de acopio de información acerca del objeto litigioso en la que el juez está llamado a dirigir con neutralidad y equidistancia respecto de las partes en conflicto «de forma que las decisiones que tome no prejuzguen el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre ellas... adoptando una actitud fundamentalmente cognitiva de recepción de información», si bien en la fase decisora «la actitud que parece exigir el principio de imparcialidad no es la de la neutralidad (porque) la cuestión no es ya cognitiva o teórica (sino) estrictamente práctica y el principio de imparcialidad remite aquí a decisiones comprometidas con criterios de corrección sustantiva»⁽⁵³⁾.

El trípode, pues, integridad, independencia e imparcialidad constituye el soporte ético de cuantos principios han de regir, ya con carácter directa o indirectamente derivado de los mismos, la actuación judicial en un Estado de Derecho.

Desde algunos sectores de la doctrina con apoyo y referencia en decisiones gubernamentales y de organizaciones mundiales se viene abogando por la elaboración de un código ético judicial —en el que evidentemente los principios antedichos tendrían cabida y expresión fundamentales— para «servir de ayuda a mejorar no ya la imagen sino la realidad del trabajo judicial que se desempeña...» que podría tomar la forma de unos «principios», o «valores», o «protocolo» o incluso «Reglamento», «que sin duda, por su materia, entraría dentro de la amplia competencia que el artículo 110 de la LOPJ atribuye al Consejo General del Poder Judicial» (CGPJ) e incluso un «Estatuto» y en este último caso, habría que incluir, según tales autores, no sólo unos principios de actuación sino también «los derechos del juez en cuanto sirven a su quehacer profesional en beneficio de la sociedad», creándose finalmente una «Comisión Ética» con facultades consultivas en el seno del propio órgano de gobierno de la judicatura y con posible conexión con el correspondiente servicio inspector para «mantener una relación con los órganos disciplinarios en el sentido que se definiera», aunque finalizando por entender que el ámbito más propio parece el de «la consulta y la formación de jueces y magistrados»⁽⁵⁴⁾.

Todo ello parece lo suficientemente difuso como para no contener una propuesta clara y concreta, avanzando, por otra parte, sugerencias que automáticamente se rectifican como la de la mencionada «comisión» y su contenido, confundiendo —aparentemente al menos— lo ético con lo formativo sin tener en cuenta, al parecer, que respecto de esto último ya existe un servicio específico en el diseño de nuestro sistema judicial, por lo que sería fácil caer en la duplicidad orgánica, de modo que sin excluir radicalmente la conveniencia de un código ético, sea cual fuere su denominación y formato, no parece necesaria ni oportuna ninguna comisión u organización ad hoc, debiendo constituir el texto en cuestión un elemento con-

(53) AGUILÓ REGLA, J. «Imparcialidad y aplicación de la ley», en VVAA, «La imparcialidad judicial», obra ya citada, pp. 164-165.

(54) VVAA, «Ética del juez y garantías procesales», obra ya citada, Tercera parte, «Conclusiones y propuestas» pp. 625-629.

sultivo y orientador acerca de lo que la sociedad considera exigible al juez en su función y el modo en que éste pueda llevarla mejor en relación con los principios que específicamente se relacionan y explican en el mismo como marco de su ejercicio libre y responsable.

III. ÉTICA Y DERECHO SOCIAL

El Derecho Social (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) tiene unos perfiles diferenciados de las otras ramas del Derecho pero constituye, en definitiva, parte del mismo, de igual modo que en el ámbito procesal existen distintos órdenes jurisdiccionales aunque la jurisdicción sea única, como dice el artículo 1.3 de la LOPJ.

Apunta Alonso Olea⁽⁵⁵⁾ que «la expresión Derecho Social reaparece con significado nuevo y amplio, especialmente en el ámbito europeo comunitario» y que «como subrayara Hegel, las capacidades técnicas y la industria por las que (un pueblo) satisface sus necesidades están ligadas a su religión, sus leyes, su ética, al estado de su ciencia y de su arte, a sus disposiciones jurídicas y sus relaciones con sus vecinos... Todo está íntimamente ligado»⁽⁵⁶⁾, y es precisamente este vínculo e interrelación más intenso si cabe cuando se trata de la relación laboral y la consecuencia que se le anuda de seguridad social, desde tiempos no demasiado lejanos, en beneficio de la persona en cuanto *homo/mulier laborans* y que incluso va más allá (de ahí la expresión «previsión social») según se percibe ya en la famosa definición de Beveridge⁽⁵⁷⁾, conforme se consolida la idea del Estado de bienestar, hoy amenazada por la profunda crisis que padecen Europa y otros países, de tal manera que la seguridad social se concibe como «un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizás evitable, de siniestro, allegando recursos que garanticen el mecanismo»⁽⁵⁸⁾, mecanismo en perpetuo perfeccionamiento y ampliación que sólo se ve amenazada por la propia situación económica, como ya se ha advertido⁽⁵⁹⁾ antes incluso de esta crisis, que es fundamentalmente de valores, aunque se la quiera ver únicamente desde la perspectiva social y económica.

Ha de partirse de la idea de que el empleo es una forma de integración social que algunos autores definen con derecho a la participación refiriéndose a «ser reconocido como miembro activo de la sociedad facultado a tomar parte no sólo en la toma de decisiones sino también en los resultados»⁽⁶⁰⁾, debiendo entenderse el derecho al trabajo como un

(55) ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., «Derecho del Trabajo», vigésimoquinta edición, p. 65, Edit. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

(56) Ídem p. 71, con cita de HEGEL, J. F., «Lecciones sobre filosofía de la historia», parte 1ª, traducción «La razón en la historia», p. 154, Barcelona, 1972.

(57) «Conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan», en «Full Employment in a free society», p. 11, Londres, 1944, citado por ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA en sus «Instituciones de Seguridad Social», p. 19, décimo octava edición, Edit. Civitas, Madrid, 2002.

(58) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., «Instituciones...», p. precitada.

(59) SCUKTE, B., «La securité sociale. Les pensions», p. 22, Toledo, 1981.

(60) REY PÉREZ, J. L., «El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?», p. 468, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, con cita de AÑÓN ROIG, M. J., «El test de la inclusión: los derechos sociales», p. 159, en VVAA, «Trabajo, derechos sociales y globalización...» Edit. Talasa, Madrid, 2000.

derecho a la inclusión, que ha de existir, en consecuencia, del modo más amplio posible, lo que no impide sino que constituye un binomio indisoluble, en una economía de mercado como la declarada por nuestra Constitución, con la creación de riqueza y el derecho al beneficio por parte del empresario.

En el ordenamiento jurídico español, la Norma Suprema dedica a la materia laboral, en un primer bloque, sus arts 28 (sindicación y huelga), 35 (deber de trabajar y derecho al trabajo y derechos inherentes a éste), 37 (negociación colectiva y conflicto colectivo) y 38 (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), el primero de ellos en su Título I (Derechos y deberes fundamentales) Capítulo II (Derechos y libertades), Sección 1ª (Derechos fundamentales y libertades públicas) y los restantes en la Sección 2ª (derechos y deberes de los ciudadanos) de esos mismo Título y Capítulo.

En un segundo bloque se refiere al fomento de la política que garantice la formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo, el descanso laboral y vacaciones periódicas retribuidas (art 40), el régimen público de Seguridad Social y la asistencia y prestaciones sociales (41), la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (42), la protección de la salud (43) en lo que tiene de salud laboral, y la garantía de pensiones adecuadas (50), todos ellos en el Capítulo III (principios rectores de la política social y económica) de igual Título, de modo que por su propia incardinación, se conoce de antemano la relevancia que se les otorga.

En su desarrollo, normas como el Estatuto de los Trabajadores (ET), la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), La Ley General de la Seguridad Social (LGSS), la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) o la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) conforman, a grandes rasgos, el ámbito del derecho positivo con cuantas más disposiciones lo complementan.

En el catálogo de deberes laborales que se expresa en el artículo 5 de la primera de dichas normas ordinarias (ET) es posible encontrar la formulación de los principios éticos fundamentales que los animan y que conforman esta especialidad de nuestro ordenamiento jurídico, resaltando la mención explícita de **LA BUENA FE** que, evidentemente, tiene su contrapartida en igual obligación del empresario, cuyos deberes se corresponden en buena medida con los derechos del trabajador formulados en el artículo 4 del ET.

Preciso resulta indicar que buena parte de cuanto a continuación sigue acerca de dicho principio en el ámbito del Derecho Social ya ha habido ocasión de expresarlo en un anterior trabajo⁽⁶¹⁾ donde se exponía que como Montoya Melgar dice⁽⁶²⁾ »la apelación del Derecho a la buena fe –tanto en el ámbito del Derecho privado como del público, del interno como del internacional, del sustantivo como del procesal– tiene su razón de ser básica, histórica y actual, en el deseo de conjurar los peligros de una concepción excesivamente formalista, legalista y positivista del ordenamiento jurídico» y que »entre los denominados «criterios éticos de validez jurídica» que imponen la sujeción de la norma positiva a principios

(61) LUELMO MILLÁN, M. A., «La Responsabilidad Social Corporativa en el ámbito del Derecho Laboral: un instrumento económico-jurídico para un humanismo del siglo XXI», pp. 91-94, Edit. Netbiblo, La Coruña, 2012.

(62) MONTOYA MELGAR, A., «La buena fe en el contrato de trabajo», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, pp. 9-10.

superiores a ella, se encuentra, sin duda, el principio general de la buena fe, a cuya luz el Derecho deja de interpretarse y aplicarse rígidamente para hacerse más flexible y, en definitiva, más justo y progresivo».

La buena fe, en efecto, es un principio general del Derecho⁽⁶³⁾ y un concepto clave del ordenamiento jurídico que tiene su fundamento en la actitud o comportamiento honesto y recto⁽⁶⁴⁾ de la persona en sus relaciones jurídicas, constituyendo una regla de conducta no sólo para el cumplimiento de las obligaciones sino también para el ejercicio de los derechos⁽⁶⁵⁾. Tras lo ya anticipado acerca del mismo, cabe señalar ahora, como hace Solarte Rodríguez siguiendo a un importante sector de la doctrina⁽⁶⁶⁾, que los preceptos de los textos legales que contienen la teoría general sobre dicho concepto, se pueden clasificar en tres grupos claramente diferenciados, a saber:

– En un *primer grupo*, la buena fe es considerada como la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque en realidad sea irregular y antijurídico. La consecuencia que se presenta en estos casos es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería.

– En un *segundo grupo*, la buena fe se asocia con la confianza en la apariencia jurídica. El sujeto de derecho actúa con la convicción de que su contraparte en una determinada relación jurídica es el titular de un derecho que él aspira a incorporar, pero en realidad tal apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en aquél. En estos supuestos se ampara la confianza del sujeto de derecho en esa apariencia jurídica y la buena fe sirve de presupuesto para la adquisición o para el ejercicio de un derecho subjetivo.

– En el *tercero*, en fin, la buena fe «significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos».

A este último es al que cabe ahora referirse y a lo que supone de fundamento en que la mutua confianza y seguridad que debe presidir las relaciones jurídicas da legitimidad a las expectativas que cada parte se forma respecto del comportamiento de su contraparte durante la vida de una particular relación contractual, siendo conveniente subrayar, no

(63) Tal consideración, generalmente aceptada en la doctrina –aunque haya algunos autores que ven dicho instituto como mero estándar jurídico– comporta, como dice CONDE MARÍN, E., obra citada, p. 40, que: a) actuará como fuente del Derecho en defecto de ley y costumbre; b) el legislador no podrá dictar normas que lo contradigan; c) los Tribunales y la doctrina deberán interpretar las normas y los negocios conforme al mismo, y, d) los particulares deberán conformar su conducta al mismo.

(64) A la honestidad y la rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes, se refiere, al tratar dicho principio, la STS (Sala 1ª) de 5-5-87.

(65) MONTROYA MELGAR, A., «La buena fe en el contrato de trabajo», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, obra ya citada, p. 70.

(66) SOLARTE RODRÍGUEZ, A. «La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta», Universitas, 2004, en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult.pdf, con cita de Díez-Picazo y PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963. p. 136 y ss. DE LOS MOZOS, J. L., «El principio de la buena fe», p. 41. BETTI, E., «Teoría general de las obligaciones», t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 74 y ss.

obstante, que, por lo general, el concepto de buena fe no hace referencia a una percepción íntima que deba ser desentrañada de la conciencia de cada sujeto, sino que, por el contrario, es susceptible de ser objetivada, de tal manera que el modelo de conducta ideal corresponda a unos parámetros socialmente aceptados. Se trata, por tanto, de un concepto social de buena fe que conforma una puerta abierta del Derecho a la sociedad en lo que constituye una de las vías de entrada y expansión de la moral en el Derecho⁽⁶⁷⁾, si bien con la precisión de que dicho principio «revive y se construye caso por caso dentro de las distintas áreas o subáreas jurídicas, de manera que en cada una de ellas tomará un color, incluso nos mostrará una faceta diferente en atención a las circunstancias concretas del caso que estemos analizando, quizás no porque existan diferentes clases de buena fe, sino porque ésta presentará una cara diferente según del lado desde el que la observemos o del tamiz que interpongamos entre nosotros y la institución jurídica»⁽⁶⁸⁾.

Ello sentado, procede partir ahora de la condición de la buena fe no como un principio general de los genéricamente aludidos en nuestro ordenamiento jurídico a través del art 1.4 del CC sino, además, como uno concretamente reconocido en su artículo 7.1, que al establecer que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» lo consagra plenamente como uno de los valores más elevados y de directa aplicación, informando tanto el ámbito material⁽⁶⁹⁾ como el procesal⁽⁷⁰⁾ del ordenamiento, en el que lleva a cabo una función informadora (sustancialmente de tipo iusnaturalista), una función de integración e interpretación de las normas (completando sus lagunas y determinando su alcance, no desde un interés parcial, cualquiera que fuere, sino general o social y encauzando el rigor del *strictum ius* derivado de una concepción formalista del Derecho) y una función correctora y limitativa en la interpretación de los derechos que impida tanto la percepción como el ejercicio abusivo de éstos (de ahí que no sea producto del azar la ubicación en el propio artículo 7 –apartado 2– de la declaración de falta de amparo legal del abuso del derecho o «el ejercicio antisocial del mismo»). Todo ello sin olvidar que esa aplicación ha de producirse concretada y objetivada respecto de la relación a la que afecte y a su naturaleza y finalidad⁽⁷¹⁾, para hacerla así realmente efectiva, cierta y segura, cooperando al ideal de justicia al que sirve, de lo cual resulta que la buena fe, trasladada al ámbito de lo particular o específico, es un principio de reciprocidad o de equitativo

(67) «Que el Derecho, en su integridad, ha sido impregnado profundamente por la moral está confirmado por los brocardos que los escritos de los juristas romanos nos han transmitido: *ars boni et aequi, honeste vivere, non omne quod licet honestum est*. Los axiomas jurídicos ponen de manifiesto la insuficiencia de la simple fórmula legal y la necesidad de apelar a la moral. El recurso a la *bona fides* cuya recepción en los textos normativos evidencia el papel de la ética en las relaciones jurídicas, parece encaminarse en este sentido», indica CONDE MARÍN, E., obra citada, pp. 32-33.

(68) *Vid.* CONDE MARÍN, E., pp. 51-57.

(69) Arts. 1107 ó 1258 del propio CC, además de los relativos a instituciones concretas (derechos, contratos, etc) en ese mismo texto; art. 57 del C de c.; art. 6.b) (concepto de publicidad desleal), de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; art. 5 (cláusula general de los actos de competencia desleal) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; art. 8.2 (nulidad de las condiciones abusivas) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; art. 8.b) (protección frente a cláusulas abusivas) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, etc.

(70) De esto último son ejemplo los arts. 11.1 y 2 de la LOPJ, el 247 de la LEC, o, en su formulación negativa, la proscripción del abuso del derecho del art. 75.1 y la sanción por mala fe o por temeridad del art. 97.3, ambos de la LPL.

(71) *Vid.* STS (Sala 1ª), 26-10-95 y las que en ella se citan.

reparto de la responsabilidad, a la par que de equilibrio de los intereses en presencia, en cuanto que quienes se hallan vinculados o implicados en una determinada relación tienen el deber, derivado de este principio, de un comportamiento honrado, justo y adecuado a la satisfacción de esos intereses, que es a lo que quiere referirse en el ámbito contractual el precitado artículo 1258 del CC cuando declara que los contratos obligan, desde su perfeccionamiento, «no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

En la más concreta parcela del Derecho del Trabajo y del contrato de trabajo, y prescindiendo de los antecedentes y la evolución histórica del concepto tal y como ha sido concebido en la normativa de aplicación en cada momento, en la actualidad se perciben e interpretan los preceptos que se refieren a dicho principio, como los ya mencionados artículos 5.a) y 20.2 del ET, o también el 51.4 o el 89.1 del mismo texto, de un modo que lleva no sólo a la estricta asunción del deber de buena fe por parte del trabajador en relación con las obligaciones concretas de su puesto a que el primero de los mismos alude –y cuya transgresión puede suponer la sanción máxima del despido conforme al artículo 54.2.d)–, sino, sobre todo, a un principio de reciprocidad en tal sentido, expresado así en el segundo cuando dice que «el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe». Esa reciprocidad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia del TC que ha declarado al respecto que la buena fe en el contrato de trabajo es exigible a las dos partes de la relación laboral⁽⁷²⁾, generando obligaciones entre empresario y trabajador y teniendo en éste un significado específico, hasta el punto de que la transgresión de ese deber se tipifica como una de las causas de despido disciplinario⁽⁷³⁾, lo cual, sin embargo, no supone que el deber genérico de lealtad –en que dicha buena fe se traduce en cuanto conducta del trabajador– tenga un significado omnicompreensivo de sujeción al interés empresarial, pues ello sería incompatible con el sistema constitucional de relaciones laborales, que ampara la legitimidad general del conflicto⁽⁷⁴⁾. Se trata, por tanto, de un deber jurídicamente exigible, que, en cuanto al trabajador, le obliga en términos que tienen un efecto protector de la economía empresarial, o como dice Montoya Melgar, supone «un deber impuesto por la ley y dotado de un evidente significado patrimonial: a través de su exigencia, el Derecho protege el interés económico del empresario»⁽⁷⁵⁾, lo cual, no obstante, no exonera a éste de la contrapartida correspondiente, que no se limita a la remuneración de ese trabajo sino a dispensar al trabajador un trato digno y sin producirle menoscabo personal o en su formación profesional, lo que podría dar lugar a que solicitase la extinción del contrato conforme al artículo 50.1.a) del ET.

(72) STC 90/1999, de 26 de mayo, cuarto fundamento jurídico y 213/2002, de 11 de noviembre, décimo fundamento jurídico.

(73) STC 197/1998, de 13 de octubre, segundo fundamento jurídico.

(74) SSTC, 120/1983, de 15 de diciembre, segundo fundamento jurídico; 88/1985, de 19 de julio, segundo fundamento jurídico; 94/1995, de 19 de junio, quinto fundamento jurídico; 4/1996, cuarto fundamento jurídico; 186/1996, de 25 de noviembre, tercer fundamento; 204/1997, de 25 de noviembre, segundo fundamento, 1/1998, de 12 de enero, tercer fundamento, 197/1998, de 13 de octubre, segundo fundamento, 57/1999, de 12 de abril, octavo fundamento, 90/1999, de 26 de mayo, primer y tercer fundamento; 241/1999, de 20 de diciembre, cuarto fundamento; 20/2002, de 28 de enero, cuarto fundamento; 213/2002, de 11 de noviembre, séptimo fundamento; 192/2003, de 27 de octubre, sexto fundamento.

(75) MONTROYA MELGAR, A., «Derecho del Trabajo», 27ª edición, Edit. Tecnos, p. 322, Madrid, 2006.

En consecuencia, la buena fe se erige en criterio de definición de los derechos y deberes de las partes, poniendo de manifiesto que el contrato de trabajo constituye un contrato de cambio, con lo que de ello se sigue de posición de igualdad a la hora de contratar y sin perjuicio del deber de sumisión, correctamente entendido, en la prestación del servicio del trabajador al poder de dirección empresarial correctamente ejercido, orientándose en todo caso la relación laboral, por mor de la buena fe, hacia objetivos de cooperación mutua basados en ese recíproco trato con la consideración que tal cooperación exige, lo que, en definitiva, se traduce en que aquélla realiza tres funciones⁽⁷⁶⁾: la de modular la obligación principal de trabajar, la de crear deberes adicionales o complementarios a la misma y la de limitar o contener el ejercicio de los derechos y poderes de las partes que emanan del contrato de trabajo, de todas las cuales en su conjunto se extrae la idea de que la buena fe se entiende actualmente más que un instrumento de sumisión como un factor de información, cooperación y adaptación para responder a las necesidades de transparencia, diálogo, participación y gestión anticipada de las competencias y cualificaciones, señalando en la dirección de una diligente corrección, de honestidad y comportamiento recto y, en definitiva, de solidaridad contractual y social⁽⁷⁷⁾, que tanto compromete a realizar tareas o prestaciones inicialmente no previstas en el contrato, como a adaptar el comportamiento propio al devenir de la relación laboral, a mostrar tolerancia a la modificación justificada de la prestación de la contraparte si no media perjuicio en ello, a informar de cualquier modificación en las circunstancias relativas al contrato que pueda generar algún daño, a ejercitar los poderes discrecionales con coherencia, razonabilidad y mesura, y, sobre todo, a respetar a la persona y sus derechos fundamentales. Con todo esto, sin embargo, no basta para que el principio de la buena fe pueda concretar los derechos y obligaciones en la relación contractual de trabajo, siendo necesario a tal fin, de un lado, la propia labor del legislador cuando entienda necesario u oportuno resaltar expresa y específicamente algún aspecto *ex bona fide* de la relación jurídica laboral, y, de otro, de las propias partes por medio de instrumentos como la negociación colectiva, o incluso particular o individualmente en el propio contrato de trabajo.

Cuanto se ha expresado pone de relieve la orientación de la buena fe hacia la justicia social como manifestación de una ética colectiva, en lo que, en el estricto ámbito empresarial, constituye el primer paso de lo que se podría denominar la «*empresa virtuosa*», que es la que Lorusso⁽⁷⁸⁾ considera, ante todo, una «*azienda riflessiva*», por dedicar un tiempo sustancial a examinar sus comportamientos y, por tanto, todas las relaciones que desarrolla, comenzando, evidentemente, por las relaciones en el seno de la propia actividad laboral, porque son los comportamientos de la empresa (empresarios y trabajadores) a nivel interno y externo y las relaciones que acuerda también a ambos niveles, las que

(76) *Vid.* CONDE MARÍN, E., obra citada, pp. 107-119.

(77) Solidaridad social a la que ya aludía CASTÁN TOBENÑAS, J., en su obra «Humanismo y Derecho», Instituto Editorial Reus, 1962, que aunque orientada políticamente de modo muy diferente al de una concepción democrática de la sociedad, señalaba (p. 100), que se trata de un principio que el humanismo jurídico necesita y del que es presupuesto, tras manifestar, apuntando, no obstante, a dicha concepción democrática pero en el contexto, en todo caso, de las circunstancias de esa época que (pág 94) «en la esfera y relaciones de trabajo no basta el humanismo concebido como humanitarismo o paternalismo. Lo que más importa es el respeto a la dignidad del trabajador, la estructura humana de la empresa y la justicia en la distribución de las riquezas».

(78) LORUSSO, R., *L'impresa virtuosa*, Editori Reuniti, University Press, Prima edizione, 2009, p. 17.

revelan sus prioridades y su mismo fin, siendo los interesados, o más extensamente, los mercados, quienes la observan y deciden si premiarla. La reflexión mencionada da como primer fruto, en el ámbito interno, que la buena fe, como principio de doble dirección o de aplicación recíproca, se manifieste tanto en los contactos contractuales preliminares y en el inicio de las relaciones laborales como en la ejecución del contrato e incluso en su propia extinción, de modo que ésta no se produzca ni por abuso de poder empresarial ni por trasgresión de la buena fe o abuso de confianza por parte del trabajador, todo lo cual se consigue cuando opera como un límite de la discrecionalidad empresarial y como un antídoto contra la arbitrariedad, que obliga al poder directivo a motivar sus actos más relevantes y a practicar una paridad de tratamiento basada en la igualdad como derecho fundamental y la proscripción de la discriminación, con respeto tanto de la intimidad, como de la integridad física y moral del trabajador, su libertad de expresión e ideológica, a la par que éste se ocupa con diligencia y con espíritu de cooperación y de colaboración en la tarea que se le encomienda, resultando así la buena fe un factor coadyuvante en la realización del programa contractual en cuanto genera confianza en ambas partes y de ahí que puedan transmitirla, a su vez, a los clientes y terceros interesados y relacionados con la empresa.

La confianza, ya aludida, es el fruto de la fe, y comporta seguridad en lo que se hace, en cómo se hace y en sus resultados, todo lo cual lleva a la estimulante convicción de que se participa en algo importante y trascendente para uno mismo y para los demás, por lo que dicha participación se ha de llevar a cabo en debida forma, exigiendo del trabajador una actitud positiva que se traduce en la diligencia adecuada en su labor (el trabajo «convenido» a que se refiere el artículo 20.1 del ET) y un espíritu de colaboración y cooperación que va más allá de la mera prestación del servicio. De ahí que se pueda definir la diligencia, como hace Montoya Melgar⁽⁷⁹⁾, como un «modo de ser» de la prestación laboral, porque «el trabajo prestado sin tal diligencia hace incurrir al trabajador no en el mero incumplimiento de su deber de diligencia, sino, más radicalmente, en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su prestación laboral», lo cual es asimismo predicable de la colaboración, de ahí que ambos conceptos figuren indisolublemente unidos en su formulación legal en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 21.2 del ET), donde con carácter general (artículo 1.104 del CC) se considera culpa o negligencia «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Del concurso, en fin, de diligencia y colaboración se sigue el rendimiento adecuado y la productividad correspondiente, cabiendo convenir con Conde Marín y con García Fernández en que la identificación entre diligencia debida y rendimiento responde a un concepto objetivo de la primera en la ejecución de los contratos «y no a una configuración como esfuerzo o empeño, de carácter marcadamente subjetivo»⁽⁸⁰⁾.

En cuanto a la colaboración o cooperación, consiste, según su acepción académica⁽⁸¹⁾, en «trabajar con otra u otras personas» y también «contribuir (a esa concreta acción se refiere el apartado e) del artículo 5 del ET, regulador de los deberes laborales de los tra-

(79) *Vid.* MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, obra ya citada, pp. 317-320.

(80) *Vid.* CONDE MARÍN, E., obra citada, p. 253, con cita de GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «El rendimiento debido en la relación de trabajo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1980, pp. 370 y ss.

(81) Real Academia Española, «Diccionario de la Lengua Española», 21ª Ed., 1992, p. 355.

bajadores, cuando enumera en tal condición el de «contribuir a la mejora de la productividad», ayudar con otros al logro de un fin»), y de modo más común⁽⁸²⁾, en «coadyuvar», «cooperar», «contribuir con el propio trabajo a la consecución o ejecución de cierta cosa que se expresa con un nombre de acción», acepciones todas ellas, que exigen la existencia de dos partes y que alcanza a ambas, o lo que es lo mismo, que se trata de un deber recíproco, de especial relevancia en los contratos que, como el de trabajo, son de tipo personal y tracto sucesivo. Pero como manifestación del principio de buena fe, la colaboración va más allá de su significado original o etimológico de modo que, como dice Montoya Melgar, «no es sólo trabajar con otro sino trabajar cuidando el interés legítimo de ese otro»⁽⁸³⁾, con lo que se supera el conflicto de intereses que las partes representan en aras de un fin u objetivo común.

De ahí que en el extremo opuesto se sitúe la competencia ilícita o desleal, que en su formulación negativa (prohibición de concurrencia) aparece también en el catálogo obligacional del trabajador [artículo 5.d) ET] así como en algún otro precepto de carácter específico, como el art 21 del ET, y que es la contraria al juego limpio y honesto en el tráfico económico. Como expresa sobre el particular Gil Suárez⁽⁸⁴⁾, «lo que estos preceptos ordenan no significa que el empleado sólo pueda prestar su trabajo a un único empresario; por el contrario, en principio y como norma general, el trabajador puede desarrollar su trabajo para distintos empleadores; ahora bien, esta realización de diferentes prestaciones de un trabajador a varias empresas, tiene que respetar determinados límites y está sujeta a ciertas condiciones y requisitos» que excluyen tanto la propia competencia desleal como posibilidad de trabajar para otro cuando media la existencia de un pacto de plena dedicación o exclusividad con uno de esos empresarios, pudiéndose incluso acordar entre las partes un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. Lo cierto es que la competencia desleal supone un elemento de perjuicio, real o potencial⁽⁸⁵⁾, que lleva a entender que no sea lícito realizar para más de uno actividades laborales de la misma naturaleza o rama de la producción, si bien ese daño no debe presumirse *iuris tantum* porque contravendría el principio de libertad profesional consustancial con una sociedad democrática y que en el ordenamiento jurídico español proclama el artículo 35.1 de la CE, sin que, de otro lado, sea necesario que exista un pacto expreso de no concurrencia para que ésta no deba producirse, aunque dicho pacto refuerce tal principio, porque la concurrencia desleal es reprochable por sí misma⁽⁸⁶⁾.

El deber de colaboración se impregna, pues, de la carga ética del principio de buena fe como manifestación suya que es, y se puede considerar alcanzado cuando se cumplen con su ejecución las expectativas que generan la cualificación y experiencia profesional del trabajador, y precisamente ahí es donde radica la colaboración propiamente empresarial, ubicando del modo más conveniente al trabajador en la actividad que le corresponde y

(82) MOLINER, Mª, «Diccionario de uso del Español», Edit. Gredos, 1981, Tomo I, p. 664.

(83) MONTOYA MELGAR, A., «La buena fe en el contrato de trabajo», obra ya citada, p. 63.

(84) GIL SUÁREZ, L., «Pacto de no competencia «ex post»», en, VVAA, «Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar», obra citada, pp. 965-970.

(85) *Vid.* ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., obra citada, p. 434.

(86) STS (Sala 4ª) 25-6-90.

potenciando su calidad laboral para el logro no sólo del interés de la organización económica sino también del interés individual de aquél en su promoción, en lo que constituye un correcto ejercicio del poder de dirección.

De esa colaboración bidireccional, por otro lado, surge el deber de comunicación o información, que es asimismo recíproco, teniendo por lo que respecta al trabajador una doble versión, positiva (deber de aviso) y negativa (el deber de confidencialidad o el deber secreto)⁽⁸⁷⁾, debiendo este último modularse para que no entre en colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión⁽⁸⁸⁾, y teniendo en todo caso como límite cualquier hecho que pueda constituir un ilícito penal, que siempre habrá de revelarse, so pena de constituirse quien lo conoce y calla en partícipe del mismo, siendo asimismo obligado el suministro de información que requiera cualquier investigación oficial. Con una conducta contraria a este deber, el trabajador podrá incurrir, además, en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, previendo el artículo 199.1 del CP que «el que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales» incurrirá en esa clase de responsabilidad, que igualmente será exigible conforme al 278.1 de dicho texto a quien «para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo», especificando el siguiente precepto (279) que «la difusión revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva» incurrirá asimismo en la correspondiente pena.

También el empresario, como se ha dicho, está obligado a actuar de buena fe, en cuanto que su deber no sólo consiste en *dare* sino también en *facere*, es decir, que se halla obligado a actuar para que la relación laboral prospere y cumpla sus objetivos, lo que se consigue, según se anticipaba, con un correcto ejercicio de su poder de dirección, que le impone tomar la iniciativa y programar, planear y orientar la actividad de la empresa y su desarrollo en todos los ámbitos de la producción, de un modo, en todo caso, que su interés sea compatible con el respeto al de sus trabajadores, sin que resulte contrario a ello el carácter subordinado de la relación si se tiene en cuenta que ésta tiene una naturaleza asimétrica dentro de la reciprocidad, todo lo cual es más fácil y oportuno enmarcarlo actualmente en el contenido del deber de colaboración empresarial que en el de protección, con su inevitable aire de paternalismo en buena manera periclitado, y al que no era ajeno, en el extremo opuesto, el deber de lealtad⁽⁸⁹⁾ exigido al trabajador, que ya no figura en la

(87) Con el primero se hace referencia más bien, como apunta CONDE MARÍN, E., obra citada, p. 283, a las informaciones técnicas, científicas o de recursos, mientras que con el segundo se alude a aspectos de la intimidad del empresario, del derecho al honor o a la propia imagen, de él mismo, de su empresa o de los productos o servicios que ofrece.

(88) Acerca del deslinde entre libertad de expresión e información, la STC 241/1999, de 20 de diciembre, tiene declarado en su tercer fundamento jurídico que la diferenciación entre las libertades de expresión e información no resulta siempre nítida, pues la expresión de la propia opinión implica a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende muy frecuentemente elementos valorativos.

(89) Acerca del deber de lealtad y su alcance se han manifestado, entre otras, las SSTC de 204/1997, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero, 241/1999, de 20 de septiembre, y 213/2002, de 11 de noviembre, de todas las cuales deriva la doctrina de que no es acorde con el sistema de relaciones laborales exigirlo de un modo absoluto o con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés del empresario, no bastando para restringir los derechos fundamentales de los trabajadores, que ocupan una posición superior y prevalente.

relación de la vigente normativa (reiterado artículo 5 ET), lo que no significa su destierro positivo sino su diferente orientación.

Igualmente el empresario tendrá el deber, de ejecución continuada, de informar personal individualizada, directamente y por escrito a los trabajadores de cuanto a los mismos concierne y tiene trascendencia en su trabajo⁽⁹⁰⁾, como cuando introduzca variaciones en el contenido de la prestación laboral, en lo que constituye, por principio, una manifestación de la imprescindible comunicación entre las partes que hace más fluidas sus relaciones, y que, por otro lado, se configura como un deber concreto cuando surge de una disposición específica, como cuando se trata de informar acerca de los elementos esenciales de los contratos de trabajo y de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, si ello no figura en el contrato formalizado por escrito, según establece el artículo 8.5 del ET, desarrollado por el RD 1659/1998, de 24 de julio, que traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 91/533/CEE, del Consejo, de 14 de octubre de 1991, o como la información que menciona, juntamente con la consulta, la participación, la formación en materia preventiva, la paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y la vigilancia del estado de salud de los trabajadores, el art 14.1, tercer párrafo, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) al establecer el derecho de los trabajadores a la protección frente a los riesgos laborales, y el art 18 de la misma sobre información, consulta y participación de los trabajadores en la materia preventiva, todo lo cual, en fin, constituye un factor de seguridad en la relación laboral en cuanto se conocen más claramente las posiciones de ambas partes, a la par que se introduce un elemento de transparencia en el ejercicio del referido poder de dirección y un límite a lo que supone la discrecionalidad del mismo, haciendo que se ejercite de modo razonable, es decir, de manera congruente con los parámetros obligados de normalidad y conciencia social, e impidiendo la toma de decisiones abusivas, fraudulentas o caprichosas en perjuicio de los legítimos derechos de los trabajadores.

Se trata de tener en cuenta los intereses objetivos de la empresa en lugar de los subjetivos del empresario, lo que supone la necesidad de motivar las actuaciones directivas, es decir, justificarlas previamente, sobre todo cuando son susceptibles de restringir derechos,

(90) Sobre la obligación del empresario de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo se ha pronunciado en diversas ocasiones la jurisprudencia comunitaria, entre otras la STJCE de 4 de diciembre de 1997, C-253 a 256/1996, asunto Kapelmann y otros y la STJCE de 8 de febrero de 2001, C-350/1999, asunto Lange, significando, entre otros extremos, que la mera denominación de una actividad no puede corresponder en todos los casos a la caracterización ni a la descripción, aunque sean resumidas, del trabajo que desempeña el trabajador (Kapelmann) y que si porque uno de los elementos esenciales de la relación laboral no constase en la comunicación entregada por escrito al trabajador deviniese inaplicable, se vulneraría el objetivo último de la Directiva (91/533/CEE, del Consejo, de 14 de octubre de 1991) al sancionarse al trabajador por cuenta ajena con la inaplicabilidad de dicho elemento debido sólo y exclusivamente a la falta de información adecuada que debe proporcionarle el empresario (Lange), admitiendo, en fin, como excepción, que los Estados miembros pueden eximir del deber de informar por escrito, aunque el trabajador así lo solicite, cuando los elementos correspondientes hayan sido ya mencionados en un documento o contrato de trabajo anterior a la entrada en vigor de las medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva (Kapelmann).

Por otra parte, el art. 6.4 y 6.5 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), considera infracciones (leves) la falta general de información del empresario a los trabajadores acerca de los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral y la falta de información a los trabajadores a tiempo parcial o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa.

o de crear siquiera sea una apariencia de disparidad injustificada de tratamiento con lo que ello comportaría de agravio comparativo, por lo que en todo aquello que constituye el *ius variandi*, resulta capital cubrir esa necesidad, pero no sólo ahí, sino también, y sobre todo, en el ámbito del poder disciplinario, donde la equidad debe regir por encima de cualquier otra consideración, lo que comienza por obligar a informar (a su destinatario, a los delegados de personal o al comité de empresa, a sus representantes sindicales) de cualquier actuación al respecto, tanto las procedimentales como las resolutorias, del modo más rápido y claro posible y dando la oportunidad de ser oídos, porque la mera demora en la toma en consideración de un determinado comportamiento laboral del trabajador para sancionarlo después con una diligencia inesperada y exenta de las formalidades y requisitos necesarios, resultaría, como señala Montoya Melgar⁽⁹¹⁾, un acto de mala fe y un ir contra sus propios actos.

Es cierto, en fin, como apunta Fernández López,⁽⁹²⁾ que «han sido los derechos fundamentales del trabajador los que han ido oponiendo al ejercicio de los poderes empresariales las barreras y los límites que se hubieran podido ir construyendo a través de la cláusula general de la buena fe» y que la jurisprudencia constitucional y ordinaria y, en definitiva, la actuación de los órganos jurisdiccionales en cada caso, ha ido delimitando los principios de correcta relación entre las partes en el seno de la relación de trabajo, pero también ha tenido buena parte de intervención en ello la negociación colectiva y la introducción en determinados textos legales de la imposición al empresario, siquiera sea implícitamente, de «obligaciones de honradez y cuidado con los valores de los trabajadores», como asimismo reconoce dicha autora, de manera que, de un modo u otro, la noción de la buena fe como canon también de conducta empresarial, produce directa o indirectamente sus efectos, que además de los referidos (colaboración, comunicación e información, trato respetuoso y digno) se traduce en un ejercicio no sorpresivo del poder disciplinario y una vinculación –por otra parte, lógica– a los actos propios.

En un trabajo especialmente significativo sobre el particular⁽⁹³⁾, Montoya Melgar advertía en la jurisprudencia constitucional y en cierta doctrina filosófico-jurídica un deslizamiento del concepto ético-jurídico de buena fe a un concepto pragmático, unitario, que atribuye a una identificación entre lo «bueno» (el bien) y lo «razonable» (la lógica), señalando lo que puede constituir el mejor broche para lo expuesto hasta ahora acerca de dicho concepto: «obviamente sería inconstitucional tratar de imponer límites arbitrarios al derecho fundamental, pero de ello no puede seguirse en la práctica la regla general que de allí donde se invoque la vulneración de un derecho de esa naturaleza haya de replegarse la exigencia de buena fe, de modo que el *quantum* exigible de ésta sería un valor discutible y compensable, que haría tolerable, por así decirlo, un coeficiente de mala fe siempre que éste fuera “proporcionado”. Insistimos: donde falta la honradez y lealtad debidas hay incumplimiento y no hay ejercicio de derecho, ni fundamental ni ordinario; Y no puede haber amparo sino sanción, de gravedad proporcional a la de la infracción».

(91) MONTROYA MELGAR, A., «La buena fe en el contrato de trabajo», obra ya citada, pp. 78-79.

(92) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., «Buena Fe laboral», en «Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar», obra ya citada, pp. 230-234.

(93) «La buena fe en el contrato de trabajo», obra ya citada, p. 88.

Como una manifestación de la buena fe, o más bien como medida frente a la ausencia de la misma, puede contemplarse la **GARANTÍA DE INDEMNIDAD**, dirigida a la defensa del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales y, más concretamente, a preservar al trabajador frente a conductas que no se proyectan sólo sobre ese principio y que suponen un trato desfavorable al mismo como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial y dirigida a exigir el cumplimiento de tal principio, teniendo declarado nulas el art 17.1 del ET, en su segundo párrafo, las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario en tal sentido, norma que es consecuencia de la jurisprudencia constitucional (de la que constituyen un ejemplo las SSTC 7 y 14/1993 de 18 de enero (esta última es la que emplea la expresión «garantía de indemnidad» por primera vez), 54/1995, de 24 de febrero, 197/1998, de 13 de octubre, 198/2001, de 4 de octubre, y 19, 44 y 65/2006, de 19 de enero, 13 y 27 de febrero respectivamente, y 10/2011, de 28 de febrero, aludiendo la 15/2003 a las reclamaciones extrajudiciales encaminadas al ejercicio de la tutela judicial), existiendo asimismo una nutrida jurisprudencia ordinaria representada, entre otras, por las SSTS de 2-11-07 y 23-12-10 y más recientemente por las 25 y 29-1 y 5-2-03.

Esta garantía forma parte del derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo declarado en el artículo 4.2.g) del ET y se plasma también en el artículo 5.c) del Convenio núm. 158 de la OIT, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo, «*haber planteado queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante la autoridades administrativas competentes*». Se trata de un concepto que entronca directamente con uno de los derechos fundamentales de toda persona cual es el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, por ello, el trabajador ha de aportar previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos. y a partir de ahí, la decisión del empresario deberá justificarse, incumbiendo al mismo la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables y extraños a todo propósito que atente a un derecho fundamental. De esta manera el principio de tutela judicial efectiva no constituye un seguro ilimitado para el trabajador, al no desplegar sus efectos en todo caso.

Resulta oportuno transcribir con cierta amplitud la última de las resoluciones del TS mencionadas en cuanto cita y recoge, resumidamente, buena parte de la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) sobre el particular, señalando al respecto y tras aludir a las Sentencias de 18 y 26-02-08, 29-05-09, y 13-11-12 que «*La doctrina sentada en estas sentencias, siguiendo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto— es la siguiente:*

A) «*Situada la cuestión a debatir en la citada «garantía de indemnidad», ello impone recordar antes de nada —con las SSTS 06/10/05 [rec. 2736/04] y 17/01/08 [rcud 2607/06]— que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [...] En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obte-*

ner la tutela de sus derechos» (SSTC 14/1993, de 18/enero; 54/1995, de 24/febrero, FJ 3; 197/1998, de 13/octubre, FJ 4; 140/1999, de 22/julio, FJ 4; 101/2000, de 10/abril, FJ 2; 196/2000, de 24/julio; 199/2000, de 24/julio, FJ 4; 198/2001, de 4/octubre, FJ 3; 55/2004, de 19/abril, FJ 2; 87/2004 /de 10/mayo, F.2; 5/03, de 20/enero FJ 7; 38/2005, de 28/febrero, FJ 3; 144/2005, de 6/junio, F.3; 171/2005, de 20/junio, FJ 3; 16/2006, de 19/enero; 44/2006, de 13/febrero; 65/2006, de 27/febrero; 120/2006, de 24/abril; 138/2006, de 8/mayo, FJ 5».

De lo que «se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental» [tutela judicial], ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 4.2 apartado g ET] (SSTC 5/2003, de 20/enero FJ 7; 38/2005, de 28/febrero, FJ 3; 177/2005, de 20/junio, FJ 3; 120/2006, de 24/abril, FJ 2; y 138/2006, de 8/mayo, FJ 5)». –STS 26-02-2008 (rcud. 723/2007. fundamento jurídico tercero apartado 1)–.

Y en el apartado 2 del mismo fundamento jurídico tercero, señalábamos que, «Asimismo se impone aclarar –seguimos las sentencias de la Sala más arriba citadas– que tampoco es preciso que la medida represaliente tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos [como el de autos] en que la ilegítima decisión empresarial se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales».

*B) En nuestra posterior sentencia de 29-05-2009 (rcud. 152/2008), insistíamos en que: «Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la garantía de indemnidad, y en este sentido, basta con recordar la sentencia más reciente 125/2008, de 20 de octubre (y las que en ella se citan), en cuyo fundamento 3º se razona que «En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, F. 2; 38/2005, de 28 de febrero, F. 3; y 138/2006, de 8 de mayo, F. 5), de donde se sigue la consecuencia de que **una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 24.1 CE y artículo 4.2.g del Estatuto de los Trabajadores]**.*

*Tratándose de la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, hemos subrayado de forma reiterada la importancia que en relación con la misma tiene **la regla de la distribución de la carga de la prueba**. Con objeto de precisar con nitidez los criterios aplicables en materia probatoria cuando están en juego posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales resulta oportuno remitirse a lo señalado en nuestra STC 87/2004, de 10 de mayo (F. 2). Decíamos allí, sistematizando y resumiendo nuestra reiterada doctrina anterior, que la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los pro-*

cedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de hoy recogida en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FF. 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, F. 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, F. 5, y 85/1995, de 6 de junio, F. 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales –lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, F. 4), que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, F. 3, y 136/1996, de 23 de julio, F. 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, F. 4; 136/1996, de 23 de julio, F. 4).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de represalia empresarial. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, F. 5, y 29/2002, de 11 de febrero, F. 3, por todas); y,

C) Razonábamos también en esta sentencia de 29-05-2009, que «frente al ya mencionado fuerte indicio al que se refiere la sentencia recurrida respecto a que efectivamente el cese de la demandante no es sino una respuesta a la anterior reclamación de relación

laboral indefinida, la recurrente se limita a señalar que al comunicarse a la demandante que la extinción de su contrato estaba motivada por la finalización de los servicios para los cuales había sido contratadas, se desvirtuaba dicho indicio. Sin embargo, aún cuando en principio es cierto que cuando se analizan supuestos de finalización de contratos temporales, el hecho de que los mismos se extingan en la fecha y en las condiciones que habían sido previstas por las partes en el momento de su celebración puede permitir neutralizar el indicio probatorio aportado sobre la existencia de una conducta de represalia, dado que la extinción se produce en los términos previstos desde un principio y no parece, por tanto, que pueda estimarse influida por cualquier reclamación o acción judicial que hubiera podido ejercerse durante el transcurso de la relación, este dato –como tuvo ya ocasión de señalar la sentencia del Tribunal Constitucional 175/2005, de 20 de junio– no es siempre por sí mismo suficiente para entender que ello deba ser necesariamente así, como de hecho ocurre en el presente caso...».

Por otro lado, también la **DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS** puede merecer atención en relación con la buena fe porque, como recuerda Díez Picazo⁽⁹⁴⁾, la regla «*venire contra factum proprium nulla conceditur*», se basa en la inadmisibilidad de que un contratante o litigante sustente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones previas o asumiendo una actitud que lo coloque en oposición a su conducta anterior más que en un caso excepcional y de perfiles muy singulares, de modo que lo que con ella se sanciona es la conducta contradictoria, constituyendo la misma una derivación del principio general de buena fe fundada en el deber de actuar con coherencia,

En efecto, como incluso se ha difundido en la red⁽⁹⁵⁾ –en un texto que a pesar del modo y el medio, no es refractario a cierta transcripción–, «a nadie le es lícito volver sobre su conducta anterior, cuando esa conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona una legítima confianza de que se mantendrá aquella conducta (*venire contra factum proprium non valet*). Enneccerus-Nipperdey precisan el concepto de la siguiente manera: «A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe».

Este principio tiene una vieja prosapia histórica, pero en su aplicación práctica ha sufrido algunos casos... Es simplemente una derivación del principio de la buena fe-lealtad: no se puede defraudar la confianza puesta en una conducta anterior jurídicamente relevante.

Las condiciones de aplicación son las siguientes: a) una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro; b) una pretensión o el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictoria con aquella conducta; c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

Por lo tanto, deben excluirse los actos que no tengan un valor vinculante, como pueden ser las meras opiniones o las expresiones de deseo; también deben ser excluidas las manifesta-

(94) DÍEZ PICAZO, L., «La doctrina de los actos propios», p. 143, Edit. Bosch, Barcelona, 1963.

(95) *forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00043-el-principio-de-la...* Portal jurídico legal «Alea jacta est», 06/04/2013.

ciones de una mera intención, porque una intención no puede obligar en la medida que no se asuma un compromiso. De igual modo, no obliga una conducta contra legem o inválida...

...La regla venire contra factum proprium tiene carácter residual, es decir, se aplica sólo en caso de que la ley no disponga otra cosa, porque si entre las leyes debe darse preferencia a las especiales sobre las generales, con mayor razón debe suceder cuando existe oposición entre una ley especial y un principio general.

No es indispensable –aunque es lo normal– que la pretensión contradictoria se efectúe durante el trámite en un juicio; es posible que la contradicción exista extraprocesalmente, pues de no ser así se negaría la posibilidad de aplicar la teoría cuando se demanda...»⁽⁹⁶⁾.

Nuestro TS, por su parte, ha señalado al respecto que *«la regla general según la cual no puede venirse contra los propios actos, negando efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la confianza que el acto o conducta suscita objetivamente en otra o en otras. El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en terceros, ni se trata de ver una manifestación del valor de una declaración de voluntad negocial manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de buena fe»* (STS, Sala 1ª, de 22-05-03).

De un modo más concreto, en el ámbito estrictamente laboral, el Alto Tribunal (Sala 4ª) en su sentencia de 15-11-05, que manifiesta que *«esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto ya la cuestión controvertida en varias sentencias de unificación de doctrina, entre las que se encuentran las dictadas en 4 de febrero de 2003 (Rec. 1402/02), 6 de mayo de 2003 (Rec. 3473/02), 10 de julio de 2003 (Rec. 2998/02), 14 de octubre de 2003 (Rec. 38/03), 11 de noviembre de 2003 (Rec. 936/03), 2 de febrero de 2004 (Rec. 1853/03), 11 de marzo de 2004 (Rec. 2851/03), 6 de mayo de 2004 (Rec. 990/03) ó 12 de julio de 2004 (Rec. 1853/03) y muy recientemente la de 21 de septiembre de 2005 (Rec. 3977/04). A pesar de que los pactos de prejubilación de los trabajadores no siempre han estado redactados en los mismos términos, la Sala ha llegado a la conclusión de que, tratándose de un plan unitario de ajuste de la plantilla, las diferencias accidentales de redacción entre dichos pactos no afectan esencialmente a su contenido, y han de explicarse por razones meramente administrativas o burocráticas...*

...Sobre este extremo nos hemos pronunciado ya en nuestra reciente Sentencia de 21 de septiembre de 2005 (Rec. 3977/04), recaída en un supuesto exactamente igual al presente, por lo que su doctrina es perfectamente aplicable a caso que hoy nos ocupa, por más que los datos de hecho relativos a fechas y cantidades no sean aquí exactamente los mismos, pero sin que las diferencias al respecto alteren tal doctrina. Se razona en el último párrafo del 8º fundamento de dicha resolución en los siguientes términos...

...Se señala en el siguiente fundamento de nuestra reseñada Sentencia de 21 del pasado septiembre que «el Acuerdo de prejubilación...

(96) Sobre el tema puede verse también LÓPEZ MESA, M. J., «La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación», en Universitas Bogotá (Colombia), núm. 19 julio-dcbr. 2009, pp. 189-222 y javeriana.edu.co/.../documents/14-LADOCTRINADELOSACTOSPRO... 07/04/2013

*Tal actuación de la empresa no sólo supone el que ésta actúe contra sus **propios actos**, sino que también, y principalmente, pone de manifiesto una actuación procesal contraria a la lealtad debida entre partes y a la **buena fe** que ha de regir el comportamiento en el proceso, principios que recogen los artículos 7.1 del Código Civil y 11.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tales preceptos impiden, por las razones expuestas, que pueda ser tomado en consideración el alegato de extinción contractual para fundamentar la pretendida estimación de la excepción de prescripción».*

Continuando con los razonamientos de nuestra repetida Sentencia, se dice en el 10º lo siguiente...

...Sentados los anteriores extremos, ha de entenderse que el precepto aplicable en el presente caso es el artículo 59.2 ET, pues «la acción se ejercita para exigir percepciones económicas», de modo que la prescripción de un año se computará «desde el día en que la acción pudiera ejercitarse», cuya determinación en el presente caso ha de hacerse teniendo en cuenta que el devengo es mensual, visto que el abono se hace «por meses vencidos», según queda indicado. 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. A estos efectos prescriptivos no cabe una consideración independiente y autónoma de la petición de actualización de la asignación anual, ya que tal petición va ínsita –está necesariamente contenida– en la reclamación de la percepción económica últimamente devengada (con los atrasos del año anterior). En este sentido actúa precisamente el demandante, quien pide los atrasos correspondientes a «los 12 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la papeleta de conciliación», con la modificación al alza de la asignación anual. Por las razones expuestas procede la desestimación de la mencionada excepción de prescripción».

*En la de 19-12-06 el TS (Sala 4ª) indica que «Ciertamente que el cese acordado por parte de la empleadora no ha sido debido a ninguna de las causas previstas en el artículo 8.1.c) RD 2720/1998 [18 /diciembre], en relación con el artículo 4.1 del mismo, ni tampoco a las pactadas en el contrato [“reincorporación de la sustituida, así como por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto o por el plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación”]; pero no son éstas las únicas causas que el ordenamiento jurídico contempla para la extinción del contrato de trabajo, sino que ha de atenderse también a las previstas en el artículo 49 ET, en relación con la teoría de vinculación a los **actos propios**, que es la solución acogida por la sentencia de contraste...*

...En efecto, la doctrina civilista admite sin restricciones el consentimiento tácito [en este caso de la aceptación de la oferta], siempre que ello pueda inferirse con claridad de la conducta de la correspondiente parte contratante, de tal suerte que esta inferencia sea lógica y se ajuste a las prevenciones de los artículos 1249 y 1253 CC. Así, por ejemplo, la STS-1ª 17/02/05, ...Y también la STS-1ª 10/06/05, para la que si bien los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento han de ser inequívocos –«falta concludentia»–, es decir, que con toda evidencia los signifiquen [STS 07/06/86], sin posibilidad de dudosas interpretaciones [SSSTS 05/07/60; 14/06/63; y 13/02/78] y aunque generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se

produjo la aquiescencia [STS 13/02/78], sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar [SSTS 04/03/72; y 13/02/78], y se deba hablar conforme a principios generales del Derecho [SSTS 24/11/43; 24/01/57; 14/06/63; y 13/02/78], existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan [SSTS 14/06/63; 13/02/78; 18/10/82; y 17/11/95], o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la **buena fe**, es que se exprese el disentimiento [SSTS 23/11/43; 13/02/78; 18/10/82; 18/03/94; 22/11/94; 30/06/95; 17/11/95; 29/02/00; y 09/06/04].

En segundo término [causa íntimamente ligada a la anterior, aunque incidiendo más en la exigible **buena fe**], porque así lo impone la doctrina de los **proprios actos** [el apotegma *venire contra factum proprium*], construida precisamente sobre la base de la **buena fe** y del artículo 7 CC (SSTS –Sala de lo Civil– 10/05/89 y 20/02/90; SSTC 67/1984, de 7 junio, 73/1988, de 21/abril, y 198/1988, de 24/octubre) y que se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que ha de expresarse en **actos** concluyentes e indubitados que causen estado –definiendo inalterablemente la situación jurídica– por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus **proprios actos** sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los **actos** que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS –Civil– de 16/06/84, 05/10/84, 22/06/87, 25/09/87, 05/10/87 y 25/01/89 y 04/05/89; y –Social– de 23/03/94 –rec. 4043/92–, 24/02/05 –rec. 46/04– y 23/05/06 –cas. 8/05–).

De esta forma, la participación del trabajador en la convocatoria y la aceptación tácita de sus bases [en concreto, de su Condición General 8.3], determinaba su vinculación a la misma y a sus posibles consecuencias; a la par que también obligaba a empleadora convocante, en exigencia elemental de **buena fe** y por aplicación de la misma doctrina de los **actos propios**. Autorizando tal vinculación al cese del trabajador temporal que habiendo obtenido plaza como indefinido renunciase a ella, de forma que el ejercicio de la facultad prevista en la referida Condición General integraría –así– la legítima causa extintiva contemplada en el artículo 49.1.a) ET: el “mutuo acuerdo de las partes”.

Ciertamente que la indicada conclusión pudiera ser objetada con el argumento de que la Condición General 8.3 [“la incorporación de las personas seleccionadas a los destinos que se les adjudiquen”] constituye una condición resolutoria respecto de la relación laboral interina [artículos 1113 y 1114 CC], de tal manera que al no haberse producido la incorporación del trabajador a la plaza adjudicada como fijo de plantilla, con ello no se habría cumplido la condición y –por lo mismo– la relación de interinidad debiera persistir vigente hasta que el puesto interinado fuese reglamentariamente cubierto. Sin embargo, tal argumento no solamente violenta la precitada exigencia general de **buena fe** [artículos 7.1 CC y 20 ET] y contradice palmariamente la referida doctrina de los **proprios actos**, sino que incluso tiene expreso y directo rechazo en el artículo 1119 CC, al disponer que “se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado [en este caso el trabajador] impidiere voluntariamente su cumplimiento”; con lo que se habría producido lo que la jurisprudencia civil denomina cumplimiento “ficticio” de la condición (SSTS 09/03/87; 06/03/89; y 23/05/95 –rec. 3431/92–), en términos que restan toda fuerza al hipotético argumento».

Asimismo, en fin, la STS 18-12-09 (Sala 4ª) señala: «*La sentencia recurrida fundamenta, como hemos visto, su inaplicación de la norma legal en virtud de la opción ejercitada por la empresa en el momento del despido, lo que excluiría la posterior opción por la readmisión en virtud del principio de los actos propios. De esta forma, la decisión impugnada viene a apoyarse en la regulación que contiene el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores sobre la denominada paralización de los salarios de tramitación, por lo que es preciso examinar el alcance real del ofrecimiento empresarial a partir de este precepto. El párrafo primero del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores comienza señalando que “en el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste”. Añade el artículo citado que “cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna”. El último párrafo del precepto indica que “a estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”...*

*... La sentencia recurrida deriva ese efecto de la **doctrina de los actos propios**, pero es obvio que no estamos ante un supuesto de aplicación de la misma, que requiere “una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica”, de forma que esa declaración de voluntad vincula a su autor que no puede adoptar después un comportamiento contradictorio que sería opuesto a la buena fe y a las exigencias de la confianza legítima (sentencias de 19 de diciembre de 2006 y 2 de abril de 2007). En el presente caso lo que se ha formulado por el empresario, al amparo del artículo 56.2.2º del Estatuto de los Trabajadores, no es una declaración de esta clase –constitutiva, en sí misma–, sino una oferta en el marco de una negociación orientada a evitar un pleito; oferta que, por exigencias de garantía para el trabajador, se acompaña de una consignación, y este tipo de declaraciones responde en cuanto a su eficacia a las reglas generales de la contratación (artículos 1258 y 1262 del Código Civil), por lo que su carácter vinculante depende de que la oferta sea aceptada y de que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente. Si no es así, la oferta no se convierte en acuerdo vinculante en orden a la calificación del despido, aunque la ley penalice la no aceptación –cuando ésta no está justificada– con la pérdida de los salarios de tramitación. Esto distingue el presente supuesto del que decidió nuestra sentencia de 7 de octubre de 2009 (recurso 2694/2008)...*

*...Por otra parte, no es cierto que la no vinculación del empresario sea susceptible de causar indefensión al trabajador. No hay indefensión alguna porque no hay una expectativa razonable de que el empresario limite su oposición en el proceso a los términos de un ofrecimiento que no ha sido aceptado. Al trabajador se le ha ofrecido el reconocimiento del despido improcedente y una determinada indemnización; no ha aceptado esta oferta y opta por abrir el proceso. Pero **no puede esperar que lo que se ha ofrecido para evitar el pleito se mantenga en éste...**».*

En ese concreto ámbito del proceso laboral, a la mención general de la buena fe efectuada en el artículo 11.1 de la LOPJ y 247 de la LEC, se añade la referencia específica que hace a dicho principio el artículo 75.4 de la LRJS al establecer entre los deberes procesales de las partes el mandato de que «todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe», exigiendo previamente (artículo 75.1) a los propios órganos judiciales que rechacen «de oficio y en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho», así como que corrijan «los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones», facultando, en fin, al juez el precitado núm. 4 del precepto en cuestión a la imposición de una multa en caso de formulación de pretensiones temerarias y que si se apreciase esa misma temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución de los recursos de suplicación o casación se siga lo prevenido en sus reglas respectivas.

La buena fe forense, pues, es exigible tanto a las partes como al propio juez, como, en definitiva, a cuantos intervienen en el proceso, y el juez, además, resulta garante de su existencia y protección, lo que exige de éste una disposición moral previa que conecta con el principio de integridad y una actitud especialmente vigilante y dinámica a lo largo de todo el desarrollo procesal, de tal manera que en esa condición está llamado, entre otros cometidos, a emplear cuantos medios le permita el ordenamiento jurídico para evitar que pueda prosperar cualquier comportamiento contrario a dicho principio, asumiendo una posición beligerante frente a cualquier indicio de mala fe, sea cual fuere la procedencia de ésta.

En resumen, la base de una *bona fides* general y recíproca resulta indispensable, pues no se entiende que sea posible la misma y se establezcan las más éticas, transparentes y fructíferas relaciones con los consumidores y con los terceros en general en el marco de un entorno común si previamente no existe la paz y la mutua confianza en el seno de la actividad productiva que define a cada empresa, de modo que esa buena fe interna es *conditio sine qua non* para la existencia y desarrollo de un sistema de buena fe globalizado o de comportamiento integral. El equilibrio y la proporción que la buena fe comporta exigiendo de ambas partes la cooperación para la consecución del valor de la justicia en la relación laboral, constituye un soporte interno, por lo que tiene de libertad y equidad, a partes iguales, en el ejercicio de una actividad que se considera de todos cuantos integran la empresa y para todos cuantos sea posible sobre la base de tener muy presente que los derechos de cada parte llegan hasta donde comienzan los de la otra pero sin oponerse entre sí sino complementándose y configurando un todo perfectamente armónico, tratando de superar –o, al menos, encauzar– el inicial y permanente conflicto capital-trabajo en aras de la consecución del mismo objetivo, que pasa por el respeto recíproco en el trato que impone la propia relación cuando es bien entendida y que es extrapolable a esos terceros a los que se dirige la actividad, como sociedad, y al propio medio natural en el que toda actividad y la vida misma tienen lugar y sin el cual ninguna de ambas es posible. Y finalmente y en caso de litigio, esa misma buena fe debe presidir los actos de cuantos se hallan involucrados en el proceso para tratar de resolver el conflicto de intereses que constituye su objeto, so pena de cerrar en falso la solución que se dé al mismo.

Otro principio a tener en cuenta es el «**PRO OPERARIO**». Con él se pone de manifiesto la autonomía del Derecho Social como rama del ordenamiento jurídico, habiendo

expresado la doctrina⁽⁹⁷⁾ que es uno de los dos principios más relevantes del Derecho del Trabajo (el otro es el de autotutela colectiva), ambos con el mismo fundamento, cual es la constatación de que los trabajadores individuales se encuentran en una situación de partida desfavorable en relación con los empresarios, teniendo asimismo los dos igual finalidad de compensar ese desfavorable punto de partida colocando al trabajador en mejores condiciones en la relación laboral. El soporte normativo de dicho principio se encuentra en el artículo 1.1 de la CE cuando alude al Estado social y en su artículo 9.2, que habla de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que se integran sean reales y efectivas, de manera que con ese principio lo que se pretende es que se supere la idea de una igualdad meramente formal, siendo manifestaciones del mismo como principios de aplicación de las normas laborales el de «norma mínima» (respeto, en todo caso, de los mínimos de derecho necesario) y el de «norma más favorable» (aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto) establecidos en el artículo 3.3 del ET, viéndose complementados por los principios de indisponibilidad de los derechos que los trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales de carácter necesario o por convenio colectivo con igual carácter y el jurisprudencial de condición más beneficiosa recogido frecuentemente en convenios colectivos como cláusula de garantía «*ad personam*», que se refieren no ya a la aplicación de las normas, como los dos primeros, sino a la determinación de obligaciones y derechos.

Manifestación del principio *pro operario* en el ámbito de la Seguridad Social (*pro beneficiario*) son los de irrenunciabilidad de los derechos del artículo 3 de la LGSS y el de nulidad de pactos del art 105 de la misma norma, referentes, respectivamente, a la nulidad de cualquier pacto, individual o colectivo, por el que el trabajador renuncie a los derechos que le confiere dicha norma y la del pacto por el que asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario, así como el pacto que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el artículo 109.

En el estricto ámbito procesal laboral, en fin, cabe reseñar el principio «**IN DUBIO PRO OPERARIO**» (o «*pro beneficiario*», en el marco de la materia de seguridad social) que constituye una manifestación de perfiles propios del **PRO OPERARIO** como principio de interpretación, suponiendo una especie de corrección, por equidad, en la hermenéutica normativa en pro de la parte que se presume más débil (trabajador o beneficiario del sistema aseguratorio). Como dice la STS (Sala 1ª) de 1-2-02 (con cita de las de la Sala 4ª de 18-2-85, 22-12-86, 2-2, 31-5 y 4-11-88, 10, 22 y 29-11-89 y 8-5-92) el principio (in dubio) «*pro operario*» sólo es aplicable, en materia de interpretación del derecho, cuando la norma laboral adolezca de oscuridad y tenga varias interpretaciones, esto es, una vez apurados otros criterio hermenéuticos, señalando al respecto la STSJMadrid (Sección 1ª) de 20-6-05 que «*este principio sólo permite que, en caso de que una norma presente una gran dificultad en su interpretación, y, una vez puestos en juego los mecanismos legales conducentes a desvelar su sentido, éste siga siendo oscuro, el órgano judicial aplique una interpretación que, entre todas las posibles, resulte más beneficiosa para el trabajador. Se trata, por tanto, de una prerrogativa judicial sólo ejercitable en el campo de la interpretación de normas*».

(97) ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Principio pro operario», en «Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar», pp. 1092-1094, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2009.

«El problema reside –apunta algún autor-⁽⁹⁸⁾ en concretar a qué clase de dudas puede extenderse esa regla, si sólo a las jurídicas o también a las fácticas», añadiendo que «en el segundo caso, si, por ejemplo, un juez no tiene claro si un trabajador ha cometido o no la falta que se le imputa, debería inclinarse por la segunda alternativa y revocar la sanción que le haya sido impuesta; sería una especie de traducción del principio constitucional de presunción de inocencia y también del principio penal *in dubio pro reo*». Ello supone, no obstante, un riesgo, como es el de aplicar el principio a la valoración de la propia prueba, la cual es ajena al mismo, que se circunscribe, según se ha dicho, a la interpretación del sentido o significado de la norma, no cabiendo siquiera en los supuestos de duda meramente aplicativa, que es un ámbito correspondiente al precitado principio «*pro operario*» pero no al del *in dubio* estricto.

No cabe olvidar, en todo caso, que en el mundo de hoy, el impacto del fenómeno de la globalización⁽⁹⁹⁾ en el Derecho es especialmente significativo en el ámbito social y, sobre todo, laboral, y que los procesos de interdependencia e interacción que caracterizan las manifestaciones y vicisitudes económicas actuales tienen proyección sobre todo el ordenamiento económicosocial y sobre los principios mismos que se vienen de exponer para, si no desvirtuarlos, influir de algún modo en su lectura e interpretación, que debe ser especialmente cuidadosa en mantener el equilibrio entre las partes de la relación laboral y su contenido y consecuencias en situaciones de crisis tan profunda y generalizada como la que se vive actualmente.

Por otra parte, ya ha habido quien ha dicho⁽¹⁰⁰⁾ que «la globalización invita a contemplar los fenómenos y problemas económicos culturales y políticos del mundo desde una perspectiva totalizadora que supere la visión fragmentaria y parcelada de los mismos; la globalización implica un nuevo *método* y una nueva *mentalidad* a partir de la idea de que todo interfiere en todo y que todo depende de todo...» debiendo sustituirse el mapa político de rígidas fronteras por el mapa físico aplicado a los fenómenos económicos, socio-culturales y político-jurídicos «como si fuesen fenómenos atmosféricos que se producen y expanden sin que puedan ser encerrados por fronteras nacionales», porque, como ha señalado Nussbaum⁽¹⁰¹⁾, al aire le traen sin cuidado esas fronteras. Ello, traducido al ámbito laboral, trae como consecuencias fenómenos como la deslocalización o conceptos como el

(98) ALARCÓN CARACUEL, M.R., trabajo y obra citados.

(99) Es éste un concepto que, en sí mismo considerado, es aséptico o neutro y sólo revela lo que constituye el destino natural del ser humano, careciendo, en principio, de otra traducción, a pesar de lo cual, ha recibido de parte de la literatura acerca del mismo y de parte de muchos colectivos, una crítica apasionada y hasta virulenta por considerarlo fuente de todos los males, sin tener en cuenta más que una serie de aspectos negativos, fruto, las más de las veces, de intereses ajenos al fenómeno mismo –dirigido espontáneamente a la constitución final de una sociedad planetaria multiracial– que lo han aprovechado pero que no tienen por qué ser parte de su naturaleza y contenido y que lo buscan como justificación de políticas encaminadas a un beneficio inmoral por su falta de principios, por los medios empleados o por los propios fines ulteriores a los que dicho beneficio se dedique.

(100) PÉREZ LUÑO, A. E., «Globalización y Derecho», en VVAA, «El juez y la cultura jurídica contemporánea», Tomo II, p. 97, CGPJ, Madrid, 2008.

(101) NUSSBAUM, M., citada en el trabajo precedente y en anterior nota 27, es autora, según se recoge en la misma, de «Las fronteras de la justicia» y ha participado con otros intelectuales en debates sobre temas morales, siendo sus obras un constante transitar entre la filosofía y el derecho. Importantes resultan, de otro lado, sus trabajos y actividades en defensa de los derechos de la mujer.

de flexiseguridad, todos de vigencia desde hace ya años y configurando un panorama que de no regularse y sobre todo, de no aplicarse correctamente, puede suponer en el mundo desequilibrios muy importantes a nivel regional y fuente de todo tipo de desajustes socioeconómicos, además de influir muy negativamente en el ámbito personal de los afectados.

La trascendencia, por tanto, no sólo jurídica sino ética que esa nueva realidad comporta, obliga al juez a ser especialmente cuidadoso en sus resoluciones examinando y ponderando más, si cabe, las condiciones y circunstancias en presencia en cada caso, de modo que de ellas pueda extraer una información más precisa acerca de lo que el nuevo contexto supone e influye en el asunto sometido a su consideración, cuánto de externo y ajeno a la voluntad de las partes existe en el mismo y cuánto, al socaire de ello, se ha introducido deliberadamente para sustentar una política empresarial que puede no justificarse en todo o en parte. Igualmente deberá examinar cuál haya sido la conducta profesional del trabajador para merecer, en su caso, el amparo del ordenamiento jurídico o, por el contrario, sus consecuencias negativas, porque de aquélla también depende, y en buena parte, la marcha de la empresa, no debiendo tener acogida fenómenos como el del absentismo laboral o la falta de consciencia en materia preventiva de riesgos laborales cuando se ha recibido una adecuada formación en tal sentido, todo lo cual, en muchos casos, redundará en perjuicio de la competitividad bien entendida y matizada —es decir, no a cualquier precio, que podría originar más daño que otra cosa cuando se persigue únicamente el beneficio— y de otros factores que dan como resultado el propio perjuicio de todos, a nivel personal y colectivo.

Precisamente por ello se ha dicho también que «en la esfera jurídica, la globalización ha potenciado que se difunda la exigencia humanista y cosmopolita de situar los valores y derechos de la persona por encima de la coyuntura de las fronteras nacionales; la erosión de la soberanía de los Estados en la era de la globalización ha favorecido la defensa del valor de la universalidad de los derechos humanos, que ha tenido, las más de las veces, una de sus quiebras y límites más implacables en el ejercicio de la soberanía estatal. Asimismo la sociedad global constituye un poderoso acicate para establecer marcos normativos e institucionales reguladores de las relaciones jurídicas de personas individuales y empresas a escala planetaria»⁽¹⁰²⁾, resultando el revés de todo ello el importante crecimiento de las desigualdades económicas entre países y el debilitamiento de las libertades y, sobre todo, de los derechos sociales en los más perjudicados por dicho desequilibrio. De ahí que como se decía inicialmente, la integración en fórmulas supranacionales de soberanía (aunque bastantes más profundas, perfeccionadas y maduras que las todavía primarias actualmente en vigor, regidas aún por los Estados con el liderazgo del más fuerte en vez de un poder no ya compartido sino ejercido desde un gobierno y un parlamento auténticamente federal, aunque sea en principio regional, como siguiente, que no definitiva, fórmula de integración global) para dar paso a una sociedad plural cada vez más cohesionada y armónica por encima de viejas fronteras y de disolución en ellas de las unidades que han dado origen a las mismas, en vez de su fragmentación multiplicando los problemas como consecuencia de los desencuentros que propicia desde su inicio y que serían difícilmente superables al menos durante mucho tiempo, sea la solución que parece más acorde con el auténtico progreso humano y, en concreto, con el progreso social del que el Derecho así

(102) PÉREZ LUÑO, A. E., trabajo y obra citados, p. 99.

adjetivado constituye un instrumento decisivo en el contexto de su nueva realidad que lo hace estar ya preparado para asumir conceptos tan diversos –pero con el mismo sustrato– como el del emprendedor socialmente responsable⁽¹⁰³⁾, la negociación con base ética en los conflictos laborales y el consenso y la observancia de los principios reciprocidad y de respeto a la propia identidad.

«No se trata de ninguna utopía e incluso si así se entendiese, no es posible olvidar que la Humanidad ha progresado y avanzado gracias a lo que en su momento se consideraba como tal en el sentido peyorativo de la palabra, a pesar de lo cual ha sido lo utópico lo que ha permitido abolir la esclavitud, universalizar el voto, reconocer el derecho de huelga, dar lugar a la seguridad social o proclamar la igualdad entre los sexos, todo lo cual fue en su momento impensable»⁽¹⁰⁴⁾.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., «Derecho del Trabajo», vigésimoquinta edición, Edit. Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., «Instituciones de Seguridad Social», décimo octava edición, Edit. Civitas, Madrid, 2002.
- ARP. BJÖRN (ed.), «Código de Derecho Internacional de los Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, 2010.
- BIDET, J., «John Rawls y la teoría de la justicia», Edicions Bellaterra, Barcelona, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., «Humanismo y Derecho», Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962.
- CONDE MARÍN, E., «La buena fe en el contrato de trabajo», La Ley, Madrid, 2007.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Foro Documental Cendoj, Base de Datos.
- CORTINA, A., «Ética aplicada y democracia radical», Tecnos, 5ª edición, Madrid, 2008.
- «¿Para qué sirve realmente...? la Ética», Paidós, Barcelona, 2013.
- DA SILVEIRA, P., «John Rawls y la justicia distributiva», Campo de ideas, 2003.
- DEL VECCHIO, G., «Filosofía del Derecho», Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964.
- DÍEZ PICAZO, L. M^a, «Sistema de Derechos Fundamentales», Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- DÍEZ PICAZO, L., «La doctrina de los actos propios», Edit. Bosch, Barcelona, 1963.
- DWORKIN, R., «Los derechos en serio» («Taking Rights Seriously»), Ariel, Barcelona, 1984.
- «El imperio de la justicia» («Law´s Empire»), Gedisa, 2ª Edición, Barcelona, 1992.

(103) Con un título muy semejante («El nuevo emprendedor socialmente responsable»), puede verse el libro de MUÑOZ, L. A., editado por EUNSA (Ediciones de la Universidad de Navarra SA), Pamplona, 2012, que aborda cuestiones tan sugestivas como la gestión sostenible de personas con una dirección por valores, la rentabilidad de la ética empresarial, la competitividad e innovación sostenible, la comunicación de los valores de la empresa, el nuevo cliente socialmente responsable, las nuevas tendencias flexiretributivas, la crisis política y la crisis de deuda, el Estado del *no* bienestar o la politización de la justicia.

(104) LUELMO MILLÁN, M. A., «La responsabilidad social corporativa...», obra citada, presentación (contraportada).

- FELBER, CHRISTIAN, «La Economía del Bien Común». Ediciones Deusto, 2012.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, C. J., «Potestad jurisdiccional y Poder Judicial en el Estado de Derecho»; conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 21 de marzo de 2013.
- FISCHER, E., «Lo que verdaderamente dijo Marx», Editorial Aguilar, México, 1977.
- FONTELA MONTES, E., y SAIZ ÁLVAREZ, J. M. «Ética y legalidad en los negocios», Difusión jurídica y temas de actualidad SA, Madrid, 2008.
- forolderecho.blogcindario.com/2007/12/00043-el-principio-de-la... Portal jurídico legal «Alea jacta est».*
- GARCÍA MORENTE, M., «La filosofía de Kant», Espasa Calpe, Colección Austral, Madrid, 1975.
- GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «Manual de Derecho del Trabajo», Edit. Tirant lo blanch, 2ª edición, Valencia, 2012.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Los valores del juez constitucional. La imparcialidad», en *www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2005/ponencias/Etic.,.*
- IGLESIAS CANO, C. «El pensamiento de Montesquieu», Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, p. 400, Barcelona, 2005.
- KANT., E., «Principios Metafísicos del Derecho», Editorial Américalee, Buenos Aires, 1974.
- LACLAU, E., y MOUFFE, Ch., «Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia», Siglo XXI editores, Madrid, 1987.
- LORUSSO, R., «L'impresa virtuosa», Editori Reuniti, University Press, Prima edizione, 2009.
- LUELMO MILLÁN, M. A., «La responsabilidad social corporativa en el ámbito del Derecho Laboral: un instrumento económico-jurídico para un humanismo del siglo XXI», Edit. Netbiblo, La Coruña, 2012.
- MARAÑÓN, G., «Vocación y Ética y otros ensayos», Espasa Calpe, colecc. Austral 5ª edic., Madrid, 1966.
- MOLINER, Mª, «Diccionario de uso del Español», Edit. Gredos, Madrid, 1981.
- MONTOYA MELGAR, A., «Derecho del Trabajo», Edit. Tecnos, 27ª edición, Madrid, 2006.
- «La buena fe en el Derecho del trabajo», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.
- MONTESQUIEU, Ch. S., «L'ésprit des lois», XI, 4, Éditions de la Pléiade, II, Paris.
- MUÑOZ, LUCIO A., «El nuevo emprendedor socialmente responsable», Ediciones Eunsa, Pamplona, 2012.
- NUSSBAUM, M., «La fronteras de la justicia» Paidós Ibérica, Barcelona, 2007.
- O. WILSON, E., «The Social conquest of Earth», Liveright Publishing Corporation/W.W.Norton & Company Inc., New York & London, 2012.
- RAWLS, J. «Teoría de la justicia», Fondo de Cultura Económica, 2010.
- «Justicia como equidad», Tecnos, 2012.
- «La justicia como equidad. Una reformulación», Paidós Estado y Sociedad, 2012.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española», 21ª edic., 1992.
- REY PÉREZ, J. L., «El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?», Edit. Dykinson, Madrid, 2007.

- SANDEL, M. J., «Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?». Edit. Debolsillo, Barcelona 2012.
- SCUKTE, B., «La sécurité sociale. Les pensions», Toledo, 1981.
- SEN, A. K., «Ética ed economia», Editori Laterza, settima edizione, Bari 2009.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, A. «La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta», Universitas, 2004, en *http www.javeriana.edu.co/jurídicas/pub_rev/documents/7Solarteult.pdf*.
- STRATHERN, P., «Kant en 90 minutos», Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000.
- VATTIMO, G., «Ecce comu», Paidós, Barcelona, 2009.
- VATTIMO, G. y ZABALA S., «Comunismo hermenéutico. De Heidegger a Marx», Herder, Barcelona, 2012.
- VVAA (GÓMEZ RIVAS, L. M^a y otros), «Ética en las Ciencias Sociales», Delta Publicaciones, 2011.
- VVAA, «Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», Lex Nova, Thomson Reuters, 3^o edición, diciembre de 2012.
- VVAA, Revista Filosofía Hoy, núm. 17, 19 y 20, Edit. Globus Comunicación, Madrid, 2013.
- VVAA, «Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar», Edit. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2009.
- VVAA, «Valores y Ética para el siglo XXI», BBVA, 2012.
- VVAA, «La imparcialidad judicial», Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- VVAA, «Ética del juez y garantías procesales», Manuales de Formación Continuada 24, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- VVAA, «El Juez y la cultura jurídica contemporánea», Consejo General del Poder Judicial, dos tomos, 2008.
- WEISS, B. «Los mensajes de los sabios», Ediciones B, Barcelona, 2012.

LA MEDIACIÓN LABORAL Y SU CONTEXTO ESPAÑOL

JOSÉ ANTONIO ZAPATERO RANZ

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

RESUMEN

La mediación laboral y su contexto español

La primera parte del trabajo describe el marco general de la mediación laboral como herramienta de intervención en el conflicto, diferenciada del arbitraje y la jurisdicción, a través de una selección estructurada de diversas opiniones de autores anglosajones e instituciones especializadas, que se refieren a los elementos clave de la mediación, su carácter artesanal, el papel del mediador y los tipos de negociación con instrumentos específicos de mediación.

En la segunda parte, teniendo en cuenta los aspectos antes descritos, nos referimos a su incipiente desarrollo en España, el entorno de acuerdos y huelgas, la inercia judicializadora del conflicto, los tipos de mediación y servicios institucionales y momentos de intervención en el conflicto. Se analiza la posible extensión de la mediación, utilizando el servicio público de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social también en esta función mediadora, incluyendo posibles áreas de actuación en mediaciones preventivas, para conseguir un adecuado cumplimiento de unas normas laborales. Se refieren los cambios normativos y culturales precisos para garantizar la confidencialidad y ganar la confianza de las partes en esta función, prevista y poco realizada por la Inspección y los inspectores.

Palabras Clave: Mediación, Mediadores, Mediaciones Preventivas, Despidos Colectivos, Inspección de Trabajo, Servicios de mediación.

ABSTRACT

Labor mediation and the spanish context

The first part of the work describes the general framework of labor mediation as an intervention tool in the conflict, different to than of arbitration and jurisdiction, through a structured selection of diverse opinions of Anglo-Saxon authors and specialized institutions, which refer to the key elements of mediation, its home-made nature, the mediation role and the different negotiation types with specific mediation instruments. In the second part, taking into account the above mentioned, we refer to their incipient development in Spain, the environment of agreements and strikes, the judicializing inertia of the conflict, the mediation types and institutional services and the intervention phases in the conflict. The possibility of extending the mediation is also analyzed, by means of the public service labor Inspection and Social Security also in its mediating role, including the possible fields of action in preventive mediations, in order to achieve an adequate fulfillment of the labor standards. They also refer to the required normative and cultural changes to guarantee the confidentiality and to win the trust of the implied parties, foreseen and not very used by the Inspection and the inspectors.

Keywords: Mediation, Mediators, Preventive Mediations, Collective dismissal, Labor Inspection, Mediation Services.

Fecha de recepción: 14/6/2013

Fecha de aceptación: 14/6/2013

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.

1.1. Intereses en conflicto y conflicto de intereses: posiciones.

1.2. Las salidas del conflicto y el papel de los terceros. Tipos de intervención.

2. MARCO GENERAL DE LA MEDIACIÓN.

2.1. La mediación.

- 2.1.1. Conciliación y/o mediación.
- 2.1.2. Referencias al concepto de mediación.
- 2.1.3. Un arte o una técnica: el depende o los protocolos.
- 2.1.4. Elementos clave en mediación: las tres C's (confidencialidad, confianza, conocimiento).

2.2. El mediador.

- 2.2.1. ¿Qué hace un mediador?
- 2.2.2. ¿Qué valor añade un mediador a la negociación colectiva?
- 2.2.3. Los criterios objetivos como herramienta de mediación.
- 2.2.4. Características deseables del mediador.
- 2.2.5. El papel del mediador en las etapas de la mediación.

2.3. Tipos y formas especiales de negociación/mediación.

- 2.3.1. Tipos de negociación.
- 2.3.2. La negociación basada en intereses.
- 2.3.3. El texto único de negociación como instrumento de mediación.
- 2.3.4. Mediaciones multilaterales.

3. LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA.

3.1. Desde los diversos terceros al amigable componedor. Un entorno agridulce.

3.2. Contenidos de mediación.

3.3. Referencias normativas de la mediación y tipos de mediadores: concurrencia sin injerencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3.4. Contenidos posibles de mediación.

3.5. Modificaciones derivadas de la mediación en procesos de denuncia, de oficio y de iniciativa.

3.6. Tipos de mediación y posibles roles de la Inspección de Trabajo.

3.7. Efectos jurídicos de la mediación con la intervención inspectora.

4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES OPERATIVAS.

1. PRESENTACIÓN

Es propósito de este trabajo describir en su primera parte el marco general de la mediación como herramienta de gestión del conflicto y cómo se ve en la amplia experiencia anglosajona, utilizando una transcripción ordenada de opiniones de autores e instituciones especializadas.

En la segunda parte, teniendo en cuenta los aspectos de concepto y reflexión descritos, nos referimos a su incipiente desarrollo en España, sus limitaciones, los tipos y momentos

y a la vez su posible extensión, utilizando también el servicio público de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta función, para un adecuado cumplimiento de unas normas laborales cuando la flexibilidad preserva su aplicación.

1.1. Intereses en conflicto y conflicto de intereses: posiciones

En la dinámica del conflicto de intereses inherente al uso y distribución de recursos limitados, cuando en el proceso negociador la negociación llega a un punto muerto, las salidas pueden ser optando diversas posiciones. Un abanico que va desde la inhibición o evitación del conflicto mediante concesiones sin contrapartidas, hasta el enfoque del poder, del choque de fuerzas e influencias con coerción de una parte a la otra, con acción o concesión forzada, generando sentimientos de frustración y revancha, con resultados de ganancia y pérdida desequilibrados. Las posiciones de evitación de la disputa llevan a la satisfacción de la otra parte sin garantizar un *statu quo*, a la pérdida o rendición sin daños colaterales para la parte ganadora, por el momento.

Las posiciones de poder, de enfrentamiento al límite, son leídas con resultado de perder y ganar y enfrentamiento permanente.

En las posiciones intermedias, dando paso a la razón, se encuentran las claves de salida que operan sobre datos objetivos y estándar externos, en forma de razonamiento técnico sobre datos y hechos y razonamientos jurídicos sobre estándares legales establecidos. Son fórmulas tendentes a la objetivación de las situaciones y otras fórmulas basadas en la negociación y el consenso, que, con el propósito de exponer y aproximar necesidades, buscan fórmulas de solución con mutuas ganancias y concesiones. Fórmulas de negociación que pueden incluir técnicas de solución conjunta de problemas y negociaciones basadas en intereses⁽¹⁾. Posiciones donde el clásico amigable componedor tiene un espacio, al igual que el mediador.

La historia de las Relaciones Laborales, desde las leyes de bronce de los salarios y las huelgas conflictos de Francia de 1848, o de Alemania y los espartaquistas en 1918, o las movilizaciones en la Asturias de 1934, son ejemplos históricos, en democracias, de radicalidad en el enfrentamiento de poder. Las grandes movilizaciones históricas en torno a la jornada y el salario como aspectos sustantivos y a la libertad sindical prefiguraron un entorno de conflicto entre concepciones económicas del liberalismo y del socialismo, donde toma también fuerza el corporativismo en sus formulaciones autoritarias fascistas, frente al conflicto de clases como explicación. Más tarde en Europa cobran auge las fórmulas de concertación, de negociación, vinculadas a la concepción del Estado Social de Derecho y el Estado del Bienestar como implicación de los interlocutores sociales en las políticas sociales de los gobiernos. La concertación social tripartita, las políticas de compartir el Estado el espacio público con los interlocutores sociales, en palabras de Bernhard Ebbinghaus⁽²⁾, ganan espacio. Se institucionalizan los Consejos Económico Sociales y los grandes pactos.

La historia española es diferente hasta 1978, como es sabido y comentaremos luego.

(1) ILO Conciliation and mediation Techniques Disputes Resolution processes ISBN 92-2-110833-X p. 50.

(2) Reforming Bismarckian Corporatism: The Changing Role of Social Partnership in Continental Europe <http://www.people.fas.harvard.edu/~ces/conferences/bismarck/docs/pdf/ebbinghaus.pdf>.

1.2. Las salidas del conflicto y el papel de los terceros. Tipos de intervención

Las posiciones basadas en la razón y el consenso pueden llevar a soluciones propias, negociadas por las partes sin intervención de terceros, negociaciones puras; o bien negociaciones con intervención de terceros en el proceso, ya sea como «facilitadores de parte», «asesores externos» incluidos en las comisiones negociadoras, o bien como «organizadores de la negociación», bajo fórmulas de presidencia de negociación mutuamente elegidas. En ese proceso negociador se dan bloqueos y puntos muertos que pueden resolverse por las partes con técnicas adecuadas, o sentir que no pueden solos salir de ellos. Es entonces cuando las partes, en un plano de consenso, pueden recurrir a la intervención de terceros.

La intervención de terceros puede ser de menor o mayor intensidad, tanto sobre el proceso negociador como sobre los contenidos.

Si las partes son las decisoras del resultado que se logre a través de la intervención de un tercero mutuamente elegido, estamos ante la situación de intervención de un conciliador o de un mediador. En esos casos la dinámica negociadora prosigue con terceros pero con un control total de las partes sobre el resultado y las etapas.

Si las partes acuerdan que un tercero concreto establezca una solución, estaríamos ante un arbitraje jurídico en unos casos, o de equidad en otros. Si esa solución se lleva ante una institución de justicia con un juez no designado por ellos estamos ante la solución jurisdiccional⁽³⁾.

Desglosando más los roles, algunos autores (Susskind y Cruikshank⁽⁴⁾) distinguen cuatro niveles de intermediación en la negociación:

1. Facilitador o moderador. El facilitador se centra casi por completo en el proceso en sí mismo. Sus propias ideas no se ponen de manifiesto en el curso de la negociación. Es la forma más simple de intermediación. La labor del moderador puede tener su mayor importancia para comenzar una negociación en la que nadie quiere dar un primer paso, o reiniciar el proceso después de que una tensión elevada ha roto la negociación.

2. Mediador. El mediador asume un mayor nivel de compromiso que el mero moderador, pero no tiene el control sobre el resultado final. A diferencia del moderador, el mediador adopta una posición activa en la búsqueda de información sobre las preferencias, los aspectos que son de mayor y menor interés para las partes y los términos en los que estarían dispuestas a realizar los intercambios. El análisis de si es técnicamente posible el acuerdo y si los precios de reserva de cada parte dejan margen a una solución negociada entran también en el ámbito de funciones del mediador.

3. Arbitraje de cumplimiento voluntario Existen supuestos en los que las partes, incluso con la intervención de moderadores o mediadores, no son capaces de alcanzar un acuerdo. Sus aspiraciones o la percepción de los precios de reserva es tal que no llegan a ningún acuerdo. En este caso se puede acudir a un árbitro para que proponga soluciones concretas. Las partes pueden presentar sus argumentos al árbitro y éste, a la vista de

(3) Sumario de características: Conciliation mediation Training Course ILO. pp. 22 y 23.

(4) Susskind y Cruikshank. *Breaking the Impasse: Consensual Approaches To Resolving Public disputes* New York, NY: Basic Books, 1987.

los mismos, proponer alguna solución. Las partes siguen siendo libres de aceptar o no la solución propuesta.

4. Arbitraje de cumplimiento obligatorio. En este último caso, la resolución propuesta por el arbitro es, de antemano, aceptada y acatada por las partes. Supone el compromiso de las partes de aceptar la solución que proponga el arbitro.

El curso de formación en mediación publicado en inglés por la OIT⁽⁵⁾ establece con carácter general las características de cinco vías de composición del conflicto, en un minucioso desglose de aspectos comparados. Vías que van desde la mediación voluntaria al proceso jurisdiccional y en las que el control de las partes sobre el proceso y el resultado decrece en la medida que aumenta el poder del tercero. Incluimos el cuadro de las vías de composición de éste curso de formación.

Conciliación/mediación voluntaria	Conciliación/mediación obligatoria	Arbitraje voluntario	Arbitraje obligatorio	Jurisdicción
Las partes determinan el resultado.	Las partes determinan el resultado.	El árbitro determina el resultado.	El árbitro determina el resultado.	El juez determina el resultado.
Es voluntario tanto en su inicio como en su continuación.	Es obligatorio tanto en su inicio como en su continuación.	Es voluntario en su inicio y obligatorio en su continuación.	Es obligatorio tanto en su inicio como en su continuación.	Es obligatorio tanto en su inicio como en su continuación.
Las partes eligen al conciliador/mediador.	Las partes tienen un derecho limitado para elegir conciliador/mediador.	Las partes eligen al árbitro.	Las partes tienen un derecho limitado para elegir al árbitro.	El Estado nombra al juez.
No hay apelación ni recurso.	No hay recurso, sí un derecho limitado de revisión.	No hay posibilidad de recurso, solo revisión.	No hay posibilidad de recurso, solo revisión.	Puede ser recurrido y revisado.
La conciliación/mediación no aplica necesariamente normas de derecho general.	Las normas de derecho general no se aplican necesariamente en la mediación mediador .	Las normas de derecho general no se aplican necesariamente por el árbitro.	Las normas de derecho general se aplican por el arbitro.	Las normas de derecho general se aplican al árbitro judicial.
Los antecedentes tienen poca importancia.	Los antecedentes tienen poca importancia.	Los precedentes no se aplican necesariamente.	Los precedentes no se aplican necesariamente.	Los precedentes se aplican estrictamente.
Las partes pueden escoger un conciliador/mediador que sea un experto en la materia disputada.	Las partes no siempre pueden escoger un conciliador/mediador que sea un experto en la materia disputada.	Las partes pueden escoger un árbitro que sea un experto en la materia disputada.	Las partes no siempre pueden conseguir un árbitro que sea un experto en la materia disputada.	Las partes no tienen capacidad en la elección del juez, por lo que no siempre pueden disponer de un experto en la materia disputada.

(5) ILO Conciliation and mediation Techniques Disputes Resolution processes ISBN 92-2-110833-X.

Conciliación/mediación voluntaria	Conciliación/mediación obligatoria	Arbitraje voluntario	Arbitraje obligatorio	Jurisdicción
Las partes definen la cuestión libremente y ésta puede variar en el proceso de conciliación/mediación.	La cuestión debe estar contemplada por la legislación y es invocada por las partes, pero puede ser modificada por acuerdos durante el proceso.	Con carácter previo al arbitraje, las partes definen libremente la cuestión y ésta puede variar por acuerdo durante el arbitraje .	La cuestión debe estar contemplada por la legislación y es invocada por las partes, pero puede variar por acuerdo durante el proceso de arbitraje.	La cuestión debe estar contemplada por la legislación y es invocada por las partes, pero puede variar durante el proceso con acuerdo del tribunal.
El procedimiento estará determinado por el conciliador/mediador; es informal y flexible.	El procedimiento estará determinado por la legislación y el conciliador/mediador; es formal pero flexible.	El procedimiento estará determinado por las partes; es a menudo relativamente informal y flexible.	El procedimiento está determinado por la legislación y el árbitro, es formal pero flexible.	El procedimiento viene determinado por la legislación, las reglas de tribunal y el juez; es formal y relativamente inflexible.
Las partes determinan las posibles soluciones.	Las partes determinan las posibles soluciones.	Las partes determinan el abanico de posibles soluciones que el árbitro puede adoptar.	Hay un abanico limitado de soluciones tasado por ley que el árbitro debe aplicar.	Hay un abanico limitado de soluciones tasado por ley que el juez debe aplicar.
El resultado puede reflejar las preocupaciones y prioridades de las partes y puede ignorar la ley y carecer de principios.	El resultado puede reflejar las preocupaciones y prioridades de las partes e ignorar la ley y carecer de fundamento.	El resultado puede estar determinado por legislación, los principios o la equidad.	El resultado puede estar determinado por legislación, los principios o la equidad.	El resultado está determinado por la ley y los principios (y a veces) la equidad.
El poder tiene un gran peso en el resultado.	El poder tiene un gran peso en el resultado.	El poder influye en el acuerdo arbitrado.	El poder no influye en el resultado.	El poder no influye en el resultado.
El acuerdo es de exigible cumplimiento.	El acuerdo es de exigible cumplimiento.	El Laudo es de obligado cumplimiento.	El Laudo es de obligado cumplimiento.	La sentencia es de obligado cumplimiento.
El grado de conformidad con el acuerdo suele ser muy alto.	El grado de conformidad con el acuerdo suele ser muy alto.	El grado de conformidad con el acuerdo suele ser relativamente alto.	El grado de conformidad con el acuerdo suele ser relativamente bajo.	El grado de conformidad con el resultado suele ser relativamente bajo.
Se realiza en privado.	Se realiza en privado.	Se realiza en privado.	El proceso puede realizarse en público.	El proceso debe realizarse en público.
Las partes establecen el foro.	La legislación determina el foro.	Las partes establecen el foro.	La legislación determina el foro.	La legislación determina el foro.

LA MEDIACIÓN LABORAL Y SU CONTEXTO ESPAÑOL

Conciliación/mediación voluntaria	Conciliación/mediación obligatoria	Arbitraje voluntario	Arbitraje obligatorio	Jurisdicción
Las partes acuerdan el momento y lugar de la mediación.	La agencia fijará el lugar y hora de la mediación.	Las partes acuerdan el lugar y la hora.	La agencia fija el lugar y la hora.	El tribunal determina el lugar y la hora de la vista.
El foro se financia privadamente.	La agencia financia el foro.	El foro se financia privadamente.	La agencia financia el foro.	El Estado financia el foro.
Es habitualmente relativamente barato.	Es habitualmente relativamente barato.	Puede ser relativamente sin coste.	Debería ser relativamente barato.	El coste judicial raramente es barato.
Habitualmente eficiente en términos de tiempo.	Habitualmente eficiente en términos de tiempo.	Puede ser eficiente en términos de tiempo.	Debería ser bastante rápido.	Habitualmente lleva mucho tiempo.
Puede ser relativamente poco confrontacional.	Puede ser relativamente poco confrontacional.	No suele generar mucha confrontación.	Puede generara enfrentamientos.	Habitualmente genera mucho enfrentamiento.
Suele ser positivo para las relaciones.	Suele ser positivo para las relaciones.	Puede mantener las relaciones existentes.	Puede generar tensión en las relaciones existentes.	Habitualmente genera tensión en las relaciones existentes.
El coste es asumido por las partes.	Suele ser gratuito.	Las partes pagan por el arbitraje.	Suele ser gratuito.	Suele ser un proceso gratuito.
Las partes pueden estar representadas por abogado pero no es habitual.	Las partes pueden no estar representadas por abogado.	Las partes pueden estar representadas por abogado y suele suceder así.	Con determinadas excepciones, las partes pueden estar representadas por abogado.	Las partes siempre tienen derecho y habitualmente están representadas por abogado.

2. MARCO GENERAL DE LA MEDIACIÓN

2.1. La mediación

2.1.1. Conciliación y/o mediación

La terminología al uso para la intervención no decisoria de terceros, la mediación y/o la conciliación, según ocasiones y países, se utiliza indistintamente o dando un contenido diferente a cada una. Elemento diferencial es la inclusión en sus funciones de sugerir soluciones e incluso hacer recomendaciones formales. En España y otros países la mediación tiene esta mayor carga de contenido de sugerir y proponer, aunque no en todos los países, siendo en otros un mero facilitador del proceso. A los efectos de este trabajo incluimos estas funciones en el papel del mediador, funciones que vienen incluso establecidas como obligatorias en las mediaciones establecidas en el V Acuerdo sobre Solución Autónoma

de Conflictos Laborales (ASAC) para los mediadores del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), como veremos⁽⁶⁾.

2.1.2. Referencias al concepto de mediación

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT): «La conciliación y la mediación son procesos en los que un tercero independiente, aceptable para ambas partes, ayuda a las partes en una controversia para llegar a una solución, guiándolos a través de procesos estructurados tanto como la negociación o la negociación colectiva. Conciliación y mediación suelen tener lugar cuando las negociaciones han fracasado o han alcanzado un punto muerto. El proceso se lleva a cabo de forma confidencial y sin prejuicios de base. En algunos países la conciliación se distingue de la mediación sobre la base de que un conciliador no sugiere soluciones sino que trata de ayudar a las partes a resolver sus diferencias en sus propios términos, mientras que un mediador puede hacer recomendaciones formales como base para el acuerdo, si ambas partes desean y no pueden llegar a su propio acuerdo. En otros países los mediadores no hacen recomendaciones, sino más bien un papel de facilitación del conjunto».

La institución decana de estas soluciones de conflictos, el Federal Mediation and Conciliation Services (FMCS)⁽⁷⁾ dice en su web que «la mediación en la negociación colectiva es un proceso voluntario que sucede cuando un tercero mediador neutral asiste a ambas partes en lograr acuerdos en la negociación. La utilización de un mediador no significa que la negociación haya fracasado. Significa que las partes en la negociación están utilizando un auténtico recurso disponible y ensayado para mejorar su negociación y crear un entorno en el cual la gente sea más proclive a escuchar. La mediación puede añadir mucho a la negociación antes de que la oferta final esté sobre la mesa o cuando las partes encuentran un obstáculo y el progreso se detiene; la mediación es por lo tanto una parte integral del proceso negociador».

El reputado profesor Thomas Kochan⁽⁸⁾ dice «la mediación es el tipo más ampliamente usado, aunque el más informal, para la intervención de terceros en la negociación colectiva. En la mediación un tercero neutral asiste a sindicatos y gestores negociadores para alcanzar un acuerdo voluntario. El mediador no tiene poder para imponer un acuerdo, sino que más bien actúa como un facilitador para ambas partes».

La consultora de negociación «Effective Negotiation Services»⁽⁹⁾ considera la mediación como «el proceso mediante el que las partes enfrentadas, junto con una persona aceptada por ambas, analizan sistemáticamente los elementos que las oponen con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades».

(6) ASAC V BOE 23/12/2012.

(7) FMCS http://www.fmcs.gov/internet_text_only/faq.asp?categoryID=22#Q16443.

(8) THOMAS KOCHAN and HARRY C KATZ. Collective Bargaining and Industrial Relations Chapter 9: ISBN 0-256-030251.

(9) Effective Negotiation Services Australia <http://www.negotiate.org/>

2.1.3. *Una técnica o un arte: el depende o los protocolos*

Si la mediación es una técnica o es un arte, como trata Deborah Kolb⁽¹⁰⁾, no es una cuestión baladí, ni un juego literario. El libro clásico de Kolb dedica unas páginas al tema y estructura y, a partir de ahí, al análisis de la que denomina la segunda profesión más antigua del mundo. Es fácil pensar que artesanía y técnica se complementan y son necesarias en la mediación, como en el toreo o como en el diseño de vehículos de competición. La mediación no es un trabajo en cadena, sobre situaciones análogas susceptible de ser protocolizado y ordenado al detalle, sino un trabajo de artesanía, adecuado a las circunstancias concretas, que requiere un conocimiento de las técnicas de gestión del proceso del conflicto de intereses y –para una comprensión de los contenidos de la divergencia– un conocimiento lo mejor posible del entorno técnico y económico del conflicto.

Este carácter de trabajo artesano adaptable a las circunstancias hace poco útiles los protocolos para la mediación. La valoración de una u otra técnica en mediación va en función de un *depende* que se alimenta de la experiencia. Sí son de utilidad el conocimiento, las buenas prácticas de casos en situaciones diferenciadas. Esa transmisión de la experiencia sí es una vía de aprendizaje para el mediador, como lo son los conceptos teóricos, la práctica y la reflexión conjunta y como tales, elementos esenciales para la formación de un mediador.

Cuando la mediación es efectuada dentro de determinados procedimientos de solución de conflictos o dentro de esquemas de intervención desde la administración laboral poco practicados, es muy necesario tener en cuenta la *tentación reguladora*. La mediación no es susceptible de ser protocolizada con etapas y requisitos, siendo la flexibilidad un elemento sustancial. La inconveniencia de un protocolo de actuación no contradice la necesidad de una guía, unos apoyos técnicos, y un aprendizaje. Una formación, en suma, sobre los aspectos concretos de actuación del mediador que éste interpretará de manera singularizada en cada caso y por eso la mediación se parece más a una artesanía de alta tecnología que a un proceso más protocolizado, como puede ser la investigación de un accidente laboral o no.

2.1.4. *Elementos clave en mediación, las tres c: confidencialidad, confianza, conocimiento*

La literatura sobre mediación y la experiencia práctica de los mediadores llevan a señalar estas tres características clave que son también exigencias de la actuación y, en algunos supuestos, limitaciones de carácter subjetivo para el ejercicio de la función mediadora.

La confidencialidad ha de producirse a lo largo del proceso en la información obtenida por separado de cada una de las partes y sólo transmitida a la otra con autorización del emisor, para facilitar la conclusión de un acuerdo o para configurar una propuesta. Esta confidencialidad debe mantenerse también ante terceros durante y después del proceso de mediación.

(10) KOLB Deborah m Los Mediadores 1983 MIT, 1989 MTSS.

Jesús MERCADER UGUINA. Lecciones de Derecho del trabajo, «Los medios extrajudiciales de solución de los conflictos colectivos». Ed. Tirant lo Blanch.

La confianza implica el aseguramiento de la confidencialidad entre las partes y el mediador, y puede ser una limitación cuando la actividad del mediador no es exclusiva sino compartida con funciones de asesoramiento de parte –el supuesto de los abogados y sindicalistas– y en el caso de funcionarios cuyo objetivo profesional está vinculado a la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa laboral además de la asistencia técnica y el arbitraje de la conciliación y la mediación –supuesto de los inspectores de trabajo–, supuesto y formas de superar la limitación que trataremos más en extenso. La confianza tiene un aspecto objetivo o institucional del órgano al que se solicita la mediación y, deseablemente, un aspecto subjetivo de confianza personal en el mediador. Cuando, a través de la confianza, el mediador conoce la banda de resistencia o la aspiración mínima de las partes aumenta enormemente la posibilidad de conseguir un acuerdo a través de propuestas que las partes en ocasiones no asumirían como propuestas de la otra parte y, en cambio, sí la pueden asumir como propuesta de un tercero mediador en aras de conseguir un acuerdo.

El conocimiento puede abarcar dos aspectos. Uno es el conocimiento del proceso de negociación y mediación, el cómo se desarrolla éste y las maneras de facilitarlo, que no exigen necesariamente conocimiento de los contenidos sobre todo en sus aspectos más técnicos. El otro, el conocimiento del contenido, del qué se negocia y las dificultades técnicas para su consecución es muy importante para entender y poder hacer preguntas encaminadas a una solución, reformular posiciones de las partes y determinar las necesidades que se encuentran detrás de las posiciones.

Un facilitador puede ser sólo un asesor del proceso negociador, sin entrar en contenido; pero si un mediador desconoce el contenido y el entorno tendrá muy difícil la gestión y reformulación de propuestas entre las partes

En el modelo del FMCS los mediadores tienen el ejercicio exclusivo de esa actividad y son especialistas en sectores profesionales, dos características que potencian la neutralidad y el conocimiento técnico del proceso y del contenido

2.2. El mediador

2.2.1. *¿Qué hace un mediador?*

Para William Simkins muchos años director del FMCS y, según citaba los Angeles Times en su necrológica de 1992, el trabajo de un mediador incluye los niveles siguientes:

- Presidir una reunión entre la gerencia y los trabajadores.
- Disuadir a cada una de las partes de mantenerse en posiciones insostenibles, lo que él llamaba descartar posiciones extravagantes.
- Sugerir posibles soluciones para los distintos temas.
- Poner en su conjunto un paquete de propuestas aceptable para ambos lados, la base de un acuerdo. El voluntarismo, decía, es la palabra clave en el sistema negociador. La mediación es el catalizador para la negociación, no un sustituto de la misma.

2.2.2. ¿Qué valor añade un mediador a la negociación colectiva?

Un documento del FMCS con tal título y aquí traducido desglosa funciones mediadoras⁽¹¹⁾:

«El mediador puede mejorar el proceso de negociación de muchas formas:

- Ayudando a establecer reglas prácticas para las negociaciones y expectativas realistas.
- Ayudando a las partes a decidir la forma de negociación más efectiva en una situación: negociación tradicional basada en los intereses o híbrida.
- Ayudando a clarificar temas y diferencias. El mediador intenta moverse en el mundo de los intereses más que en el de las posiciones. Frecuentemente ambas partes quieren un resultado similar; simplemente tienen una diferente perspectiva de cómo llegar allí o a veces lo formulan de una manera distinta, a menudo sus objetivos están separados pero no contradictorios. Cuando las partes comprenden los intereses subyacentes que motivan las posiciones de negociación pueden identificar y llegar a acuerdos sobre materias que no están realmente en discusión y entonces poner el enfoque en los aspectos que realmente les separan.
- Ayudando a las partes a definir el problema. Lo percibido como un problema personal o de relación puede ser, de hecho, problema del sistema. El mediador puede ayudar a explorar alternativas a corto y medio plazo para las soluciones propuestas. Si no hay acuerdo en un tema específico, ¿qué sucede?; si no hay acuerdo en un convenio, ¿cuál es la peor alternativa?, ¿cuál es la mejor alternativa?, ¿cuáles son los costes de la falta de acuerdo o un desacuerdo continuado?
- Fijando y aplazando reuniones de negociación y reuniones conjuntas. Un mediador eficaz sabe cuándo las reuniones conjuntas o separadas son productivas y cuándo no lo son. A veces es importante que las partes se desahoguen en reuniones conjuntas y a veces es mejor aplazarlas y dar a cada una o a ambas tiempo para reflexionar o enfriarse. Ayudar a mantener las conversaciones avanzando, enfocadas y en la dirección adecuada.
- Generando nuevas opciones. Es común que los negociadores desarrollando temas del convenio se cierren en un determinado enfoque. El mediador, como tercero neutral, puede tener un punto de vista más objetivo y sugerir opciones que, de un modo más suave, logren objetivos del convenio.
- Ayudando a mejorar la comunicación que es, muchas veces, el mayor impedimento para un resultado con éxito. Esto incluye reformular posiciones de manera que las partes entiendan claramente lo que se dice y lo que significa la *suposición* del mediador. Estas suposiciones permiten propuestas exploratorias que ofrecer como discusiones por el mediador, sin riesgo para las partes. Los mediadores pueden encontrarse *off the record* con las partes y a menudo implicarse en una diplomacia de lanzadera de unos a otros en reuniones separadas haciendo ofertas y contraofertas.
- Facilitando o compartiendo información. Cuando ambas partes tienen acceso a la misma información se pueden evitar defectos en la comunicación o malentendidos. Algunas informaciones son privativas de una parte y no desea compartirlas pero, en ocasiones, es información que ambas partes pueden usar para evaluar mejor la situación. Y a veces

(11) http://www.fmcs.gov/internet_text_only/faq.asp?categoryID=22.

es tan simple como que el mediador haga saber a las partes lo que está pasando en otros sitios que pueda ser relevante para negociaciones.

- Manejando o ayudando a gestionar relaciones con los medios de comunicación. El mediador que comprende la sensibilidad de algunas negociaciones puede pedir a las partes que eviten hacer declaraciones a los medios de comunicación mientras las conversaciones están en marcha o, por lo menos, evitar negociar en los periódicos. Otras veces las partes pueden pedir al mediador que gestione los contactos con la prensa. El mediador puede evaluar el impacto de las negociaciones en la sociedad y decidir qué decir y qué no decir».

2.2.3. *Los criterios objetivos como herramienta de mediación*

En la negociación asistida que implica la mediación, el mediador debe afrontar el reto con objetividad y proporcionalidad en sus propuestas de aproximación, cuando las hace, o evaluar con iguales parámetros las posiciones de las partes, pero tales características no son fácilmente mensurables. ¿Qué parámetros pueden asistirle?

Como señalan con minuciosidad Susskind y Cruikshank⁽¹²⁾, «la función del intermediario implica, en todo caso, pasar de situaciones de suma cero a situaciones integradoras o de no suma cero. El papel que las partes demandan del mediador trasciende muchas veces su labor de moderador, requiriendo propuestas de solución que sean aceptables para ambos. El intermediario debe, por tanto, tratar de aproximarse a soluciones justas, equitativas y proporcionadas para ambas partes. Pero, ¿qué es una solución justa, equitativa y proporcionada para ambas partes?. Es evidente que no existen conceptos universales sobre lo justo y lo injusto, sobre qué es equitativo y qué no lo es. Puede pensarse, sin necesidad de reflexionar demasiado sobre las virtudes que deben acompañar a una solución, que un resultado que se alcanza mediante un proceso de negociación ordenado, en el que las posiciones iniciales de las partes están niveladas y ambas tengan información adecuada y suficiente para decidir acertadamente, es un buen resultado. Ahora bien, en los supuestos de negociación asistida en los que al intermediario le corresponde el papel de proponer soluciones, la búsqueda de criterios objetivos a los que referir el resultado es mucho más importante que en las negociaciones que tienen lugar sin intervención de mediador».

Como señalan Fisher y Ury (1981), «un criterio objetivo tiene que ser independiente de la voluntad de las partes, legítimo y práctico. Teóricamente, un criterio objetivo debería poder aplicarse a ambas partes sin verse afectado si se invierten sus posiciones. Este criterio objetivo puede venir dado por el valor de mercado, los precedentes, la evaluación de un técnico independiente, criterios de coste, de eficiencia, división por mitad, etc.».

La búsqueda de un criterio objetivo independiente *ad hoc* debe permitir al intermediario presentar una solución como legítima y no arbitraria, que sea entendida y asumida por las partes. Estos criterios son tanto más importantes cuando la presencia de un intermediario se requiere porque las partes están ancladas en la defensa de posiciones que son incompatibles entre sí.

(12) Susskind y Cruikshank. *Breaking the Impasse: Consensual Approaches To Resolving Public disputes* New York, NY: Basic Books, 1987.

2.2.4. Características deseables del mediador

Dice Thomas A Kochan en la obra antes citada que «el principio más aceptado en el proceso de la mediación es que el mediador sea aceptable para todas las partes, si el proceso se quiere llevar al éxito. Dada la característica voluntaria de esta intervención, ningún mediador puede funcionar sin la confianza a la cooperación y la aceptación de las partes. Con base en la aceptabilidad, el mediador obtendrá información confidencial, información que, usada indiscriminadamente, podría destruir la estrategia negociadora de una de las partes y su capacidad de influencia...».

La evidencia sugiere que la experiencia es otra importante cualidad personal para un mediador exitoso, en congruencia con el principio de que la mediación es un arte que debe aprenderse por el método de prueba y error en el aprendizaje derivado de su ejercicio. Aunque, resumimos la argumentación, un círculo vicioso para el aprendizaje surge aquí en la medida en que se valora la experiencia y la experiencia sólo se adquiere actuando por lo que dar mediaciones fáciles a mediadores poco experimentados para que aumenten su práctica o que el mediador novel acompañe al experto en mediaciones complejas son formas de romper ese círculo.

Hay una letanía de características del mediador deseable. En esta línea del mediador ideal seguimos la descripción de características de William Simkins, antiguo director del FMCS⁽¹³⁾:

«Un mediador ha de ser la combinación de las siguientes cualidades:

- La paciencia de Job.
- La sinceridad y tenacidad del perro de presa de un inglés.
- El ingenio de los irlandeses.
- La resistencia física del corredor de maratón.
- La capacidad de regatear de un delantero.
- La capacidad de engaño de Maquiavelo.
- Los conocimientos probados sobre la personalidad de un buen psiquiatra.
- La característica de mantener la confidencialidad de un mudo.
- La piel de un elefante.
- La sabiduría de Salomón.
- Demostrar integridad e imparcialidad.
- Conocer y creer en el proceso de negociación colectiva».

2.2.5. El papel del mediador en las etapas de la mediación

Hemos citado posibles actuaciones de un mediador en una negociación que, siguiendo a Susskind y Cruikshank, puede jugar un extenso papel: poner en marcha el proceso de

(13) William E. Simkin, **William: Mediation** and the Dynamics of Collective Bargaining, 1971.

negociación o reiniciarlo si ha quedado interrumpido, servir de canal de comunicación entre las partes para buscar mejores acuerdos, asegurar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados, etcétera. La participación del intermediario en la negociación se puede producir tanto por la propuesta de alguna de las partes de incorporar a un tercero que facilite el proceso, como a iniciativa del propio mediador.

Respecto a los tiempos y los distintos roles y funciones que puede cumplir un mediador, distinguen estos y otros autores, dentro del proceso de negociación entendido en un sentido amplio, tres etapas o fases consecutivas: fase de prenegociación, fase de negociación propiamente dicha y fase de postnegociación o de ejecución. La labor del mediador puede desarrollarse en múltiples formas en cada una de las etapas mencionadas, con una descripción funcional que incluimos.

a) Etapa de prenegociación

Dentro de la etapa de prenegociación el mediador puede, en la descripción de Susskind:

- Posibilitar que la negociación tenga lugar, sustituyendo la falta de iniciativa de las partes, para buscar, mediante un proceso de negociación, una solución pactada o facilitar una nueva aproximación entre las partes cuando una negociación ha quedado rota formalmente.
- Desempeñar un papel activo en la identificación de las partes que deben participar en la negociación, así como en la designación de representantes de cada una de ellas.
- Analizar cuáles son los precios de reserva (BATNAS) de las distintas partes, de cara a conocer si efectivamente una solución negociada es técnicamente posible, dadas las alternativas al acuerdo de las mismas.
- Establecer una agenda provisional de los asuntos a tratar y trabajar con las partes en una agenda o índice definitivo.
- Tratar de identificar los datos, fuentes de información, hechos, etc., que deben tenerse en cuenta.

b) Etapa de negociación

En la etapa de negociación propiamente dicha, al mediador le corresponde:

- Buscar el mayor número de opciones posibles. El mediador debe cumplir la función de canalizar la información de las distintas partes, identificando dónde hay posibilidades de explotar las diferencias y asimetrías en los intereses de cada lado, preguntando a las partes qué cuestiones son las más importantes para ellas, y cuáles otras tienen una menor relevancia.
- Proponer, sobre la base de la información obtenida, paquetes de negociación que sean aceptables por las partes.
- Redactar los acuerdos. Redactar un documento de compromiso sobre el que trabajar, circulándolo a las partes y buscando un texto final que sea aceptado por éstas,
- Buscar el compromiso de las partes sobre los diferentes puntos para poder avanzar hacia un resultado.

- En los casos en los que las partes actúan en representación o deban dar cuenta de los acuerdos alcanzados, ayudar a las partes a *vender* los acuerdos y conseguir su ratificación cuando sea necesario.

Desde nuestra perspectiva, la labor del mediador, consistente en canalizar la información sobre las preferencias de ambas partes, es crítica. Mientras que en la negociación sin mediación las partes negociadoras adoptan una gran precaución a la hora de revelar información sobre sus preferencias e intereses, para evitar que la otra parte pueda explotarlas, o tratar de obtener ventajas utilizando estratégicamente la información exagerando o minusvalorando sus deseos, el mediador puede servir para que ambas partes le revelen sus verdaderos intereses y su importancia relativa. De esta forma, el mediador podría favorecer que cualquier contrato que se discuta sea un contrato eficiente.

c) Etapa de postnegociación

En relación con la tercera fase de postnegociación, el mediador puede cumplir un papel de seguimiento y control de la ejecución de los acuerdos, interviniendo asimismo en aquellos casos en los que surjan dudas sobre la interpretación de los mismos.

2.3. Tipos y formas especiales de negociación/mediación

2.3.1. Tipos de negociación

Susskind, L. & Gruikshank, J. 1987, en su libro *Breaking the Impasse* analizan las características más importantes que intervienen en un proceso de negociación, distinguiendo entre negociaciones estrictamente competitivas o de suma cero, aquellas en las que una mayor ventaja o recompensa para una parte implica una desventaja o pérdida para la otra, y negociaciones integradoras o de no suma cero, que permiten explotar beneficios conjuntos para ambas partes.

Las negociaciones de suma cero, por su propia naturaleza, pueden dar lugar a la aparición de conflictos entre las partes que van más allá de la oposición de intereses característica de la negociación. Con frecuencia se producen situaciones de tensión que desembocan en una escalada de conflicto que rompe bruscamente la negociación.

Las negociaciones integradoras, si bien ofrecen un claro estímulo a la cooperación como base de explotar ganancias conjuntas, presentan también elementos de conflicto que pueden dar lugar al enfrentamiento entre las partes. El elemento de conflicto se agrava, además, porque las partes tienden a identificar inmediatamente dónde hay oposición estricta de intereses y no buscan o no encuentran las posibilidades que ofrece la negociación de obtener conjuntamente mejores resultados.

Ello hace que se identifiquen como situaciones de suma cero una multiplicidad de casos que permiten la obtención de beneficios conjuntos. Por otro lado, aunque las partes acierten a ver la posibilidad de beneficios mutuos, no son capaces, en muchas ocasiones, de recorrer el camino hacia aquellos acuerdos que hemos denominado eficientes u óptimos.

2.3.2. La negociación basada en intereses

Una forma diferente de negociar es la negociación basada en intereses y no en posiciones. Desarrollada por Harvard Negotiation Project con Roger Fisher y William Ury, de los que tomamos la descripción. El FMCS tiene un texto sobre esta forma, *Interest Based Bargaining (IBB)*, del que aquí incluimos partes:

«En la situación adecuada, es una alternativa que sustituye la tradicional negociación posicional, con un proceso de abordaje conjunto de los problemas. Una forma distinta de negociar. Conocida con muchos nombres y practicada en situaciones diferentes: *Win-Win Bargaining*, *Mutual Gains*, negociaciones de ganancia mutua, negociaciones basadas en el interés, etc. La negociación basada en intereses ofrece más flexibilidad, no encerrando a las partes en temas predeterminados y posiciones de negociación.

A diferencia de la posicional, el proceso comienza con la comprensión del problema y la identificación de los intereses subyacentes en los temas y posiciones de cada parte. Cuando todo el mundo comprende los intereses y preocupaciones que llevan a las personas o a los grupos a adoptar una posición o un punto de vista, a menudo encuentran que algunos de esos intereses son mutuos, que ambas partes de la mesa intentan conseguir el mismo objetivo aunque desde distintas aproximaciones.

Y frecuentemente descubren que, lo que en principio aparecía como intereses que compiten, en realidad no compiten en absoluto. La relación con la otra parte de esta manera hace posible generar y considerar opciones para satisfacer intereses particulares que no habían sido tenidos en cuenta antes.

Los principios de la negociación basada en intereses pueden resumirse:

- Las partes que participan en estas negociaciones aprenden que los acuerdos tienden a tratar los temas con más profundidad que los ha alcanzados usando técnicas tradicionales; que son el resultado de un proceso dirigido a satisfacer intereses mutuos mediante consenso, no sólo el interés de una parte a costa de la otra.
- Y porque los negociadores tratan con otra parte a un nivel diferente, los resultados van más allá de los temas inmediatos, para dirigirse hacia intereses y preocupaciones a largo plazo.
- Este tipo de negociación es un proceso que permite a los negociadores tradicionales llegar a convertirse en solucionadores de problemas de forma conjunta (joint problem-solvers). Supone asumir que el mutuo beneficio es posible, que las soluciones que satisfacen intereses mutuos son más duraderas, y que las partes pueden ayudarse entre sí para lograr un resultado positivo.

En el contexto de la negociación basada en intereses se asume que la negociación como otros aspectos del proceso de los convenios colectivos pueden mejorar la relación entre los trabajadores y directivos. Las decisiones basadas en criterios objetivos generan más confianza que las basadas sólo en el poder.

La negociación basada en intereses toma algunos de los mejores principios originados en la tradicional negociación distributiva, o de ganancia mutua (win-win) haciendo a estos principios parte sustancial del proceso:

- Compartir información relevante es crítico para las soluciones efectivas.
- Poner la atención en los temas, no en las personalidades. Mirar al presente y al futuro, no al pasado.
- Poner el enfoque en los intereses que subyacen en los temas, no sólo en las posiciones.

- Poner atención en los intereses mutuos y ayudar a satisfacer los intereses de la otra parte así como los propios.
- La tormenta de ideas puede generar opciones para satisfacer los intereses mutuos y los respectivos.
- Las opciones para satisfacer intereses deben ser evaluados por criterios objetivos más que por el poder o la influencia.

¿Dónde funciona mejor la Negociación basada en Intereses? La negociación basada en intereses ni es ni puede ser una sustitución para todas las negociaciones posicionales o distributivas. En los contextos adecuados ofrece una alternativa con ciertas ventajas. Fuera de ese contexto la negociación basada en intereses fracasará. Las partes volverían a la negociación tradicional pero con la suspicacia y la desconfianza aumentadas y su relación puede sufrir un daño adicional. Algunos de los componentes necesarios que aumentan la probabilidad de una negociación basada en intereses con éxito son:

- En el contexto de la negociación colectiva, la evidencia de una cooperación entre trabajadores y directivos durante el período del convenio anterior.
- Tiempo suficiente hasta la expiración del contrato para completar la secuencia del proceso de decisiones sobre la negociación basada intereses, la formación y la aplicación del proceso.
- La buena disposición de las partes para compartir plenamente información relevante para la negociación.
- La buena disposición para olvidar el poder como único método de ganar.
- La comprensión y aceptación del proceso por todos los participantes y sus representados

¿En qué organizaciones es adecuada?. Una negociación basada en intereses efectiva comienza por una orientación por los mediadores. Si los participantes no aceptan los principios y supuestos que subyacen en el proceso, es altamente improbable que sean capaces de seguir las fases y usar las técnicas durante la negociación.

Cuando las partes y los mediadores llegan a determinar si la negociación basada en intereses es adecuada, el entrenamiento es la fase siguiente. Un entrenamiento que incluye ejercicios para comprobar la capacidad de los participantes para trabajar a lo largo del proceso. Un indicador de hasta dónde son capaces las partes de manejar el proceso en las negociaciones.

A partir de la decisión de proceder de esta manera, los mediadores facilitan un encuentro conjunto entre los participantes para acordar los principios de proceso y protocolos con los que se lleve a cabo la negociación y un intercambio sobre los temas que serán negociados y las fases para una transición a la negociación tradicional, en el supuesto de que la negociación basada en intereses fracase».

2.3.3. *El texto único de negociación como instrumento de mediación*⁽¹⁴⁾

El texto único de negociación, por su parte, es un instrumento frecuentemente utilizado en las negociaciones internacionales. Tanto para la Comisión como para el Consejo de las Comunidades Europeas, el documento único de negociación es un instrumento habitual de trabajo utilizado como ayuda a la mediación, e instrumento de compromiso.

(14) I. Susskind, Lawrence y Cruikshank Jeffrey (1987): *Breaking the impasse* Basic Books. pp. 136-185.

El mediador elabora este texto único y lo circula a las partes con el objeto de que formulen sus observaciones y reparos al mismo, pero no sometiéndolo a su aprobación o rechazo. Una vez formuladas las críticas y observaciones por las distintas partes, el mediador reelabora un texto que bien puede circular de nuevo o puede ya, si se cree oportuno, someterse a la aprobación o rechazo de las partes.

La virtud principal del texto único es que las partes no tienen que realizar concesiones ni formular compromisos hasta que no se alcanza un texto que consideran satisfactorio. El mediador debe proponer en el texto concesiones simultáneas que le permitan avanzar y crear valor añadido con respecto al documento anterior.

El texto único es un procedimiento de extraordinaria utilidad cuando el mediador debe intervenir en un proceso de negociación que involucra a una multiplicidad de partes.

El texto único es también un procedimiento estratégico de gran efectividad en la reclamación de valor para obtener una clara ventaja en aquellos supuestos en los que la adopción de una serie de decisiones, o la preparación de un informe que sirva de base para la toma de decisiones, se encargue a un comité o «grupo de trabajo». El presidente del grupo puede obtener resultados favorables para sus intereses siendo él quien presente un borrador de acuerdo o de informe que sea objeto de discusión en el seno del comité.

2.3.4. *Mediaciones multilaterales*

Dicen los expertos que las negociaciones internacionales y las negociaciones laborales son las más complejas por cuanto las posiciones de principio pueden pesar más que las necesidades e intereses concretos. Sin olvidar esta afirmación para su complejidad, la realidad actual hace que las posiciones estén también influenciadas por otros poderes no sólo fuera de la mesa de negociación sino en posiciones colaterales de interinfluencia. En conflictos vinculados a grandes negociaciones la presión sobre los beneficiarios de servicios esenciales es notoria sea por la huelga sea por manifestaciones u otro tipo de comunicación dirigida a establecer una influencia. En ocasiones los beneficiarios están también organizados en alguna forma el grupo de presión o de intereses al que tener en cuenta en el proceso negociador o mediador. Si por ejemplo en sanidad, enseñanza y servicios sociales los grupos de intereses pueden identificarse como interlocutores o al menos coadyuvantes en el proceso de decisiones, en otros casos la influencia de un sector de la opinión pública puede deducirse y tenerse en cuenta, pero no su interlocución. En actividades de servicios públicos externalizados el mediador laboral aunque medie entre la gerencia de empresa y los trabajadores que prestan un servicio, la influencia y, por tanto, opinión del ente público responsable del servicio es determinante.

3. LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

3.1. Desde los diversos *terceros al amigable componedor*. Un entorno agrídulce

Las posiciones en la España de la dictadura dejaban poco espacio a una negociación con sus instrumentos de legitimación y presión, con la corporatista negación del conflicto colectivo de intereses que –con la prohibición de la huelga– hacían que el conflicto real no tuviera carta de naturaleza legal. La negociación colectiva a partir de 1958, bien que

limitada, inicia una práctica dentro de la estructura del sindicalismo vertical con la entrada de líderes de cultura democrática. Pese a la prohibición, el conflicto social se manifiesta en las grandes huelgas de los años 60 y, a su vez, surgen las diferencias estratégicas en los debates clandestinos del sindicalismo democrático, sobre entrar o no en el sindicalismo vertical oficial que darían lugar a las formas de representación actuales, las unitarias de empresa y las secciones sindicales, con estrategias negociadoras a veces distintas.

Las posiciones de negociación como un derecho y la práctica de mediar en la negociación sin imponer no estaban en la cultura oficial española de la época. El Laudo de Obligado Cumplimiento es la salida legal del conflicto de intereses. El amigable componedor y el laudo de equidad no estaban en uso.

En la Transición las posiciones de negociación son básicas en los Pactos de la Moncloa y los grandes pactos sociales con implicación del Gobierno, que no llegan hasta el año 1977, lo que Schmitter interpreta como una supervivencia del corporativismo, con un neocorporativismo en España y Portugal. El convenio 144 de la OIT sobre consulta tripartita no se aprueba hasta el año 1976 y se ratifica por España el año 1984.

En la España constitucional, desde los Pactos de la Moncloa y el Estatuto de los Trabajadores los grandes pactos sociales⁽¹⁵⁾ y la cultura de la negociación («obligación de negociar de buena fé») ha impregnado las relaciones laborales, aunque la negociación haya ido intercalada con conflictos y el clásico ejercicio desde posiciones de poder que constituye la huelga general.

Aun dentro de una cultura de concertación, el conflicto, en su nivel político más álgido, no ha dejado de estar presente. La propia esencia de la concertación, a tres bandas, hace que las políticas de gobierno no queridas tengan respuesta en ese nivel político y en el sindical. Sin perjuicio de la legitimación y a veces obligación de cualquier gobierno de adoptarlas, asumiendo su responsabilidad por acción u omisión. A los efectos de este análisis, la huelga general (ausente el «carácter revolucionario») es una forma de presión en el conflicto, recurriendo al poder y a la influencia de terceros, ciudadanos implicados y afectados. Aunque sea una derivada que desborda este trabajo esta agrídulce relación se ve reflejada en la cronología trufada de acuerdos y huelgas que incluimos en el cuadro adjunto de composición propia, que hace presente el continuo del reajuste de intereses y equilibrios.

UNA RELACIÓN AGRIDULCE	
Secuencia de partidos en el poder: 1978 – 2013 // ACUERDOS Y CONFLICTOS A 3 Y 2 BANDAS	
Periodo preconstitucional	Octubre 1977 – Pactos de la Moncloa
CICLOS ELECTORALES	
UCD (1978-1982)	<ul style="list-style-type: none"> – 1979 ABI, CEOE y UGT. – 1980-1 AML. Firmantes: CEOE y UGT y con posterior adhesión de USO. – 1982 ANE. Acuerdo Nacional de Empleo Firmantes Gobierno, CEOE, CCOO UGT.

(15) Ignacio PÉREZ INFANTE, Concertación y Diálogo Social en España. 1977 2007 Revista MT e Inmigración número 81.

PSOE (1982-1996)	<ul style="list-style-type: none"> – 1983 Acuerdo Interconfederal Firmantes CEOE CEPYME CCOO UGT. – 1984 Acuerdo Económico y Social Firmantes Gobierno, CEOE CEPYME UGT. – 1985 <i>Huelga (24 horas) Solo convocado por CCOO, uno de los dos sindicatos principales, contra la reforma del sistema de pensiones.</i> – 1988 Huelga General: 14 de diciembre (24 horas). Reforma del mercado laboral. UGT y CCOO. – 1992 <i>Huelga (8 horas): contra las reformas del mercado laboral.</i> – 1994: Acuerdo Interconfederal sobre Ordenanzas Laborales y Regulaciones del Trabajo (Cobertura de vacíos Firmantes: Gobierno, CEOE, UGT, CCOO). – 1994 <i>Huelga (24 horas) contra las reformas del mercado laboral.</i> – 1995 Acuerdo para la racionalización del sistema de la Seguridad Social (Pacto de Toledo) Firmantes.
PP (1996-2004)	<ul style="list-style-type: none"> – 1997 Acuerdo Interconfederal Negociación Colectiva (AINC). – 1997 Acuerdo Interconfederal Estabilidad en el Empleo (AIEE). – 1997 Acuerdo Interconfederal Cobertura de Vacíos legales. – 1998 Acuerdo sobre Contratos de Trabajo a Tiempo Parcial. Gobierno CCOO y UGT sin la CEOE. – 2001 Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Seguridad Social. – 2002 <i>Huelga (24 horas) Contra las reformas del mercado laboral. CCOO y UGT.</i>
PSOE (2004-2012)	<ul style="list-style-type: none"> – 2010 AENC 1. – 2010 <i>Huelga General: Contra la reforma del mercado laboral.</i> – 2011 Acuerdo revisión negociación colectiva AENC 2. – 2012 febrero: <i>Huelga General contra la reforma del mercado laboral.</i>
PP (2012-...)	<ul style="list-style-type: none"> – 2012 junio Huelga General contra las medidas de ajuste del Gobierno. – 2013 Acuerdo sobre «ultractividad».

Este entrecruzamiento de actitudes, aproximaciones y distanciamientos puede tener entre sus orígenes las indefiniciones y temas sin cerrar desde la Transición. Si la regulación post constitucional de la huelga es una asignatura pendiente con la que hemos convivido más de 30 años, la revisión de la entrada y la salida del mercado de trabajo –léase las formas y causas de despido– constituye otro de los *leit motiv* permanentes en las relaciones laborales, si bien lo que en principio se configura como un debate de concepto sobre los derechos en concurrencia, deriva a un debate en que la competitividad es un concepto dominante.

La fusión del derecho subjetivo laboral del franquismo con el marco democrático sindical de relaciones laborales encierra una tensión permanente. A la discusión de base clásica del «reparto del pastel», se une la tensión de la fusión forzada de dos modelos de relaciones laborales. Del antiguo, basado en el derecho subjetivo reglamentado y la relación laboral individual sin derechos colectivos, se pasa al modelo basado en la autonomía de la voluntad de las partes y el máximo de derechos disponibles. Unamos a éstas las tensiones entre los valores del empleo colectivo y las políticas para disminuir el desempleo y los valores del derecho del trabajo, el derecho a unas determinadas condiciones de trabajo concebidas como derecho necesario y los derechos adquiridos como referentes y límites a la flexibilidad.

En este contexto hay que insertar la histórica intervención de terceros en la relación laboral. Intervención administrativa combinada con la intervención judicial o, más tarde, la progresiva transferencia de funciones de la administración a la jurisdicción, con la composición judicial del conflicto colectivo y «la asignatura pendiente de la consolidación de un modelo de solución extrajudicial de conflictos», en palabras del profesor Jesús Mercader.

La clásica distinción de conflictos jurídicos y de intereses no considera el interés que tutela un derecho, ni el interés tras el derecho subjetivo. Una distinción que no favorece la aproximación de posturas.

La entrada de terceros clásica ha sido la del juez en los conflictos individuales y más tarde en los conflictos colectivos, favorecido por una jurisdicción gratuita, especializada (el juez de lo social) y más rápida que la ordinaria. El «amigable componedor» del conflicto, el árbitro de equidad, no surge con espontaneidad en nuestro modelo para solucionar los conflictos, sino importado como forma de descargar la jurisdicción y mejorar el resultado de las soluciones negociadas. Aún hoy el modelo de solución extrajudicial acordado a nivel nacional por los interlocutores sociales, el ASAC V (BOE 23/02/2012), regulador del servicio del SIMA, es un modelo (artículo 12.4) que hace de la mediación preceptiva un requisito preprocesal que sustituye a la conciliación administrativa previa, al establecer el principio de que la convocatoria de huelga requerirá haber agotado el procedimiento de mediación.

El riesgo de valorar la mediación como un «acto de trámite» es evidente, aunque en términos de resultados y eficacia son elocuentes los índices de acuerdos logrados, un 31% en 2011, que recoge la memoria de actividades del SIMA⁽¹⁶⁾.

A las medidas para la consolidación y ajuste del modelo de solución de conflictos que potencie el mediador nos referimos a continuación.

La situación presente de la mediación y los mediadores viene enmarcada por la normativa estatal y los acuerdos entre los interlocutores sociales. Esta normativa reciente permite mediaciones en formas diversas, momentos distintos y mediadores entrecruzados, en procedencia y funciones. Una situación que puede originar inseguridad jurídica, confusión y desgaste prematuro de la figura de la mediación y de los mediadores intervinientes.

3.2. Contenidos de mediación

Cualquier negociación, como proceso de búsqueda de consensos, tiene puntos muertos que pueden requerir la intervención de terceros en alguna de las formas ya descritas. El convenio colectivo es la negociación por excelencia llevada a cabo para grandes ámbitos de aplicación, sea por su carácter sectorial o regional, sea por su carácter de convenios de empresa, mayoritariamente estos últimos en empresas de grandes dimensiones. Los convenios colectivos en sus diversas etapas, negociación, bloqueos, aplicación e interpretación, conllevan discrepancias que pueden ser gestionables por las partes o precisar apoyo de terceros.

(16) <http://fsima.es/wp-content/uploads/Memoria-2011.pdf>.

Además del convenio colectivo, las últimas dos reformas laborales de 2011 y 2012 con el empleo y la flexibilidad como vectores, refuerzan el poder de decisión del empresario, erradicando la autorización administrativa previa y ponen el acento en el concepto de «período de consultas» entre empresario y representación de los trabajadores, tanto en la regulación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y los traslados (artículo 41 del ET), como en los supuestos de despidos colectivos (artículo 51 del ET) en redacción dada por la Ley 3/2012.

Establece la Ley 3/2012, como procedimiento común a estos efectos, que «las partes podrán acordar sustituir el periodo de consultas por el procedimiento de mediación que sea de aplicación». Este período de consultas, si es tal y no una mera comunicación de decisión unilateral, es ciertamente un período de negociación y su regulación normativa expresa que, dentro del plazo de este período de consultas, las partes puedan acudir a diversas formas de mediación.

Eso sí, la mediación debe ser «dentro del plazo máximo señalado para el periodo de consultas» y «con el procedimiento de aplicación en el ámbito de la empresa». Es, digamos, una mediación express, con remisión abierta a un «procedimiento de aplicación» que, según los casos, puede ser el ASAC, otro o ninguno.

3.3. Referencias normativas de la mediación y tipos de mediadores: concurrencia sin injerencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Dentro del manifiestamente mejorable marco normativo español, parece conveniente revisar posibles tipos y momentos de mediación, compromisos y garantías en la actuación de los mediadores, aclarando los qué y los cuándo de la mediación.

La autonomía de las partes y el diálogo social son el origen de los ASEC y el SIMA, seguidos por 17 servicios en sendas Comunidades Autónomas. El ASAC V (BOE 23/02/2012 p. 16054) detalla en el art.4 los conflictos susceptibles de ser incluidos. Acuden al SIMA empresas y sindicatos como firmantes voluntarios del acuerdo, en un procedimiento calificado como requisito preprocesal jurisdiccional. Habitualmente los mediadores actúan en parejas elegido uno por cada parte y si una parte declina esta designación es nombrado por la propia administración del SIMA en una lista rotatoria, aunque ya el ASAC V, en el artículo 12.1, establece la preferencia unipersonal.

En el artículo 7.2, como novedad, el ASAC V incluye la figura del mediador único. Es designado por mutuo acuerdo, no incorporado en las listas del SIMA, y para una mediación concreta. Ambas mediaciones son institucionales, sometidas a plazos lugar y sistema de elección por la partes. La elección del mediador por listas es directa o delegada en la institución y el mediador, por su perfil profesional, puede ser en otras mediaciones abogado o representante de parte. Salvo que sea otro funcionario público, docente en tales casos, habitualmente es Inspector de Trabajo y Seguridad Social. El inspector, aunque incluido en las listas a propuesta de parte, por su incompatibilidad funcional no cabe sea asesor de parte.

La Reforma Laboral contenida en la Ley 3/2012 se remite al periodo de consultas como espacio temporal de la mediación. Son las mediaciones citadas al regular traslados y modificaciones sustanciales, sin referencias a posibles sujetos mediadores que sí se dan para los despidos colectivos.

¿Quiénes y de dónde proceden esos mediadores?, ¿funcionarios, profesionales liberales, contratados ad hoc?, ¿se puede mediar en esos plazos cerrados?

Estas mediaciones sí están entre los procedimientos del artículo 4 del ASAC V que opera con mediadores de su lista (artículo 7) y, novedosamente, con un solo mediador no incorporado a las listas designado de mutuo acuerdo al que nos hemos referido.

El RD 1483/2012, al desarrollar los despidos y suspensiones colectivas, introduce diversas mediaciones y momentos de producirse éstas. Incluye la mención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, «con apoyo de o independientemente» y –en precepto separado– refiere al informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Inspección centenaria, con sede en el actual Ministerio de Empleo e Inmigración de numerosos cambios de nombre a lo largo de su historia pero que nunca había cambiado hasta esta legislatura el nombre también centenario de Ministerio de Trabajo («Trabajo y algo más») por el de Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Cambio de nombre del Trabajo, el derecho del trabajo, al Empleo, política de empleo como valor signifiicante que no es trivial ni tampoco exclusivo de España.

La legislación estatal reguladora de la centenaria Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 3.3 Ley 42/1997) ha incluido e incluye las funciones de arbitraje, conciliación y mediación como funciones normativamente diferenciadas de las de vigilancia y exigencia de cumplimiento de las normas y de la asistencia técnica. Funciones que, en la práctica, han sido más posibilidades que actuaciones reales para el objeto del sistema que es «el adecuado cumplimiento de las normas» (artículo 1 Ley 42/1997). La distinción entre el objeto del sistema de inspección y las funciones y cometidos de los funcionarios es importante para salvar objeciones a la potenciación de la mediación en la Inspección. El «adecuado cumplimiento de las normas» corresponde a las partes, que sea voluntario, pactado o exigido es cuestión distinta.

Las funciones, es decir las acciones para un fin, de exigencia del cumplimiento de las normas no son excluyentes de las funciones de vigilancia por un lado y arbitraje conciliación y mediación por otro; por cuanto todas esas funciones lo son para el adecuado cumplimiento de las normas laborales que es el objeto del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social según su propia normativa, la ley 42/1997.

Potenciar la mediación no supone una dejación de funciones de vigilancia y exigencia de cumplimiento. No es un objetivo distinto dentro de un contexto de flexibilización de las relaciones laborales, sino otra vía para cumplir el ordenamiento jurídico laboral. Tampoco el objeto es poner límites al poder de dirección del empresario, en actuaciones que son revisables en vía jurisdiccional y que pueden ser causa de extinción indemnizada del contrato. Se trata de rentabilizar el conocimiento técnico y profesional de los inspectores para ayudar a encontrar soluciones pactadas en las situaciones de conflicto de intereses, que forman parte también de la normalidad de la relación laboral. Se trata también de aumentar una oferta de servicio público sin necesitar crear la función, pero sí adecuarla dentro de una reinención de la administración laboral parafraseando a David Osborne y su famoso *Reinventing the Government*.

En síntesis, será necesario superar la desconfianza de quienes ven la mediación como un debilitamiento de la función de vigilancia por un lado y de otro de los que la conside-

ran una forma de compensar la mayor flexibilidad y poder de dirección que la reforma confiere a los empresarios.

Para garantía del funcionario inspector y para ganar la confianza de las partes garantizando la confidencialidad, es necesario separar, con publicidad normativa, las actuaciones basadas en la mediación de las basadas en la vigilancia y la exigencia normativa. Una información obtenida en actuaciones de mediación solicitadas por ambas partes, si fuera utilizada como un elemento de coacción o en una fase posterior de actuación inspectora en una actuación sancionadora, atacaría gravemente los principios de confianza y confidencialidad en los que se basa la actuación. Consiguientemente, garantizar con la publicidad normativa debida esta separación parece una condición necesaria para el desarrollo de la función mediadora desde la inspección.

Una función mediadora del inspector requiere varios elementos. La confianza de las partes, que la dan o no; la voluntariedad que depende también de éstas; la confidencialidad que debe estar garantizada hacia las partes y hacia el propio inspector para evitar una imputación de dejación de funciones y por último la no injerencia en formas de mediación y tipos de mediadores que las partes se han dado o puedan darse en el futuro. Y precisa, además, el elemento de formación específica de inspector en técnicas mediadoras y en el conocimiento del entorno empresarial.

La separación de funciones realmente percibida por las partes afectadas en el proceso y garantizada es un requisito para ganar la confianza y evitar la pregunta de un mediador americano al inspector de trabajo español que esto escribe de «¿cómo se puede mediar con un garrote en la espalda?», formulada en Estados Unidos a finales de los años 80.

En el momento de escribir estos comentarios la distinción de funciones y la garantía de confidencialidad no está expresada en los textos y la confusión entre las distintas formas de mediación en términos prácticos se produce en la normativa e incluso en la interpretación posterior.

El RD 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada introduce diversas mediaciones y momentos con entrada de la Inspección de Trabajo. Además, en precepto separado se refiere al Informe preceptivo de la Inspección de Trabajo, de la forma que sigue.

Dice el artículo 10:

«10.2.–La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa.

10.3.–La autoridad laboral podrá igualmente, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo, realizar actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes.

Las actuaciones de mediación y asistencia a que se refieren este apartado y el anterior podrán ser realizadas por la autoridad laboral con la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

El artículo 11 lo dedica al Informe de Inspección. Plazo y contenido. Contiene rotundas fórmulas, verificará, constatará, comprobará, aplicados en unos plazos improrrogables de 15 días sobre contenidos materiales de gran complejidad. Un campo de gran responsabilidad y puesta a prueba de la presunción de certeza para el inspector actuante.

Hay una aparente separación entre función de mediación y función de información, una separación que en el RD omite referencias a actuaciones durante el periodo de consultas. ¿Cómo y cuándo puede comprobar el informante «la existencia de dolo, fraude o coacción en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas?»

El criterio operativo 92/2012 de desarrollo del informe de Inspección en esos procedimientos colectivos viene a introducir más elementos en esta situación de acciones concurrentes y entremezcladas. Este criterio operativo no es criterio técnico y por tanto no publicado (salvo en el Portal de la Inspección), pero al ser operativo y no técnico, a contrario, tampoco es vinculante normativamente para el inspector de trabajo y seguridad social, invocando la independencia técnica que garantiza el Convenio 81 de la OIT.

En sus 41 páginas, el criterio operativo trata:

- Del papel de la Inspección de Trabajo en el periodo de consultas en una función de información a la autoridad laboral y asistencia (¿de quién?) debiendo trasladar a la autoridad laboral el conocimiento fundado del desarrollo indebido, para que esta formule advertencia o recomendación a las partes (pp. 7 y ss. del texto oficial)
- De quiénes, para qué y cuántos median. Dice así el texto del criterio operativo:

«El artículo 10 del Reglamento establece que las actuaciones de mediación y asistencia podrán ser *realizadas por la autoridad laboral con la asistencia y apoyo de la ITSS*.

Las acciones de mediación irán *directamente dirigidas* a realizar una propuesta concreta a las partes *cuya suscripción por las mismas* equivalga a la consecución de un acuerdo en el periodo de consultas.

El Reglamento regula la mediación de la autoridad laboral en el artículo 10.3 y *exige, para que pueda tener lugar, que ambas partes lo soliciten*.

Esta función de mediación de la autoridad laboral es *distinta y se debe entender sin perjuicio de los procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en el ámbito de la empresa* y que deban desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para el periodo de consultas (artículo 51.2 ET último párrafo y artículo 28.4 del Reglamento)».

Cabe preguntarse: ¿además de la mediación del ASAC o similares?, ¿antes de ésta? Continúa el criterio:

«Tanto la asistencia como la mediación en el periodo de consultas son funciones atribuidas a la autoridad laboral por parte del artículo 51.2 del ET y 10 del Reglamento. Estas funciones, como se ha indicado, *pueden ser desarrolladas con la asistencia y apoyo de la ITSS*.

Por ello, desde el punto de vista operativo, *la participación de la ITSS en este tipo de actuaciones queda inicialmente sujeta a la petición expresa de la autoridad laboral y se deberla realizar en los términos indicados por esta*.

Sin perjuicio de lo anterior, la ITSS puede desempeñar un papel de mediación cuando las partes se lo soliciten directamente»...

¿Le queda claro al lector, en principio el inspector que va a operar con este criterio operativo? Hay que destacar que el criterio se refiere a la ITSS y no al Inspector encargado del preceptivo informe, dejando sin definir si podría ser el mismo Inspector (práctica seguida en algunas CCAA) o separando ambas funciones, la mediadora y la informadora. En todo caso, la lectura del texto citado que describe posibilidades y concurrencias prefigura un escenario de mediación que recuerda el famoso «camarote de los hermanos Marx» de «una noche en la ópera»: mediaciones en formas diversas, orígenes distintos y mediadores entrecruzados, en procedencia y funciones.

Volviendo al RD 1483/2012, atendiendo a la institución que propone quiénes son los mediadores, podrían ser mediadores de los servicios de intermediación formando entonces parte de unas listas nombradas por las partes y habitualmente asesores de parte, sindicalistas, profesores universitarios, abogados en ejercicio, graduados sociales e inspectores de trabajo no en condición de tales. Como mediadores únicos podría ser cualquier persona nombrada por las partes, aunque esta figura unipersonal todavía no tiene experiencia aplicativa práctica. En las mediaciones que establecen a propuesta de la autoridad laboral, los mediadores podrían ser personas designadas por ésta, con expresa designación como órgano de apoyo de la Inspección de Trabajo. Reitero que la aceptación de las partes es siempre requisito necesario.

Atendiendo a los orígenes, momentos, condicionamientos de proceso y al tiempo y tipología de los mediadores cabe ordenar y distinguir dónde, en qué y quién mediar:

3.4. Contenidos posibles de mediación

3.4.1. Desde el derecho sustantivo:

I. Bloqueos de convenios. El bloqueo en la negociación de un convenio colectivo constituye un supuesto clásico. El ASAC en su artículo 4.c) y 4.d) le dedica un tratamiento específico que libera los plazos para su sometimiento, incluye específicamente que se deberán manifestar las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación. Es una mediación relevante en su resultado si consigue el desbloqueo, que requiere un buen conocimiento del proceso y de los contenidos objeto de discrepancia. Al estar esta situación tan vinculada a la autonomía negociadora, la entrada institucional de la Inspección es delicada por lo que pudiera ser visto como injerencia, aunque ha existido una tradición de inspectores de trabajo que *ad personam* han actuado y siguen haciéndolo como presidentes de negociación de convenio, presidencias que participan del carácter del facilitador de la negociación y también del mediador; del mensajero entre las partes, que puede jugar un papel más importante en los pasillos y los descansos que en las sesiones formales. En todo caso, no hay dificultad formal para que ambas partes en el supuesto de un convenio puedan dirigirse a la Inspección solicitando una mediación de un inspector. Situación que puede darse especialmente en aquellas empresas o sectores que no haya suscrito el ASAC, como tampoco la habría para el resto de las situaciones, los conflictos afectados en la propia terminología del artículo cuatro del ASAC y para estas empresas no incluidas en el ámbito del ASAC. Para los supuestos en que las partes que hubiesen suscrito el acuerdo y quisieran la actuación de un inspector de trabajo, o de cualquier

otra persona, sin más requisitos, se configuró en el artículo 7.3 la designación de mutuo acuerdo de un solo mediador no incorporado a las listas del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje. En estos casos la mediación deberá ajustarse al funcionamiento y procedimiento del SIMA.

II. Modificaciones sustanciales y traslados. Tanto en las modificaciones sustanciales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores como en los traslados del artículo 40 del mismo texto, conviene distinguir entre la mediación efectuada dentro del plazo destinado al período de consultas, una vez planteada la decisión empresarial concreta y otro tipo de mediación en un momento anterior. Ésta es una mediación preventiva e informal, no sujeta a plazo, que puede realizarse desde que es conocida la intención de llevar a cabo una modificación sustancial. Con más tiempo y una situación previa más fría en términos de diferencias entre partes cabe utilizar más técnicas mediadoras durante un periodo de tiempo más largo. Son las situaciones en las que podría plantearse una negociación basada en intereses, con una mayor discusión de los presupuestos de hecho, y en la que cabe un mayor manejo de alternativas. En esta mediación un inspector de trabajo conocedor de técnicas de negociación y mediación, así como en lo posible del contexto de la empresa y el sector afectados, podría jugar un papel relevante.

Incluimos como ejemplos de supuestos para estas mediaciones preventivas algunos temas que han sido estudiados con algunas grandes empresas y expertos sindicales, como temas para formación de inspectores en entornos empresariales y destinados a un curso elaborado por el firmante y al final suspendido:

- Flexibilidad y *just in time*. Contratos a tiempo parcial.
- Flexibilidad: rotaciones y turnos; bolsas de trabajo.
- Conflictos en materia de beneficios complementarios.
- Pre-EREs.
- Externalizaciones/Internalizaciones.
- Subcontratas.
- Fusiones y grupos de empresas.
- Empresas de Trabajo Temporal.
- Estructuras y procesos de decisión en negociaciones.
- La mediación en el procedimiento del SIMA.

III. Despidos y suspensiones de carácter colectivo. Mediación e informe. Separación.

Según hemos tratado anteriormente, la legislación en vigor incluido su desarrollo puede suponer, si no se coordina, el entrecruce y confusión para los afectados, con diversas mediaciones con inspectores y otros técnicos en medio en un espacio temporal reducido.

Especialmente crítica resulta la entrada en el espacio temporal del periodo de consultas del inspector que va a hacer un informe preceptivo, que –aunque ahora no es elemento para la decisión, inexistente, de la autoridad laboral– sí es un componente del expediente que en caso de desacuerdo llegará a la jurisdicción. Ya hay sentencias que no es preciso citar aquí sobre la importancia del procedimiento en el periodo de consultas y la incidencia que tiene el contenido del informe de inspección para el fallo de una sentencia. Esta capacidad de

influencia no debiera ser utilizada como un elemento coactivo subyacente en un proceso mediador. Acotar cómo entra y qué hace el inspector informante en esa fase de consultas resulta esencial para las posibilidades de ser aceptada la mediación de la Inspección.

3.4.2. Desde el derecho sancionador

Consideramos ciertas tipificaciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Laboral y Social (LISOLS) como campo de mediación, teniendo presentes los conceptos de derecho necesario y de derechos fundamentales como límite a la mediación, al ser ésta un procedimiento que implica concesiones que son *ex lege* irrenunciables, dentro de esos derechos. Son supuestos de trasgresiones normativas con otra posible «forma de lograr su cumplimiento, alternativo pero no excluyente respecto a la sanción, buscando el objetivo de cumplimiento por la persuasión más que por la coacción».

Distinguimos la Inspección institución y los funcionarios inspectores, en una posición que requiere confianza de las partes y confidencialidad además de garantías.

Distinguimos también mediaciones formales regladas y mediaciones informales, pero sin elemento coactivo. Asumiendo siempre la voluntariedad y aceptación de partes.

Razones por las que puede ser más eficaz la mediación que la sanción:

- El concepto jurídico indeterminado que impregna la normativa de aplicación es campo de mediación y de inseguridad interpretativa.
- Algunas de las situaciones de hecho permiten una actuación de tipo diferente a la sancionadora que, dada la baja cuantía de la sanción establecida y las normas de aplicación, no tienen un efecto disuasorio directo.
- Un requerimiento de hacer, pactado el tiempo y forma de cumplimiento, podría considerarse como la forma en un acuerdo de mediación.

Transcribimos tipificaciones de la LISOLS para las que, en mi criterio, el objetivo de la inspección del cumplimiento normativo puede conseguirse a través de la función mediadora de un modo más eficiente, especialmente en situaciones que afectan a colectivos y en empresas grandes, donde el coste de la sanción calificada como grave (art.40.b de la Lisols) tiene un mínimo impacto económico, aunque lo pueda tener en imagen corporativa.

«Infracciones laborales.

- Artículo 7. Infracciones graves:
 - 7.2. La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva.
 - 7.5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y de 24 a 38 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 1270/1995).

Apartado 5 del artículo 7 redactado por el número dos del artículo decimocuarto de la Ley 12/2001 de 9 julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10 julio). Vigencia: 11 julio 2001.

- 7.6. La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, según lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 1270/1995).
- 7.7. La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.
- 7.8. La transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de crédito de horas retribuidas y locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tableros de anuncios, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos.
- 7.10. Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Ley 1270/1995), salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente.
- 7.11. El incumplimiento del deber de información a los trabajadores en los supuestos de contratas al que se refiere el artículo 42.3 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 1270/1995), así como del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecido en el artículo 44.7 del mismo texto legal.

Apartado 11 del artículo 7 introducido por el número dos del artículo decimocuarto de la Ley 12/2001, 9 julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10 julio). Vigencia: 11 julio 2001.

No disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 1270/1995), cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores.

- 7.12. Redactado por el artículo 14 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 30 diciembre). Vigencia: 31 diciembre 2006.
- 7.13. No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.

Apartado 13 del artículo 7 introducido por el apartado uno de la disposición adicional decimocuarta de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 marzo). Vigencia: 24 marzo 2007.

– Artículo 8. Infracciones muy graves:

- 8.6. La vulneración del derecho de asistencia y acceso a los centros de trabajo, en los términos establecidos por el artículo 9.1.c), de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (Ley 2063/1985), de quienes ostenten cargos electivos

a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas.

- 8.7. La transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores.
- 8.16. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido contenida en la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y en su reglamento de aplicación. Apartado 16 del artículo 8 introducido por el número 1 de la disposición adicional primera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE 19 octubre). Vigencia: 19 abril 2007.
- 8.17. No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responde a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley. Apartado 17 del artículo 8 introducido por el apartado dos de la disposición adicional decimocuarta de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 marzo). Vigencia: 24 marzo 2007».

Las situaciones anteriores, tipificadas como faltas, describen hechos y conductas a las que una metodología de mediación puede llevar a soluciones asumidas voluntariamente. En ellas serían de aplicación las técnicas mediadoras, la indagación de motivaciones y necesidades y la posibilidad de acuerdos.

3.5. Modificaciones derivadas de la mediación en procesos de denuncia, de oficio y de iniciativa

Parece conveniente si no necesario introducir modificaciones en el reglamento del procedimiento, actualmente el RD 928/1998, que permitan:

- Iniciar la actividad mediadora con la conformidad de ambas partes, no solamente de la que haya iniciado el procedimiento por la vía de la denuncia el trabajador o sus representantes.
- Determinar si el inicio de una solicitud mediadora paraliza por sí misma un procedimiento ya iniciado por terceros y que pudiera dar lugar a una sanción.
- Decidir la relación previa y posterior del inspector con la empresa en que haga la mediación. Parece conveniente una separación.

Dados los procesos de transferencias a algunas Comunidades Autónomas de las actuaciones de inspección, además de las competencias generalizadas de ejecución en política laboral, es totalmente necesaria la coherencia en el desarrollo normativo de la función mediadora por los inspectores de trabajo y seguridad social.

3.6. Tipos de mediación y posibles roles de la Inspección de Trabajo

Cabe establecer una tipología de mediaciones en las que el papel y efectos de la intervención de la inspección de trabajo es diferente:

- Mediaciones preventivas, antes de declararse el conflicto formal.
- Mediaciones alternativas a un procedimiento de exigibilidad de cumplimiento.
- Mediaciones previstas en los procedimientos de autoregulación (ASAC V).
- Mediaciones en periodos de consultas formalizados y sometidos a plazo en la legislación.
- Mediaciones preventivas, antes de declararse el conflicto formal.

El concepto de mediación preventiva, acuñado clásicamente para la actuación antes de la presentación formal del conflicto ante el organismo correspondiente, resulta de plena aplicación para mediaciones que pudiera llevar a cabo la Inspección de Trabajo. Para precisar normativamente más, son inspectores de trabajo realizando funciones de mediación, con el objeto de contribuir al adecuado cumplimiento de las normas laborales. El *trabajo de campo* que constituye la visita a las empresas y el contacto con gestores y representantes sindicales, unido a la experiencia profesional del inspector, permiten poder detectar situaciones en las que, de encontrarse la diferencia de posiciones de las partes, se llegase a un conflicto de intereses abierto. En estas circunstancias el órgano de la inspección competente, informado de la situación por el inspector conocedor de la misma, podría ofrecer la mediación de un inspector especializado que las partes eligiesen de una lista. Resulta conveniente que el inspector actuante en la mediación no fuese el inspector que, en un futuro, pudiera actuar en funciones de exigencia del cumplimiento, con la posibilidad imposición de sanciones. Las partes deberían recibir una garantía de confidencialidad sobre las materias conocidas en el desarrollo del proceso mediador que evitara su posible utilización posterior. La formación del inspector en técnicas de mediación y el mejor conocimiento posible del entorno y condiciones en que se produce la diferencia de posiciones entre las partes favorecerán el resultado de esta función mediadora.

Dicho lo anterior no encontramos obstáculo normativo a una mediación preventiva realizada por un profesional independiente, de otra procedencia que sea aceptada por ambas partes. Al igual que en los arbitrajes o en las mediaciones unipersonales del modelo ASAC, no hay otra limitación que la aceptación de ambas partes.

Mediaciones alternativas a un procedimiento de exigibilidad de cumplimiento.

Este tipo de mediación por su vinculación a la exigibilidad de cumplimiento sería típica de las actuaciones de la inspección y excluyente de otras. Estos supuestos requerirían desde el principio que las partes conocieran y aceptaran el procedimiento de actuación mediadora como procedimiento separado, pues lo contrario, que una actuación de mediación pudiera convertirse en una actuación sancionadora por el mismo u otro inspector, constituiría un sistema de coacción bien ajeno a la voluntariedad que pervertiría la función de mediador.

Si la actuación se produjera a raíz de una denuncia requeriría la aceptación por ambas partes afectadas de la conversión de este procedimiento en mediación. En cuanto a los contenidos, según comentamos, dejando fuera los aspectos de tutela de derechos fundamentales como tales no susceptibles de transacción, un análisis de la LISOLS permite encontrar tipificaciones de infracciones que tienen detrás hechos y conflictos de intereses

susceptibles de mediación. Por citar un ejemplo in extenso los supuestos de jornada, salarios y modificaciones sustanciales en general antes de su formalización.

Mediaciones previstas en los procedimientos de autoregulación (ASAC V).

Estas mediaciones, señaladas y previstas en el artículo cuarto del ASAC, se realizan de acuerdo con sus procedimientos y, recordamos, por los mediadores incluidos en sus listas y designados uno por cada parte, donde hay numerosos inspectores de trabajo que actúan, o bien podrían serlo como mediador único. En ambos casos cabe la inclusión de un profesional de la inspección de trabajo, si bien en estos casos claramente no actúa como tal y está sometido a procedimientos y reglas de confidencialidad de un mediador, sin ejercer la condición de inspector.

Mediaciones en periodos de consultas, cuando las partes dan por terminados estos períodos formalizados y sometidos a plazo en la legislación.

Estos supuestos, especialmente en los supuestos de extinción suspensión y reducción de contratos, son el campo de la confluencia de mediadores a propuesta de la autoridad laboral, a iniciativa de la inspección de trabajo y por qué no, ofrecidas por mediadores independientes, siempre que fueran aceptados por las partes. Es el supuesto al que antes nos referimos como del «camarote de los hermanos Marx» en el que la autoridad laboral y el mediador que vaya a actuar deben ser especialmente cuidadosos para evitar situaciones de injerencia y de interferencia que pudieran incluso anular en otra instancia esa mediación. Son, por otra parte, mediaciones sometidas a un plazo real tan perentorio que hace muy difícil ir más allá de un acto formal.

3.7. Efectos jurídicos de la mediación con la intervención inspectora

La diferencia entre mediación y arbitraje es importante y conocida en cuanto a la fuente u origen de sus efectos. El arbitraje es un acto de tercero con efectos por sí mismos. La mediación es la intervención en la decisión de unas partes que realizan un determinado acuerdo facilitado o a propuesta del mediador. La naturaleza y el efecto es, por tanto, la del acto jurídico en que esa mediación se inscribe, sea un convenio colectivo u otra fórmula. En los supuestos de mediaciones reguladas en un acuerdo, como es el caso del ASAC, su naturaleza la define su propio artículo 11, en cuanto a la eficacia de las soluciones alcanzadas y el artículo 16, que asimila el acuerdo de la mediación al acuerdo pactado tras el período de consultas o al convenio colectivo, remitiéndose a la jurisdicción social para su ejecutividad e impugnación

En las mediaciones preventivas realizadas con acuerdo por un inspector en función de mediador la eficacia será la del acto jurídico, sea convenio o pacto, en que se inscriban.

En mediaciones iniciadas a raíz de denuncia de un ilícito laboral, si se llega a un acuerdo conforme derecho será también la naturaleza del acuerdo la que prime. Otra cuestión será valorar la fuerza probatoria que ganase con la firma del mediador inspector. Habrá que valorar, también, el efecto de precedente en caso de denuncia de su incumplimiento: si se incumple lo acordado, ¿jugaría el principio del *non bis in idem*?

4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES OPERATIVAS

En la parte general de este trabajo hemos descrito, de la mano de reputados autores y en un plano general, los contenidos de la mediación y la necesidad de su carácter voluntario y confidencial dentro del requisito de la voluntariedad.

En la segunda parte, centrada en la situación española, revisamos los niveles en los que la mediación se realiza y el impulso que, a partir de una reforma laboral esencialmente desreguladora de la intervención administrativa, podría tener una mediación propiciada desde la administración y ejercida por unos funcionarios, los inspectores de trabajo, identificados con un objetivo de cumplimiento normativo.

Para que la inspección encuentre su función social o –en otros términos– su nicho de mercado en el campo de la mediación no debe renunciar a su *objetivo* de cumplimiento normativo, ni tiene que dejar de ejercer *funciones* de exigencia de cumplimiento. La mediación puede ser una vía poco explorada para el objetivo de cumplimiento y para un mayor contenido y aprovechamiento del conocimiento técnico y del entorno de los inspectores.

Para el éxito de la mediación desde la inspección quedan numerosas tareas pendientes: tareas de clarificación normativa, tareas de delimitación de funciones, de garantías, de descripción de contenidos mediadores, tipo y tareas de formación especializada para los funcionarios que vayan a ejecutarlas.

Teniendo en cuenta que la función de mediación no es en absoluto exclusiva sino que es expresamente atribuida por pacto social a servicios de mediación y arbitraje creados por las partes, como oferta de servicios desde la inspección de trabajo tiene que evitar la apariencia de una injerencia y, a su vez, tiene que ofrecer garantías a las partes de que las funciones de mediación y la información derivada de las mismas no se mezclan con funciones de exigencia normativa.

La oferta de un servicio de mediación por parte de la inspección supone en cierta manera una reinversión de la inspección, aunque esté en su normativa desde el origen. Requiere una operación de explicación hacia fuera a los perceptores de este servicio y hacia dentro hacia la propia cultura de los inspectores. Tareas de información y tareas de formación que no son ejecutables solamente en el corto plazo y que precisan una continuidad de acciones y de criterios. La implicación y participación de las empresas y de los representantes de los trabajadores es importante para el buen fin de este cometido, para un mejor conocimiento mutuo y para una recíproca aportación en materia de contenidos y de saber cómo ejecutarlos. Una tarea que para dar la máxima seguridad y garantías requiere pequeños cambios en la Ley de la Inspección, contando con el calendario legislativo y requiere cambios en la formación y la organización del sistema de la inspección, no solamente con cambios en la normativa, sino en la cultura de actuación de los propios inspectores.

Una tarea que merece el esfuerzo que se dedique.

Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. FUENTES DE DERECHO COMUNITARIO.

- A) **Ley aplicable al contrato de trabajo.**
- B) **Alcance de las reglas comunitarias de no discriminación.**

2. LEY Y CONVENIO COLECTIVO.

- A) **Superioridad de la ley (I): ultraactividad de los convenios colectivos.**
- B) **Superioridad de la ley (II): limitaciones y restricciones presupuestarias.**

3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES.

- A) **Irretroactividad de las normas laborales.**
- B) **Absorción y compensación salarial.**

4. VIGENCIA Y APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.

- A) **Convenios colectivos: ámbito de aplicación.**
- B) **Convenio aplicable en sucesiones de empresas.**
- C) **Convenios de sector y de empresa: asignación de materias.**
- D) **Vigencia del convenio colectivo: limitación de la ultraactividad.**

5. CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.

- A) **Prioridad aplicativa del convenio de empresa.**
- B) **Convenios colectivos estatutarios y acuerdos de descuelgue en la empresa.**

6. AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DERECHO DEL TRABAJO.

- A) **Finiquito.**
- B) **Condición más beneficiosa.**

7. SENTENCIAS CON EFECTOS GENERALES O VALOR NORMATIVO.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 7, 8 y 9 de 2013 de la Revista de Información Laboral.

1. FUENTES DE DERECHO COMUNITARIO

A) Ley aplicable al contrato de trabajo

En relación al caso de una trabajadora de nacionalidad holandesa, que estuvo prestando servicios para una empresa alemana en Holanda, y también en Alemania, y en el que se plantea la cuestión de determinar el derecho aplicable, resuelve la **STJUE de 12 de septiembre de 2013, IL J 881/2013**, que debe aplicarse la ley alemana por ser esta la ley con la que el contrato presenta conexiones más estrechas. Partiendo de que el contrato no contenía cláusula ninguna de determinación de la ley aplicable, y aun cuando la trabajadora había prestado la mayor parte de sus servicios en Holanda –de manera duradera e ininterrumpida–, la sentencia da prioridad a la aplicación del ordenamiento con el que el contrato presenta conexiones más estrechas frente al que en principio correspondería de acuerdo con el criterio de la *lex loci laboris*.

Planteada en efecto la cuestión del modo de interpretar el artículo 6, apartado 2, última frase, del Convenio de Roma de 1980, que permite no aplicar la ley que de otro modo se consideraría aplicable en virtud de los criterios de vinculación previstos expresamente por el artículo 6, apartado 2, letras a) y b), de dicho Convenio, resuelve la sentencia que aun cuando el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de la citada disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país. En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos. Entre estas conexiones más estrechas la sentencia destaca el país en el que el trabajador asalariado paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez.

B) Alcance de las reglas comunitarias de no discriminación

Resuelve la **TJUE de 12 de septiembre de 2013, IL J 882/2013**, una cuestión prejudicial planteada desde Austria a propósito de un caso en el que se dudaba de la aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Se trata concretamente de una trabajadora con un contrato de trabajo temporal celebrado antes de la entrada de Austria en la UE y que, incorporando la normativa austriaca, estipula su término con la llegada de la edad de jubilación, que es de 60 años para las mujeres y 65 para los hombres, teniendo efecto la misma cuando ya son de aplicación a Austria las normas comunitarias de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y específicamente la Directiva causante de la cuestión prejudicial.

La cuestión planteada es el alcance de las normas comunitarias de no discriminación –el ámbito de aplicación temporal y material de la Directiva 76/207– especificada respecto de un contrato de trabajo celebrado antes de la adhesión de la República de Austria a la Unión Europea, pero que llegará a su término con posterioridad a la adhesión, y que obliga a confrontar los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima de los contratantes con el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo. La sentencia resuelve que el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, compuesta de una reglamentación laboral que forma parte integrante de un contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la adhesión a la Unión Europea del Estado miembro en cuestión, reglamentación que prevé que la relación laboral se extinguirá cuando se alcance la edad de jubilación –que difiere en función del sexo del trabajador–, es constitutiva de una discriminación directa prohibida por la citada Directiva cuando el trabajador de que se trate llegue a la edad de jubilación en una fecha posterior a la mencionada adhesión a la Unión.

2. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

A) Superioridad de la ley (I): ultraactividad de los convenios colectivos

Dictada en un caso en que se estudiaba el alcance de las cláusulas de ultraactividad de los convenios colectivos en el contexto de las nuevas reglas del artículo 86.3 ET, se pronuncia la **SAN de 23 de julio de 2013**, IL J 789/2013, aunque *obiter dicta*, sobre el sometimiento jerárquico del convenio colectivo a las leyes. Nos recuerda esta sentencia que «el principio de jerarquía normativa» determina que «una vez entrada en vigor la norma (ley o reglamento) los convenios colectivos han de ajustarse a la misma, con independencia de que existieran con anterioridad o no». La sentencia cita como precedentes de esta doctrina la SAN de 10 de septiembre de 2012, y la STS de 20 de diciembre de 2007, que proclamó «la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible» y que «en aras del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada». Igualmente, nos recuerda que el Tribunal Constitucional mantuvo originalmente esta tesis en su sentencia 58/1985, al decir que «la negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y convertir lo negocial en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera; no puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la ley así lo autorice, flexibilizando sus mandados».

B) Superioridad de la ley (II): limitaciones y restricciones presupuestarias

El sometimiento jerárquico del convenio colectivo a la ley –estatal y autonómica– determina en la **STS de 27 de mayo de 2013**, IL J 762/2013, la licitud de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, por la que se suspende temporalmente el régimen de mejoras voluntarias de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes establecidas en un convenio colectivo de trabajadores de la Administración pública. Dice la sentencia que sobre el efecto que una nueva norma legal puede tener sobre los convenios colectivos vigentes en el momento de su entrada en vigor, ya se ha resuelto, recogiendo los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional, que «lo acordado con fuerza vinculante en la negociación colectiva puede ser modificado por ley posterior y ello porque del artículo 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990), ya que es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (SSTC 177/1988, 171/1989, 92/1994 y 62/2001). Así se ha declarado en relación con la reducción salarial producida en virtud de leyes autonómicas (STS 20 de abril –rec. 219/2011–, 17 de mayo –rec. 252/2011–, 22 de mayo –rec. 212/2011–, y 4 de diciembre de 2012 –rec. 232/2011–, entre otras).

Según la sentencia, la supresión de las mejoras voluntarias no es más que la expresión de un mandato legal que impone una alteración del convenio colectivo del que nacía la mejora, lo que debe considerarse lícito como consecuencia de la primacía de la ley sobre el convenio colectivo, máxime cuando, como en el caso, no existe además una conducta empresarial que contravenga lo dispuesto en el artículo 192 LGSS. A lo dicho no cabe oponer el hecho de que en este caso la empleadora sea la Comunidad de Madrid, pues tal circunstancia no merma la capacidad legislativa de la Asamblea ni la competencia de la Comunidad Autónoma para legislar en materia presupuestaria, ámbito en el que se promulga la Ley 6/2011. Las mejoras de la Seguridad Social no forman parte del sistema de las prestaciones integradas en la legislación básica de la Seguridad Social, pues los preceptos de la LGSS ya citados configuran el régimen de creación y desarrollo de este tipo de beneficios en el marco de la autonomía de la voluntad, siendo la voluntariedad la nota característica esencial de las mismas.

Algo similar viene a decirse en la **SAN de 28 de junio de 2013**, IL J 802/2013, dictada ahora a propósito de la deducción de la paga extraordinaria realizada en una Sociedad mercantil pública en virtud del RD Ley 20/2012. Resuelve la sentencia que la deducción de la citada paga extraordinaria es obligada por establecerlo así una norma con rango de ley, que prima sobre el convenio colectivo, con la salvedad –ciertamente– de lo que afecte a la parte proporcional ya devengada al entrar en vigor la citada norma legal. Para idénticos casos, se pronuncian en el mismo sentido las sentencias de la Audiencia Nacional de **28 de junio de 2013**, IL J 804 2013, IL J 806/2013 e IL J 807/2013.

Con base en el principio de jerarquía normativa, y concretamente el sometimiento del convenio colectivo a las leyes, aun cuando hayan sido aprobadas posteriormente, la **STS de 16 de julio de 2013**, IL J 908/2013, declara también lícita la reducción salarial del personal no directivo de una empresa constituida con capital social público («Aparkabisa

Bizkaiko Garraio Gunea A.B. Centro de Transportes de Bizkaia, SA») decretada en el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, y la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Euskadi para 2010, modificada por la Ley 3/2010, de 24 de junio.

3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES

A) Irretroactividad de las normas laborales

Aplicando la regla general de que las leyes laborales no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario –en función de lo que pueda establecerse a través de las previsiones de derecho transitorio de la ley posterior–, resuelve la **STS de 12 de junio de 2013**, IL J 861/2013, que una modificación sustancial de condiciones de trabajo cuyo objeto es la reducción del salario de los trabajadores no es posible cuando la misma ha tenido lugar antes del Real Decreto-Ley 3/2012, pues sólo tras la entrada en vigor de esta norma (y la posterior Ley 3/2012) es posible canalizar a través de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo una rebaja salarial, ya que hasta ese momento sólo cabía llevar a cabo una modificación de la estructura salarial.

Dice la sentencia que la cuestión ha sido directamente abordada en la STS de 5 de junio de 2012, según la cual la interpretación de lo que deba entenderse por «sistema de remuneración» en el texto estatutario vigente antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, puede abordarse a través de las tres vías hermenéuticas habituales, la literal, la sistemática y la histórica. Literalmente, «sistema de remuneración» no equivale a «cuantía de la remuneración». Y desde el punto de vista tanto histórico como sistemático, cuando el legislador quiso autorizar la posibilidad de disminuir la cuantía salarial lo hizo introduciendo un nuevo mecanismo, el del descuelgue salarial, completamente distinto y con requisitos más rigurosos que los de la modificación sustancial. Y, en fin, cuando más recientemente ha decidido abrir la posibilidad de alterar la cuantía salarial mediante el procedimiento del artículo 41 ET, lo ha hecho a través del Real Decreto-ley 3/2012 citado, añadiendo en el artículo 41.1.d) las palabras «y cuantía salarial» a las ya existentes anteriormente «sistema de remuneración», prueba inequívoca de que son dos cosas diferentes y de que para que la modificación de la cuantía salarial fuera posible por la vía del artículo 41 ET ha sido necesaria una modificación legislativa que no se hallaba en vigor antes.

B) Absorción y compensación salarial

Sobre la absorción y compensación de salarios se pronuncia la **STS de 25 de junio de 2013**, IL J 843/2013. Nos recuerda esta sentencia que es doctrina reiterada en esta materia que el fenómeno de la absorción y compensación es una figura con tradición muy arraigada en Derecho [figuró en antiguas Ordenanzas Laborales y –desde 1963– en los sucesivos Decretos reguladores del SMI] que se caracteriza por su objetivo de evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de manera que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede así neutralizado por cualquier otro incremento

con origen en fuente distinta. O lo que es igual, que la absorción y compensación juegan –en principio– cuando se establece un cuadro nuevo de retribuciones, en virtud de acto normativo o convencional, pues se necesita de la existencia de dos situaciones que permitan la comparación y que con carácter general el TS ha entendido que normalmente la solución del caso ha de estar casuísticamente ajustada a cada situación de hecho, y que no siempre es fácil extraer una doctrina universal con la que puedan resolverse todos los supuestos. Ello no es obstáculo en cualquier caso para afirmar que la compensación que autoriza el artículo 26.5 ET es siempre posible en términos generales, salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula. Según la sentencia, la doctrina está bien sintetizada en la STS de 14 de abril de 2010, según la cual: «1) la compensación y absorción debe operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad; 2) esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras, superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 3) las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas las remuneraciones salariales implicadas; 4) la absorción y compensación no rige en principio entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquéllos que se ligan al puesto de trabajo».

La exigencia de homogeneidad, dice la sentencia, se ha relativizado de todas formas en algunos supuestos, como ha sido en el de los conceptos retributivos antigüedad y salario base (SSTS 18/07/96 –rcud 2724/95–; 26/03/04 –rco 135/03–; y 06/03/07 –rcud 5293/05–), habiéndose sostenido en este sentido que «la exigencia de homogeneidad, al menos cuando se trata... de remuneraciones complejas, debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si... ello no supone disponer de ningún derecho necesario de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» (así, STS 29/09/08 –rcud 2255/07–). Con ello, parece apuntarse al paso desde una exigencia de estricta homogeneidad a la de posible neutralización entre conceptos que por genéricos –no determinados por condiciones de trabajo singulares u obligaciones adicionales del trabajador– resulten homogeneizables».

Precisamente esto es lo que decide la sentencia que nos ocupa, que viene a determinar que un complemento *ad personam* definido como no compensable en el acuerdo colectivo que lo reconoce no es susceptible de compensación y absorción durante el periodo de vigencia del referido acuerdo. En efecto, dice la sentencia que de la lectura de las cláusulas contenidas en los acuerdos suscritos entre la representación de los trabajadores y la empresa en fechas 8-10-2004 y 23-02-2006 resulta que los referidos pluses no serán compensables ni absorbibles durante la vigencia del Pacto extraestatutario que los reconoce. Tal específica previsión impide que opere la compensación y absorción pues, si bien la misma es siempre posible en términos generales, a tenor del artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores, no puede operar –dice la sentencia– «si uno de los conceptos retributivos es inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula, supuesto éste último que es el que concurre en el asunto examinado».

4. VIGENCIA Y APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Convenios colectivos: ámbito de aplicación

Dice la **STS de 18 de junio de 2013**, IL J 858/2013, que el incremento salarial previsto en un convenio colectivo no resulta de aplicación al personal fuera del mismo, particularmente cuando se trata de trabajadores retribuidos con una estructura salarial específica regulada en el contrato y que disfrutaban de una remuneración cuantitativamente superior a la de los afectados por la regulación colectiva. Así se resuelve concretamente en relación a una trabajadora que venía prestando servicios en el Gabinete de Seguridad de la AEAT de la Delegación Especial de Andalucía con la categoría profesional de jefe regional de seguridad, cuyas condiciones de trabajo venían determinadas en su contrato, y respecto de la que el convenio colectivo sólo se declaraba aplicable por remisión desde el contrato o con carácter supletorio, cuando la cuestión no estuviera adecuadamente regulada en el acuerdo individual. Dice la sentencia que estando excluido de la aplicación de la norma colectiva con carácter general el «personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de Convenio» [artículo 1.3.3.º V Convenio Colectivo AEAT], y habiéndose establecido en el contrato un régimen retributivo específico y superior al de todo el personal laboral de la AEAT [cláusula cuarta], el hecho de que igualmente se hubiese pactado la aplicación del Convenio Colectivo y del Estatuto de los Trabajadores «en todo lo que no se contemple en las estipulaciones de este contrato», en manera alguna puede amparar que la trabajadora extra-convenio pueda beneficiarse de una mejora retributiva adicional [por encima de las previsiones de los PGE para los empleados públicos] y cuya justificación no parece que haya de concurrir en quien goza de una estructura salarial específica y disfruta de una remuneración cuantitativamente superior a la de todos los afectados por la regulación colectiva, con lo que la pretensión de la recurrente parece responder más bien a la técnica del «espiguelo», consistente en acoger las condiciones más favorables de los distintos ordenamientos en liza, y cuyo rechazo impone la consideración de que la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia.

Según la **TJUE de 18 de julio de 2013**, IL J 880/2013, dictada en una cuestión prejudicial procedente del Reino Unido a propósito del convenio aplicable en transmisiones de empresa, no es posible extender las condiciones del convenio colectivo de la empresa cedente a la empresa cesionaria cuando aquellas son susceptibles de determinación dinámica –y por tanto variantes– y la nueva empresa no ha tenido ocasión o cauce ninguno para participar en las referidas modificaciones del convenio de la empresa cedente. Como es sabido, en el ordenamiento británico los convenios colectivos valen en virtud de la remisión que se haga a los mismos desde los contratos de trabajo –no tienen fuerza vinculante por sí mismos– y es frecuente que los contratos contengan «cláusulas de remisión dinámica», que suponen que los contratantes no asumen sólo el contenido del convenio vigente en el momento de concertar el contrato sino todas las modificaciones que el convenio experimente con posterioridad. Pues bien, la sentencia que reseñamos resuelve que en supuestos de transmisión de empresa las referidas cláusulas de remisión dinámica no pueden comportar que la empresa cesionaria tenga que aceptar las nuevas condiciones de trabajo que advengan de la modificación del convenio colectivo de la empresa cedente si no puede participar en su negociación.

Dice en efecto la sentencia que el artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, que es la norma que obliga a la empresa cesionaria a mantener el convenio en transmisiones de empresas, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca, en el caso de una transmisión de empresa, que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión podrán hacerse valer frente al cesionario cuando éste no tenga la posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios colectivos celebrados después de la transmisión.

B) Convenio aplicable en sucesiones de empresas

Sobre la cuestión del convenio aplicable en transmisiones de empresas, dice la **SAN de 14 de junio de 2013**, IL J 894/2013, que lo que la empresa subrogada debe respetar tras la sucesión es el convenio de la empresa cedente, pero no los eventuales acuerdos que, justo antes de la transmisión, la cedente haya adoptado con sus representantes. Particularmente sucede así cuando, como en el caso, los referidos acuerdos no establecen en ninguna de sus estipulaciones que sustituirán lo pactado en el convenio colectivo, tratándose, por el contrario, de acuerdos de garantías, asumidos por la empresa cedente en las comunicaciones individuales de subrogación, y por los que las partes deciden contractualizar esencialmente los derechos que los trabajadores disfrutaban en la empresa y el convenio de origen con una finalidad clara: que al entrar en vigor el nuevo convenio sectorial se respeten básicamente los citados derechos.

C) Convenios de sector y de empresa: asignación de materias

Como es sabido, la legislación vigente distingue en muchas ocasiones entre convenios de empresa y convenios de sector a la hora de remitir a los mismos determinados cometidos de regulación. En la mayor parte de los casos, la distinción opera además buscando el efecto de habilitar a los convenios de sector con poderes que no se reconocen a los convenios de empresa. Eventualmente, puede suceder también lo contrario. Así queda de manifiesto en la **STS de 18 de junio de 2013**, IL J 854/2013, dictada en relación a la posibilidad de establecer la jubilación parcial de trabajadores con 60 años de edad en los términos a los que se refiere la DT 2ª del RDL 8/2010. Efectivamente, la referida sentencia establece que en el marco transitorio recogido en esta previsión la jubilación parcial solo puede solicitarse al amparo de compromisos recogidos en un convenio o acuerdo de empresa, y no en convenio colectivo sectorial.

Dice la sentencia que el RD Ley 8/2010 viene a establecer un ámbito más reducido, para la aplicación del beneficio de reducción de edad, que el previsto anteriormente en el apartado 5 de la Disposición Transitoria 17ª de la LGSS, que se refiere a los «convenios y acuerdos colectivos», sin circunscribirlas al ámbito empresarial. Y además apunta que la interpretación finalista del precepto conduce a la misma conclusión, toda vez que «otra interpretación nos llevaría al absurdo, puesto que si la norma se refiere a todo tipo de

Convenios como sostiene el recurrente y la sentencia de contraste, la reforma operada no tendría mucha razón de ser. El Real Decreto-Ley 8/2010 no olvidemos que es un Decreto por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y precisamente de lo que trata con la nueva regulación de la jubilación parcial es precisamente su restricción. Si la Ley ha decidido que sólo puedan optar a la jubilación parcial aquellos trabajadores de 60 años cuyos convenios o acuerdos de empresa sí lo recojan, no es por hacer de peor condición un convenio respecto de un acuerdo de empresa, sino entendemos que responde a cálculos económicos elaborados por la Administración de la Seguridad Social».

D) Vigencia del convenio colectivo: limitación de la ultraactividad

Trata la **SAN de 23 de julio de 2013**, IL J 789/2013, del régimen de vigencia del convenio colectivo una vez que, llegado el término pactado, el mismo haya sido objeto de denuncia. Esta cuestión se regula actualmente en el artículo 86.3 ET a través de dos reglas complementarias, una preferente y otra subsidiaria. La regla de aplicación preferente determina que «la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio». La regla de aplicación subsidiaria dispone, para el caso de inexistencia de tal previsión, que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario (de nuevo), vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

La duda se plantea no en relación a los convenios colectivos elaborados tras la Reforma Laboral de 2012 –que es la que incorpora estas nuevas reglas en la legislación laboral–, en la medida en la las cláusulas de vigencia post-denuncia que puedan establecer se han realizado estando ya vigentes –y cabe presumir que conociendo– los cruciales efectos de establecer o no establecer tales cláusulas, sino en relación a los convenios que incorporaban las referidas cláusulas con anterioridad, cuando la estipulación de las mismas no determinaba apartar –porque no existía– el drástico efecto de un periodo de vigencia máxima de un año a cuyo término tendrá lugar la aplicación del convenio de ámbito superior, si es que lo hubiera. Efectivamente, la cuestión planteada en la sentencia que se reseña es si las cláusulas de vigencia convencional post-denuncia de convenios anteriores, en atención a las referidas circunstancias, deben interpretarse como teniendo fuerza –o no– para neutralizar el efecto de limitación de la vigencia del convenio denunciado a un periodo máximo de un año, a cuyo término será de aplicación el convenio de ámbito superior si lo hubiera.

A propósito concretamente del III Convenio Colectivo de Air Nostrum, L.M.A, SA, denunciado en 2010 –mucho antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012–, y que venía rigiendo desde entonces en virtud de una cláusula de ultraactividad que permitía el funcionamiento del mismo sin límite temporal, dice la SAN de 23 de julio de 2013 que debe mantenerse la vigencia del convenio y evitarse la aplicación del de ámbito superior, toda vez que existe en el convenio colectivo un pacto sobre su vigencia una vez denunciado que la extiende hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que lo sustituya y esta cláusula de ultraactividad es realmente el «pacto en contrario» al que alude el nuevo artículo 86.3 ET para evitar el fin de efectos del convenio al término del periodo de un año. Dice la

sentencia que «artículo 86.3 ET no establece una disposición de carácter imperativo –con independencia del valor de orden público de su contenido–, sino que expresamente otorga primacía a la autonomía colectiva» y que la norma al mencionar el «pacto en contrario» que impide que entre en juego la regla legal subsidiaria no adjetiva tal pacto de ninguna manera, no específicamente en función del momento de su conclusión, por lo que, derivando el referido pacto del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente reconocida, no puede ser interpretado con mayor restricción que la regla que el propio legislador proponga expresamente.

Viene a decir la sentencia que lo importante es que la cláusula convencional exprese la voluntad de los negociadores de querer el mantenimiento de la vigencia del convenio (*simpliciter*), y no de mantenerla en uno u otro contexto, en función de cuáles sean los efectos de su mantenimiento (*secundum quid*), pues, «tanto si la ultraactividad pactada se ajustaba a la regla subsidiaria o se separaba de aquélla, los negociadores estaban ejercitando la posibilidad de disponer sobre la materia, en el sentido que fuera, de modo que no cabe entender que el consentimiento haya quedado invalidado por un cambio en el régimen que, tanto antes como ahora, opera sólo por defecto; la posibilidad de limitar la ultraactividad a un año siempre ha estado disponible para las partes, y escogieron no establecerla, por lo que mal puede decirse que no era su voluntad desplazar el régimen de ultraactividad anual que el legislador ahora propone de modo subsidiario». Debe darse en consecuencia valor al pacto contenido en el convenio, en el que, teniendo las partes a su alcance la posibilidad de limitar su ultraactividad, «expresamente indicaron que, una vez denunciado y finalizado el periodo de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerían vigentes las cláusulas normativas hasta tanto no se produjera la entrada en vigor del convenio que hubiera de sustituir al presente. Eso es lo que las partes han establecido, con el beneplácito de un régimen legal que sólo ha alterado la regla subsidiaria».

5. CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

A) Prioridad aplicativa del convenio de empresa

Sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio de sector anterior y el carácter imperativo con el que, para las materias en las que opera, aparece actualmente formulada esta regla en el artículo 84.2 ET –prohibición de que el convenio de sector bloquee desde arriba la prioridad del convenio de empresa– se pronuncia la **SAN de 31 de mayo de 2013, IL J 718/2013**. Partiendo de esta regla, la sentencia dice que el artículo 84.2 ET no limita ni impide que los convenios colectivos sectoriales puedan fijar salarios mínimos, así como establecer cláusulas de revisión salarial para los mismos, ni introduce ningún impedimento para que la cuantificación de las revisiones salariales se realice funcionalmente por las comisiones paritarias, siempre que no introduzcan negociaciones o aspectos no contenidos en el convenio, porque el papel tradicional de los convenios colectivos, especialmente de los convenios sectoriales y en particular los convenios provinciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.1 ET, es la regulación de los salarios, puesto que esos convenios afectan a la inmensa mayoría de nuestras empresas, quienes ni tienen, ni tendrán, convenios de empresa, por la sencilla razón de que no tienen trabajado-

res suficientes como para elegir representantes de los trabajadores. Y aclara que lo que sí impone el artículo 84.2 ET es que si se negocia un convenio de empresa durante la vigencia del convenio sectorial, lo que podrá hacerse en cualquier momento de la vigencia del convenio sectorial, el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa sobre el sectorial en las materias listadas en el artículo citado, entre las que se encuentra la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. No se impide por tanto que el convenio de sector establezca en su ámbito condiciones mínimas de trabajo, sino sólo que éstas dejarán de operar en las empresas en que se apruebe un convenio con otras reglas.

B) Convenios colectivos estatutarios y acuerdos de descuelgue en la empresa

Sobre la el modo actual de articulación de los convenios colectivos estatutarios y los acuerdos de descuelgue de condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa se pronuncia la **STS de 27 de mayo de 2013**, IL J 761/2013. En relación a unos acuerdos de empresa adoptados una vez entrado en vigor el RD Ley 3/2012, que establece el régimen vigente del descuelgue, por los que se modificaba la forma de disfrute de las vacaciones establecida en el convenio colectivo de aplicación, dice la sentencia que los referidos acuerdos pueden modificar el régimen convencional de las vacaciones pues no se exige actualmente que la modificación de las condiciones previstas en convenio colectivo tenga necesariamente que llevarse a cabo con las formalidades y trámites necesarios para la aprobación del mismo, pues se trata de modificaciones que pueden tramitarse actualmente mediante la vía del descuelgue del art 82.3 ET (artículo 41.6 ET).

Partiendo de esta base, dice la sentencia que las cuestiones suscitadas son tres: (1) si la fijación de las vacaciones es materia comprendida en el elenco efectuado por el nuevo artículo 82.3 ET; (2) si se han observado las formalidades –periodo de consultas– previstas por la norma; y (3) si concurre causa legitimadora para la modificación llevada a cabo.

Respecto a la primera cuestión responde que, aunque la redacción estatutaria de los artículos 41.2 y 82.3 ET difiere al referir la enumeración de condiciones de trabajo modificables, pues en tanto la primera contiene la expresión «entre otras» que no figura en la segunda, debe darse una respuesta afirmativa, y ello por tres razones: primero, porque carecería de sentido que la misma cuestión –vacacional– no fuese susceptible de acuerdo alguno por el hecho de estar regulada en el convenio colectivo y que sí puedan serlo otras materias de importancia cuando menos similar [jornada de trabajo, horario y retribución]; segundo, porque, aunque literalmente no se haga referencia expresa a ello, la cuestión está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, habida cuenta de que –interpretación sistemática– el tratamiento legal, como el doctrinal, de las vacaciones se hace dentro del apartado del «tiempo de trabajo» [sección quinta del capítulo II del ET], que en concreto trata de la jornada [artículo 34], horas extraordinarias [artículo 35], trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo [artículo 36], descanso semanal, fiestas y permisos [artículo 37] y vacaciones anuales [artículo 38], por lo que nada más lógico que entender implícitamente incluido el descanso anual entre aquellos conceptos expresamente susceptibles de modificación –lógicamente, con respeto a los mínimos de derecho necesario– por singular acuerdo colectivo [jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo]; tercero, porque esta

interpretación es la más ajustada a la finalidad de la norma [a la que alude el preámbulo del RD-Ley 3/2012.

Respecto a la segunda cuestión –si se han observado las formalidades del periodo de consultas previstas por la norma– dice la sentencia que sí, al haber tenido lugar las consultas en los términos legalmente exigidos (sujetos legitimados, negociaciones, reglas de adopción de acuerdos, etc). Y la misma respuesta se da en relación a la tercera cuestión, relativa a la causa legitimadora para la modificación que se aplica. La sentencia entiende que sí, simplemente porque, con arreglo al propio artículo 82.3 ET, «cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión»; con lo que en el presente caso, obtenido el acuerdo, resultaría inexacta –*ex lege*– la afirmación que sobre la inexistencia de causas justificativas.

Según la **SAN de 19 de junio de 2013**, IL J 702/2013, el procedimiento de consultas establecido en el artículo 82.3 ET para el descuelgue en la empresa respecto de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo requiere que haya existido realmente la posibilidad de negociación, lo que, por exigencias de la buena fe, hace necesario que la empresa haya facilitado a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente, entendiéndose por tal la necesaria para que el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines, y concretamente aquella que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil. Dice la sentencia que este requisito se ha cumplido en el caso, pero no el de congruencia entre lo planteado por la empresa en el periodo de consultas y lo solicitado posteriormente ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuando ha fracasado la negociación entre las partes. Según la misma, la empresa incurrió en mala fe al presentar ante la CCNCC una propuesta de inaplicación del convenio que no se planteó en ningún momento durante el periodo de consultas. Ello no quiere decir en cualquier caso que la solicitud de la empresa ante la CCNCC deba reproducir exactamente las negociaciones durante el periodo de consultas, puesto que la complejidad del proceso obligará en muchas ocasiones a clarificar o precisar algunos extremos, aunque no, como sucede en el presente caso, a «modificar radicalmente los ofrecimientos empresariales producidos durante el periodo de consultas».

6. AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DERECHO DEL TRABAJO

A) Finiquito

Para un caso de extinción del contrato de trabajo por fin de obra acompañado de finiquito establece la **STS de 8 de julio de 2013**, IL J 925/2013 que el referido acuerdo carece de valor liberatorio, y particularmente de capacidad para determinar la extinción del vínculo contractual, toda vez que la causa real que ha producido el referido efecto no es otra que la llegada del término de un contrato temporal, por lo que mal puede atribuirse al finiquito semejante virtualidad extintiva. Dice la sentencia que sobre el valor que haya de otorgarse a los recibos de saldo y finiquito, tanto en sus efectos sobre la liberación de las obligaciones

de contenido salarial y económico, como sobre la extinción contractual y la posibilidad de plantear posteriores acciones por despido, se ha admitido ciertamente la posibilidad de que este tipo de documento incorpore la exteriorización de la voluntad liberatoria y extintiva de las partes. Pero también advierte que no puede otorgárseles unos efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción. En relación concretamente a sus efectos extintivos, debe recordarse que para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario, de ahí que haya que negar tal efecto cuando haya habido un acto empresarial, unilateral, de poner fin a la relación, como sucede en el presente caso. No procede en efecto atribuir ninguna virtualidad extintiva al hecho de que el trabajador «haya firmado el citado documento cuando fue la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato». Se manifiesta igualmente –en igual caso– la **STS de 10 de julio de 2013, IL J 920/2013**.

Tampoco atribuye la **STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 2013, IL J 904/2013**, eficacia liberatoria al finiquito firmado por un trabajador que muestra evidentes limitaciones para comprender los términos de un documento técnico de enorme complejidad –la empresa contratante es un centro especial de empleo– y respecto de cuya firma no estuvieron presentes los representantes de los trabajadores. Dice la sentencia que «se trata de un documento elaborado por la empresa, complejo y de difícil comprensión para personas no avezadas en lo jurídico (contiene términos y expresiones tales como acuerdo transaccional, despido objetivo, convalidar la extinción del contrato, veracidad y suficiencia de los hechos, compensación económica, renuncia a interponer en el futuro cualquier tipo de acciones judiciales o extrajudiciales, a no accionar frente a la extinción de su contrato...) y que para el actor, con una discapacidad psíquica por un trastorno esquizoide de la personalidad e inteligencia límite, resulta todavía más difícil de leer e interpretar correctamente».

Sucede además –dice la sentencia– que «su firma se produce el mismo día de la entrega de la carta de despido, parece incluso que simultáneamente (...) –tanto la carta de despido como el acuerdo fueron firmados personalmente por el trabajador, tras su entrega y explicación por parte de su empleador, dándole la oportunidad de ser leídos (lo que no consta hiciera), situación producida en una oficina de Caja Duero en Venta de Baños–, sin contar además con la asistencia de representante legal o sindical, letrado o familiar alguno. Lo que se acomoda ciertamente mal con el contenido de la cláusula tercera de ese documento que dice «ambas partes han mantenido conversaciones y tratos tendentes a la formalización del presente pacto sobre los efectos de la referida extinción, llegando a un acuerdo firme y definitivo».

Adicionalmente, «aunque el actor tenga capacidad de obrar y trabaje (en centro especial de empleo), su discapacidad psíquica –continúa la sentencia– le convierte en una persona fácilmente maleable, como muestra el que a la fecha de extinción la empresa le adeudara más de 10.000 euros netos en concepto de nóminas pendientes cuando la retribución mensual neta que venía percibiendo era de 615 euros, es decir equivalía a más de 16 meses de salario, sin que conste interpusiera acción alguna para reclamarlo, de lo que se infiere era fácil obtener del mismo la firma conjunta de unos documentos que se produce además en lugar tan irregular como la oficina de una caja de ahorros en la que

tiene cuenta la empresa y a presencia de un empleado de la misma, cuyo interés obviamente era que invirtiera o depositara el dinero que había recibido de su empresario, quien a su vez había suscrito operación financiera con dicha entidad para conseguirlo. Por otra parte, lo abonado como indemnización era sensiblemente inferior a la que legalmente correspondía, resultando significativo que solo 5 días después de su firma, reclamara de la empresa 338 euros por diferencias en la liquidación y la misma se las abonara, no obstante su renuncia a cualquier reclamación posterior, y que accionara posteriormente impugnando el despido».

Todo lo dicho conduce a estimar que «concurren vicios esenciales en el consentimiento dado por el actor y que no cabe atribuir así al acuerdo dicho eficacia liberatoria».

B) Condición más beneficiosa

Para un caso en que los trabajadores pretendían que tanto del descanso previsto en el artículo 34.4 ET («pausa por bocadillo») como las ausencias por visitas médicas constituían tiempo de trabajo efectivo y no recuperable, resuelve la **SAN de 17 de junio de 2013**, IL J 891/2013, que no hay tal derecho por no darse los requisitos de la condición más beneficiosa. Dice que «es requisito indispensable para el nacimiento de una condición más beneficiosa que la empresa, con su conducta, haya dejado patente su voluntad inequívoca de conceder un derecho que supera el nivel legal o pactado, lo que ha de interpretarse restrictivamente, puesto que de lo que se trata es de generar derechos por la vía de los efectos tácitos de un comportamiento. Y hemos de ser especialmente escrupulosos a la hora de atribuir una determinada voluntad a la empleadora, puesto que, como señala el artículo 1261 del Código Civil, el consentimiento constituye un elemento esencial del contrato de trabajo, sin el cual deviene nulo de pleno derecho».

En este contexto, nos encontramos con que los demandantes se han limitado a traer al proceso testimonios de representantes de los trabajadores que manifiestan que tradicionalmente se habían venido tomando el tiempo que consideraban conveniente para ir al médico o para el llamado «descanso del bocadillo», sin que en ningún caso la empresa les requiriera su recuperación, «lo que no es prueba suficiente como para desvirtuar, del modo fehaciente que sería exigible para la generación de una condición más beneficiosa, la voluntad inequívoca de la empresa de reconocer el derecho del modo generalizado que se suplica en la demanda». Según la sentencia, concurren además elementos que apuntan, justamente, en sentido contrario, es decir, que en ningún momento fue voluntad de la empresa reconocer este derecho, más allá de que tolerara el incumplimiento. Ha quedado acreditado en este sentido que la empresa se opuso a la inclusión en el IV Convenio colectivo de la consideración de estas interrupciones como tiempo efectivo de trabajo, tal como exige el artículo 34.4 ET respecto del descanso del bocadillo para entender que computa a semejantes efectos. También consta que, ya con ocasión de la firma de dicho Convenio, la empresa recordó a todos los empleados que, en un marco de nueva regulación del tiempo de trabajo más flexible, debían cumplir sus horarios. Y dirigió amonestaciones por incumplimiento del mismo ya en 2009. Finalmente, se ha admitido que la empresa no llevó a cabo un control estricto de los horarios hasta que, a raíz de la detección de abusos generalizados, decidió implantar el sistema de marcaje, lo que de nuevo es denotativo de la falta de voluntad de la empresa de conceder el derecho que se reclama.

7. SENTENCIAS CON EFECTOS GENERALES O VALOR NORMATIVO

En relación a la recurrente cuestión del derecho al percibo de una cantidad compensatoria por la supresión del tabaco de fuma de los trabajadores de «ALTADIS, SA» se pronuncia la **STS de 8 de abril de 2013**, IL J 788/2013, determinando que el referido derecho corresponde a todos los trabajadores en activo con independencia de su condición de fumador o no. Pero lo que importa subrayar ahora es que la sentencia resuelve esta cuestión individual basándose en lo dispuesto en una sentencia firme dictada en un proceso de conflicto colectivo anterior, poniendo así de manifiesto que las sentencias de conflicto colectivo poseen un valor de cosa juzgada positiva sobre posteriores conflictos individuales que las hace funcionar como verdaderas normas.

Siguiendo a la STS de 15 de enero de 2013, razona la sentencia que la atribución a todos los activos de «ALTADIS, SA» de la compensación económica asignada en lugar del «tabaco de fuma» se debe a que así se ha resuelto en sentencia de conflicto colectivo en la materia dictada por esta Sala el 5 de marzo de 2008, la cual, «en virtud del actual artículo 160.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tal como ha sido interpretado por constante jurisprudencia establecida para su antecedente Ley de Procedimiento Laboral, despliega el efecto de la cosa juzgada positiva respecto de todos los procesos individuales en los que se haya planteado la misma cuestión».

En el periodo reseñado la cuestión es resuelta de la misma manera en otras sentencias de esta misma serie, como la **STS de 11 de junio de 2013**, IL J 744/2013, la **STS de 5 de junio de 2013**, IL J 873/2013, o también la **STS de 2 de julio de 2013**, IL J 832/2013.

Sobre la base también de una previa sentencia de conflicto colectivo, la **STS de 1 de julio de 2013**, IL J 927/2013, admite la cosa juzgada positiva a propósito del complemento de antigüedad de los profesores de religión de centros públicos de la Comunidad de Madrid. Dice la sentencia que la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica que exige que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas, lo que «impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos». Y precisa que esta flexibilidad debe aplicarse en mayor medida precisamente en el caso de «una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de la cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes». Es suficiente por ello que «lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado», de modo que debe reconocerse a los profesores de religión el derecho a percibir los trienios cuestionados.

Los efectos generales o el valor cuasinormativo de las sentencias de conflicto colectivo es sin duda lo que está en el origen también de la suspensión de los procesos individuales en que se estén resolviendo cuestiones sobre las que vayan a proyectarse los efectos de la sentencia que se dicte en un proceso de conflicto colectivo con idéntico objeto. Trata de esta cuestión la **STS de 24 de junio de 2013**, IL J 851/2013, que resuelve que las sentencias de conflicto colectivo tienen valor normativo y de cosa juzgada sobre procesos

individuales iniciados con posterioridad al conflicto colectivo cuando se trate de materias entre las que existe una conexión directa, por lo que procede la suspensión de tales procesos hasta que recaiga sentencia firme en aquellos.

Dice la sentencia que si es verdad que no existe propiamente litispendencia entre el proceso de conflicto colectivo y los conflictos individuales relacionados con aquél, pues no es posible entender que entre el proceso de conflicto colectivo y los individuales que tratan sobre la misma cuestión concurren, con la necesaria intensidad y exactitud, las tres identidades [de personas, cosas y acciones o causa de pedir], «tampoco puede desconocerse la indiscutible vinculación que existe entre el proceso de conflicto colectivo y los individuales, en cuanto la sentencia que se dicta en el primero define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida, o el modo en que ésta ha de ser aplicada... por lo que es preciso concluir que el proceso colectivo debe producir determinadas consecuencias o efectos en relación con los de carácter individual a él vinculados, pues, en otro caso, no se lograrían las finalidades que se persiguen con esta especialísima modalidad procesal». Entre estos efectos se incluye el de «suspender el trámite de los (procesos individuales) hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin al (procedimiento de conflicto colectivo), efecto suspensivo que generalmente se produce en las situaciones de prejudicialidad y cuya solución se acoge en los artículos 40.2 y 41.4 ET y 138.3 LPL, que prescriben que «la interposición del conflicto [colectivo] paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas».

Esta última consecuencia –la obligada suspensión del procedimiento a partir del momento de coincidencia en el ejercicio de las acciones, que no tras la celebración del acto de juicio– no sólo comprende los supuestos de plena identidad objetiva, tal como afirmaba la literalidad de la precedente normativa procesal [artículo 158.3 LPL], sino que también comprende los casos en que sea apreciable una «directa conexidad», tal como ahora ya proclama expresamente el artículo 160.5 LRJS. Directa conexidad que es de apreciar en el caso debatido, pues el presupuesto de la acción de despido ejercitada es la aplicación –a «Ocio y Parques Temáticos, SLU»– del Convenio Colectivo de la subrogada «Terra Mítica Parque Temático de Benidorm, SA», y es precisamente en el artículo 11 de ese Convenio [que se establece una forma de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos que –se dice– ha sido ignorada por la empresa sucesora] en el que se basa la pretensión de los accionantes, de forma que la resolución que haya de dictarse en el proceso de conflicto colectivo [que versa sobre la aplicación del convenio de la subrogada a la empresa subrogante] ha de constituir exactamente la base –con prejudicialidad normativa– sobre la que decidir la cuestión objeto de litigio.

Aclara además la sentencia que el artículo 158.3 LPL –hoy artículo 160.5 LRJS– «significa que lo resuelto en la sentencia de conflicto colectivo se impone sobre lo resuelto en una sentencia [individual] [...], a salvo la existencia de otros argumentos de legalidad o constitucionalidad [...], que pudieran hacer reflexionar sobre la posibilidad de una sentencia con contenido diferente (SSTS 20/02/02 –rec. 2235/01–; y 05/05/09 –rcud 2019/08–). Efecto positivo que deriva igualmente de conformidad con la dicción genérica del artículo 222.4 LECiv cuando dispone que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes en ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposi-

ción legal» (SSTS 05/10/00 –rec. 3138/98–; 20/02/02 –rec. 2235/01–; y 31/01/07 –rcud 5481/05–). Se trata en resumen de una prejudicialidad que presenta unas connotaciones tan específicas que muy bien podría calificarse de prejudicialidad normativa, en tanto en cuanto la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto colectivo define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, pero con categoría de norma para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de premisa «iuris», pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia.

Los efectos extra proceso de las sentencias pueden darse también en litigios de carácter individual. Una buena muestra de ello es la **STS de 12 de julio de 2013, IL J 916/2013**, en la que aplicando el efecto positivo de la cosa juzgada, se determina que lo resuelto en una sentencia sobre recargo de prestaciones debe ser tenido en cuenta a la hora de resolver un litigio de indemnización por enfermedad profesional, de modo que el reconocimiento de la existencia del nexo causal determinante del daño en la sentencia sobre recargo de prestaciones comporta estar a la misma solución en la sentencia sobre indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional.

Nos recuerda la sentencia que el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la completa identidad, que es propia del efecto negativo y que de darse actuaría excluyendo el segundo proceso, pues basta que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado. De ahí que, dentro de esta concepción que pondera el elemento prejudicial de conexión lógica, haya a su vez dos posibles alternativas: una más rigurosa, de acuerdo con la cual sólo lo que se ha incorporado a la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de producir esa vinculación que no es predicable de las declaraciones de hecho, ni de las consideraciones jurídicas, aunque éstas tengan una indudable relevancia para precisar el propio alcance de lo decidido en el fallo, y una concepción más flexible, que ha sido la finalmente seguida por el TS, conforme a la cual la vinculación afecta también a aquellos elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica, aunque actúan sobre él como determinantes lógicos. Según la sentencia, es precisamente esto último lo que ocurre en el presente caso, pues la sentencia de la que se predica el efecto de cosa juzgada fue una resolución que decidió sobre el recargo, por lo que tuvo que decidir también sobre la existencia de la relación de causalidad entre el incumplimiento y las lesiones que constituyen el daño derivado del incumplimiento de las normas de prevención. Puesto que entre el recargo y la indemnización adicional por daños existe una innegable identidad respecto de la relación de causalidad que los origina, parece evidente que la resolución de la segunda de las cuestiones debe tener en cuenta lo que en este punto ha quedado acreditado en el primero de los procesos.

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

II. TRABAJADOR

SUMARIO*

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

A) Presupuestos sustantivos.

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

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS.

A) Trabajadores a domicilio.

B) Contratos de grupo.

C) Relaciones laborales de carácter especial.

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

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS.

A) Relaciones funcionariales y estatutarias.

B) Prestaciones personales obligatorias.

C) Administradores sociales.

D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.

E) Trabajos familiares.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.

G) Trabajos de colaboración social.

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

4. ZONAS GRISES.

- A) **Transportistas.**
- B) **Personal contratado en Administraciones Públicas.**
- C) **Autónomos.**
- D) **Profesiones liberales.**
- E) **Socios empleados.**
- F) **Arrendatarios y aparceros.**
- G) **Toreros.**
- H) **Religiosos.**
- I) **Trabajadores extranjeros.**
- J) **Otros.**

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

A) **Trabajador por cuenta ajena.**

- a) Familiares.
- b) Extranjeros.

B) **Inclusiones por asimilación.**

- a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.
- b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
- c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.
- d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.
- e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas.
- f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.
- g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.
- h) Funcionarios en prácticas.
- i) Funcionarios del Estado transferidos a las CC.AA.
- j) Miembros de las corporaciones locales.
- k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.
- l) Otros.

C) **Exclusiones.**

- a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.
- b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial.
- c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

La sentencia del Tribunal Supremo comentada a continuación, reitera doctrina y establece límites al abuso de la contratación administrativa para cubrir lo que son auténticos contratos de trabajo.

STS de 15 de julio de 2013 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3227/2012) IL J913/2013

1. Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social dictó sentencia estimando la excepción de falta de jurisdicción del orden social, entendiendo que los contratos administrativos celebrados por la demandante y la Administración Militar eran ajustados a derecho.

La sentencia tuvo como probado que la actora prestó servicios para el INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL (INTA) en los siguientes periodos y en virtud de los siguientes contratos:

1º) Del 30 de noviembre de 2007 al 30 de junio de 2008, en virtud de un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica, que tenía por objeto «ejecución de asistencia técnica titulada «soporte técnico del programa MGCP»; y que se establecía por un precio global de 24.120 euros más 3.858,2 euros de IVA (a abonar en los dos meses siguientes); siendo dicho contrato prorrogado el 23 de mayo de 2008 hasta el 31 de enero de 2009, por un precio global de 27.979,2 euros.

2º) Del 22 de octubre de 2009 al 31 de diciembre de 2009, en virtud de un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica que tenía por objeto «ejecución de asistencia técnica titulada «soporte técnico del programa MGCP» y que se establecía por un precio global de 26.190 euros más 4.190,4 euros de IVA (mediante transferencia bancaria una vez prestada conformidad).

3º) Del 27 de enero de 2010 al 31 de julio de 2011, en virtud de un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica que tenía por objeto «prestación de servicios para el departamento de observación de la Tierra» y que se establecía por un precio global de 81.700 euros más 13.072 euros de IVA (mediante transferencia bancaria una vez prestada conformidad).

Quedó, asimismo, probado que la actora en dicho organismo prestaba servicios realizando labores propias de Ingeniero Superior consistentes en la elaboración, ejecución y mantenimiento de los trabajos que se le encomendaban, conforme al Plan General de Proyecto MGCP, para lo cual recibía las correspondientes instrucciones técnicas del organismo demandado y siendo su trabajo objeto de supervisión por el personal del INTA. En particular realizaba funciones tales como generar información tridimensional a partir de pares fotogramétricos de imágenes de alta resolución, evaluación, gestión e imágenes de satélite, control de calidad de los productos de imágenes de satélite, asesoramiento respecto del programa MGCP y realización de informes técnicos.

Por lo demás, en el desarrollo de sus funciones, la actora no estaba sometida a fichaje, de tal manera que acudía a las instalaciones del INTA en un horario flexible y no controlado por el personal del organismo, entre las 8 y las 15 horas. Recibía instrucciones técnicas de dicho personal, fijándole las líneas de trabajo a desarrollar. Todos los medios materiales eran suministrados por INTRA (mesa, silla, papel, ordenador), disponiendo la actora cuenta de correo electrónico de INTRA y del Ministerio de Defensa.

Recurrida en suplicación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, su sentencia de 10 de octubre de 2012 (Rollo 2551/12), desestimó el recurso, confirmando la sentencia de instancia.

2. Contra la citada sentencia preparó la actora recurso de casación para unificación de doctrina, señalando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de septiembre de 2012 (Rollo 2538/12), la cual había resuelto una reclamación similar frente al mismo organismo de la Administración Militar, calificando la relación como laboral y el contrato de naturaleza indefinida. La Sala casacional consideró existente la contradicción de las dos resoluciones enfrentadas, dictando en su día la sentencia aquí comentada, por la que estimó el recurso de unificación de doctrina, declaró la competencia del orden social y decidió que la sentencia recurrida no era conforme a derecho y que la buena doctrina se contenía en la sentencia de contraste, ciertamente dictada en un caso muy próximo tanto en cuanto a los hechos como en cuanto al momento de su dictado, devolviendo los autos para que el Juzgado resolviera con libertad de criterio en cuanto al fondo de la reclamación de despido.

Argumenta la Sala que, dejando de lado supuestos con una cierta antigüedad, como los resueltos en las sentencias de 30 de abril y 25 de octubre de 2007, y aún otros anteriores, es lo cierto que en las sentencias que se invocan en el recurso, además de la 16 de mayo de 2010 (rcud. 2227/2011), se declaró la existencia de relación laboral entre el Instituto Tecnológico «La Marañosa» dependiente del Ministerio de Defensa, y distintos demandantes que prestaban sus servicios para el mismo, con contratos formalmente administrativos y cláusulas similares al suscrito por la demandante con el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA) Esteban Terradas, dependiente, asimismo del Ministerio de Defensa, desarrollándose la prestación de servicios y funciones de la aquí demandante, en la sede del propio Instituto, en forma análoga a la de aquellos demandantes. Dicho lo cual, la sentencia de 15 de julio de 2013 hace suya la doctrina contenida en las de 19 de junio de 2012 (rcud. 3159/2011), 21 de julio de 2011 (rcud. 2833/2010), 22 de diciembre de 2011 (rcud 3796/2010) y 16 de mayo de 2012 (rcud 2227/2011), fundamentando su criterio del modo siguiente:

... «es bien sabido que, desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y que solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva no se produce en el vacío, esto es, no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que –cual nuevo Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba– pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal (a través de las sucesivas configuraciones legales y denominaciones que esos contratos administrativos de prestación de servicios han recibido por parte de las sucesivas leyes de la contratación administrativa que se reseñan en la propia sentencia recurrida: para trabajos específicos y concretos no habituales; de consultoría y asistencia, de asistencia o servicios, etc.). Por el contrario, esa exclusión constitutiva tiene que tener un fundamento, pues de lo contrario entraría en abierta contradicción con el artículo 35.2 de la Constitución que establece que “la ley regulará un Estatuto de los Trabajadores”, de la misma forma que el artículo 103.3 dice que “la ley regulará el Estatuto de los Funcionarios Públicos”. Es decir, la Constitución establece un modelo bipolar (funcionarios y laborales) del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modelo al que se han ido aproximando las sucesivas concreciones de la legislación ordinaria –y la que

más lo hace es el Estatuto del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, artículos 8 a 12), si bien ese modelo bipolar siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales que, como tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente y que, como decíamos, siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora».

Añade la Sala casacional que el contrato celebrado por la recurrente el 1 de octubre de 2007 se hizo al amparo del Real Decreto-legislativo 2/2000, de 16 de junio, en relación con el cual ya existe doctrina unificadora según la cual ... *«la procedencia de la contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a un producto delimitado de la actividad humana y no a esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma. Naturalmente, ese producto no tiene que ser un objeto físico: puede ser un proyecto arquitectónico, un dictamen profesional, una conferencia, etc. Algo que el profesional hace con sus propios medios y que entrega ya finalizado a la Administración contratante. Lo que no cabe es que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para, codo con codo con el resto del personal funcionario y laboral de la misma, y bajo la dirección de superiores jerárquicos de la propia Administración contratante y con los medios de ésta, participe, como es el caso, en tareas habituales de la propia Administración contratante, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, por cierto de varios años de duración. Ese es el caso de la sentencia recurrida y, como decimos, para supuestos semejantes el legislador no ha autorizado el contrato de consultoría y asistencia, según la doctrina de esta Sala, expresada en las sentencias de 30 de abril de 2007 (rcud. 1804/2006 y 25 de octubre de 2007 (rcud. 3377/2006))».*

La Sala *ad quem* concluye el razonamiento afirmando que ... *en consecuencia, el contrato celebrado por la recurrente el 1/10/2007 (en nuestro caso, el 29/7/2004) fue desde el principio –y en contra de su calificación formal– un contrato de trabajo y continuó siéndolo cuando, sin solución de continuidad, se prorrogó a partir del 1/4/2009 (en nuestro caso, el mismo día), pasando a denominarse contrato de servicios. No procede, pues, analizar si la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –que entró en vigor el 1 de mayo de 2008, es decir, siete meses (en nuestro caso, casi cuatro años) después de iniciarse la relación laboral y que, por lo tanto, no es de aplicación al presente caso– ha introducido en la materia alguna modificación relevante puesto que, de cualquier manera, la norma a aplicar sería el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por disponerlo así expresamente la disposición transitoria primera n° 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre. En cualquier caso, parece claro que cuando esta nueva Ley está exigiendo, como bien dice la sentencia recurrida, que las personas físicas o jurídicas que pretendan optar a ser adjudicatarias de un contrato administrativo deberán acreditar “solvencia económica, financiera y técnica o profesional”, está pensando en una organización empresarial que tenga capacidad de alcanzar el objeto del contrato y no en un trabajador que se inserta en la organización de la Administración empleadora para llevar a cabo una tarea profesional del tipo que sea».*

3. La sentencia casacional es plausible porque viene a poner coto –una vez más– al frecuente abuso que se comete cuando se disfrazan los que son auténticos contratos de trabajo, en ropajes de contratos administrativos privados de la protección dispensada

por el ordenamiento laboral. Lo que no es la sentencia que se comenta es una sentencia innovadora, puesto que se limita a reproducir la ya conocida doctrina de la Sala sobre supuestos semejantes. Una sentencia, en definitiva, bien razonada en términos jurídicos, con la particularidad de recoger la tipología creada en su momento por la doctrina sobre la distinción entre las exclusiones (e inclusiones) declarativas y constitutivas, cuya autoría se remonta al año 1966, de la mano del profesor De la Villa Gil.

Lo que llama, contrariamente, la atención es que el Juzgado de lo Social no conociera y aplicara esa reiterada doctrina casacional, aunque se diera el caso improbable de que la demandante no la hiciera valer en sus alegaciones, puesto que aún en ese caso debió aplicarse de oficio sobre unos hechos inequívocos tan claros, y probados. Y, desde luego, mucho más extraño todavía, es que la Sala de suplicación cometiera la misma omisión, máxime cuando en el brevísimo plazo de un mes anterior, había dictado una resolución –la citada aquí como sentencia de contraste– aplicando la doctrina jurisprudencial en sus propios términos.

Un dato este que invita a valorar si el alto número de magistrados en las Salas de lo Social y la diversidad de criterios de los mismos al formar las Salas y ponencias en cada caso, son por sí mismos factores capaces de justificar ese tipo de desarmonías cometidas en perjuicio de los justiciables, con clara lesión del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

C) Autónomos

La imprecisa línea divisoria entre contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga como el arrendamiento de servicios, unida a una importante casuística, exige en cada caso el análisis de todas las circunstancias concurrentes y concretas.

STSJ Aragón de 27 de marzo de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 106/2013) IL J 719/2013

1. El codemandado, Serafín, prestó servicios como montador para la también empresa codemandada GSAL conforme a contrato suscrito entre ambas partes de 25 de octubre de 2011. Entre las estipulaciones se establece que Serafín participará en los trabajos de montaje del suministro que se debe efectuar a una tercera Sociedad, bajo las directrices de G SAL, aunque conservará la capacidad organizativa de su trabajo.

Serafín está afiliado al RETA desde el uno de febrero de 2006 y ha venido facturando a la empresa demandada en los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011 para obras objeto de subcontratación de diversos clientes y por diferentes importes. El trabajador ha prestado su trabajo sin sujeción a horario, ni ha guardado vacaciones ni ha disfrutado permisos.

La empresa GSAL ha relacionado al trabajador como «encargado de obra» en el listado de personal de la empresa y en el certificado de empresa emitido hace constar que «la empresa liquida mensualmente los salarios que por ley corresponde a Serafín como encargado de obra. No obstante, nunca le ha abonado gastos o suplidos por los desplazamientos, corriendo a cargo del trabajador.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción y liquidación a GSAL por falta de alta y cotización al Régimen General de Serafín durante el periodo

comprendido entre 1.5.2007 a 24.1.2011 y acta de liquidación a esta empresa y solidariamente a la codemandada IM SA por el mismo trabajador por el periodo comprendido entre 25.1.2011 al 30.2.2011.

Tras alegaciones de la empresa G SAL, la Tesorería General de la Seguridad Social presenta demanda sobre relación laboral, siendo desestimada su pretensión por el Juzgado de lo Social 3 de Zaragoza en procedimiento de oficio 129/2012, en sentencia de 19 de diciembre de 2012 que niega existencia de relación laboral. La TGSS, alegando un único motivo y denunciando la infracción del artículo 1.1 del Estatuto de los trabajadores, interpuso recurso de suplicación (106/2013) ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que dicta en fecha de 27 de marzo de 2013 sentencia desestimatoria confirmando íntegramente la dictada por el Juzgado de lo Social.

2. El objeto se centra en determinar si existe o no relación laboral entre Serafín y la empresa G SAL. Para ello se ha de acudir a las notas definitorias de la relación laboral contenidas en el artículo 1 del Estatuto, como ajenidad o dependencia, pero son conceptos bastante abstractos que requieren para su identificación la presencia de hechos indiciarios (STS 09/12/04 rcud 5319/03; STS 11/05/09 –rcud 3704/07, o STS 29/11/10 –rcud 253/10).

Apunta la Sala *ad quem* que la doctrina Jurisprudencial señala como indicios más comunes de la «dependencia» la asistencia al centro de trabajo, sometimiento de horario, inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador. Y de la «ajenidad» el carácter fijo de la retribución, el poder decisorio, la puesta de disposición del empresario de los frutos obtenidos. En esta concreta cuestión litigiosa, Serafín ha conservado en todo momento la capacidad organizativa de su trabajo, sin sujeción a horarios y abonando el mismo sus gastos de desplazamiento, decidiendo en todo momento cuando y como realizar las horas necesarias para acometer su trabajo. Es por tanto irrelevante que la mercantil codemandada incluyera como «encargado de obra» en su listado de personal al trabajador.

3. Es innegable que la línea divisoria entre contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análogos, como el arrendamiento de servicios regulados por la legislación civil o mercantil no es precisa. La casuística es innumerable y cada caso exige el análisis de todas las circunstancias concurrentes y concretas. La inexistencia de vínculo laboral determinado en esta sentencia es conforme con el criterio jurisprudencial interpretativo del artículo 1.1 del Estatuto de los trabajadores en el sentido de que la configuración del contrato de arrendamiento de servicios no es incompatible con la del contrato de trabajo, si bien en este último el intercambio de obligaciones y prestaciones es de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de una retribución garantizada.

La Sala, despreciando las cuestiones formales o las denominaciones dadas por las partes (SSTS 17/06/10 –rcud 3847/09–, y SSTS 03/05/11 –rcud 2228/10–), en este caso, la certificación empresarial de Serafín como trabajador en plantilla de la obra, valora la total libertad de éste para llevar a cabo su actividad, sin vacaciones pagadas por la empresa, ni permisos, ni abono de gastos de desplazamiento. Además de estas cuestiones, la Sala aprecia especialmente el dato cuantitativo de lo facturado por el trabajador a la mercantil codemandada entre los años 2007 a 2010, y la remuneración hora pactada en el contrato mercantil entre las partes. La comparativa de ambos revela la realización por el trabajador un número de horas anual superior al triple de la jornada ordinaria anual fijada en el

Convenio Colectivo de la Construcción, incompatible, junto al resto de indicios, con una relación laboral, debiendo mantenerse la naturaleza mercantil del vínculo.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (dir.)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (Hogan Lowells)
DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coord.)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
LUIS GORDO GONZÁLEZ
ROSA RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ (Roca Junyent)

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Requisitos para determinar su existencia.**
 - B) **Participación de las sociedades del grupo en el período de consultas por despido colectivo.**
3. CONTRATA.
 - A) **Concepto de propia actividad.**
 - B) **Externalización de parte de la actividad productiva por causas organizativas.**
4. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Inexistencia de sucesión de empresa por adquisición de inmueble en subasta judicial.**
 - C) **Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo.**
 - D) **Incumplimiento del deber de información previsto en Convenio Colectivo.**
 - E) **Inclusión de cláusulas de subrogación empresarial en los pliegos de licitación derivada de acuerdo colectivo.**
 - F) **Subrogación de los servicios de seguridad y vigilancia: los trabajadores afectados precisan del título habilitante.**
 - G) **Subrogación empresarial y convenio colectivo aplicable.**
5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos de delimitan el supuesto de hecho.**
 - B) **Efectos de la cesión ilegal: extensión a las diferencias salariales no prescritas entre los salarios de la empresa cesionaria y los percibidos por la empresa cedente.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 7

a 9 de 2013 de la *Revista Información Laboral* 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, grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura (u.d).

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos para determinar su existencia

Como se reproduce en crónicas anteriores (véase, por ejemplo, la núm. 52) nuestro ordenamiento laboral carece de un tratamiento general y sistemático en relación al grupo de empresas, carencia que ha sido suplida con un rico tratamiento jurisprudencial cuyo objetivo es la represión de comportamientos que pudieran considerarse abusivos. Los supuestos litigiosos más frecuente son los relativos a la comprobación de la existencia o no de los criterios jurisprudenciales establecidos que determinan la existencia de un ficticio grupo de empresas, que la jurisprudencia califica de grupo de empresa a efectos laborales (unidad en la organización del trabajo entre las empresas del grupo; prestación de trabajo común –simultánea o sucesiva– entre varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real que determinen una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas; confusión de patrimonios; apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección) y la exigencia de comunicación de responsabilidades laborales entre las empresas que lo componen.

La no concurrencia de los criterios jurisprudenciales expuestos sirven de argumento a la **STSJ de Aragón de 13 de marzo de 2013 IL J 725/2013** para rechazar la pretensión del demandante de admitir la presencia de un grupo de empresas ficticio y de hacer extensiva la responsabilidad por despido de la empresa Perialisi España SL a Oleoliva Europa SL, al deducirse de los Hechos Probados la inexistencia de una prestación indiferenciada de los trabajadores de Perialisi a la empresa Oleoliva. Con apoyo en la doctrina del TS la Sala declara que: «para que se produzca ese efecto –la imputación colectiva del grupo– hace falta un componente adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios y apariencia externa de unidad empresarial...».

La determinación de la cuantía salarial computable a los efectos de constituir la indemnización por despido del trabajador frente a la empresa Gran Casino de Barcelona SL sirve de base a la **STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2013, ILJ 867/2013**, para negar

la pretensión del trabajador de reconocer la existencia de un grupo de empresa a efectos laborales y hacer extensiva la responsabilidad derivada del despido improcedente hacia la mercantil Casino Lloret de Mar SL ya que «sin perjuicio de que ambas sociedades code-mandadas formen parte de un mismo grupo de empresas, no se desprende que concurra dirección unitaria, ni confusión de plantillas o patrimonial, ni apariencia unitaria externa», por lo que no puede haber lugar a la extensión de la responsabilidad postulada.

B) Participación de las sociedades del grupo en el período de consultas por despido colectivo

A pesar de las importantes modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento laboral por el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de extinción colectiva de contratos de trabajo y en los de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción o derivadas de fuerza mayor y de las reiteradas referencias que en la tramitación procedimental de los despidos colectivos se realiza al grupo de empresas, una cuestión que continua sin ser abordada por el legislador es la determinación de si es o no extensible el período de consultas a todas las sociedades que componen un grupo de empresas. Si bien la reciente reforma del artículo 51 ET llevada a cabo por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, trata el período de consultas cuando la empresa tiene varios centros de trabajo, el fenómeno de los grupos de empresa desde este punto de vista tampoco ha sido objeto de tratamiento. En consecuencia, las modificaciones normativas arriba referenciadas han dejado sin resolver este importante asunto que continua debatiéndose en sede judicial.

Con ocasión del proceso de impugnación por despido colectivo interpuesto por la representación legal de Hotel NH Alcalá, representación legal Ad Hoc del Hotel NH Alberto Aguilera, Ad Hoc del Hotel NH Les Corts contra NH Hoteles España S.L, NH Hoteles SA, Hoteles Hesperia SA, Gran Círculo de Madrid, SA HH Lagasca SA, Diana y otros, Fulgencio y otros, Leovigildo y otros, Nuria y otros y Jesús Angel la **SAN de 15 de julio de 2013 ILJ 797/2013** tras reconocer que el Grupo NH Hoteles conforma un grupo de empresas a efectos laborales con confusión de plantilla, dirección unitaria y confusión de patrimonio – tal y como queda acreditado en los Hechos Probados y admitido pacíficamente por la parte demandada– y admitir la licitud de los procedimientos de despido colectivo instados por grupos de empresas a efectos laborales se pronuncia en relación a si el preceptivo período de consulta exigible en un proceso de despido colectivo es extensible a todas las sociedades del grupo. Basando su argumento en un pronunciamiento anterior la Sala rechaza la obligatoriedad de llevar a cabo un período de consultas con todas las sociedades que lo componen. En palabras de la Sala: «nuestra legislación actual –comunitaria y nacional– no contempla la participación del grupo mercantil en el período de consultas del despido colectivo, ni siquiera cuando la medida afecta globalmente a las empresas que lo componen y la decisión ha sido tomada por la empresa dominante para todas ellas, lo que es un reprochable signo de desfase entre el marco normativo y la realidad del tejido empresarial, que esconde a quien debería ser el interlocutor real para que el período de consultas alcance sus fines. Desfase que el legislador nacional podría solventar, si lo estimara oportuno, con una regulación que mejorara, en el sentido apuntado, los mínimos previstos en la Directiva 1998/59/CE. Y expresamente indicamos

que “Mientras no se produzca dicha regulación, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. –Sin embargo, aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo”». Sin embargo, a juicio de la Sala, «aquí no estamos ante un grupo mercantil, en el que la presencia de la matriz como interlocutor real no exoneraría de cumplimentar los períodos de consulta con cada una de las empresas afectadas. Nos encontramos, en cambio, con un grupo a efectos laborales, cuya matriz toma las decisiones y asume la responsabilidad en esta realidad empresarial equivalente a una única empresa. Por tanto, se ha negociado con la Dirección de la empresa, lo que se ajusta perfectamente al artículo 51 ET».

3. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

El Estatuto de los Trabajadores establece, para los casos de relaciones entre empresas a través de contratas de obras y servicios, una serie de responsabilidades a cargo de la empresa principal con respecto a los trabajadores de la empresa o empresas auxiliares, como una forma de garantizar que el trabajo a través de fórmulas triangulares en contratas no suponga una merma de efectividad para alguno de los derechos básicos de los trabajadores (artículo 42 ET). Estas responsabilidades, no obstante, quedan limitadas por la propia norma, de entrada, a un tipo concreto de contratas, esto es, aquellas en las que las obras o servicios contratados por la principal son o pertenecen a su propia actividad.

El concepto de propia actividad ha sido y sigue siendo el elemento esencial respecto del que depende la activación o no de las responsabilidades de la empresa principal, lo que unido a su falta de definición por la propia norma ha generado una constante litigiosidad existiendo numerosos pronunciamientos judiciales al respecto. Con ocasión de una reclamación por despido del trabajador demandante frente a su empleadora, Pineda Ortega Naval del Sur SA, responsabilidad que pretende hacer extensiva a la empresa contratante, el Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, la **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013 ILJ 741/2013** analiza el concepto de propia actividad a través de la identificación de la actividad a la que se dedican ambas empresas (principal o contratante y contratista) para con posterioridad, en el caso de que así se determine, delimitar el alcance de la responsabilidad solidaria que establece el artículo 42 ET. Partiendo del concepto que de propia actividad ha establecido la doctrina del TS en contrataciones referidas a empresas públicas, es decir, una «“actividad inherente” o “absolutamente indispensable” para la actividad de la empresa principal, que traducido a la empresa privada se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas “complementarias o no nucleares” y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene

encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función» la Sala reconoce que el objeto del contrato realizado entre ambas mercantiles (servicio de monta, entrenamiento, mantenimiento y participación en competiciones hípcas con el ganado equino de los centros dependientes de del Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas) integra las funciones que son propias del Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas (el artículo 1 de su Estatuto establece que dicho Organismo tiene por misión «la crianza, selección y puesta a disposición de los Ejércitos, de las Unidades de Caballería de la Guardia Real y de la Escuela Militar Ecuestre del ganado equino necesario para dotar sus necesidades. Ejerce la formación ecuestre en el ámbito militar y colabora con otras entidades públicas y privadas en actividades propias del Organismo»). No obstante lo anterior, a pesar de este reconocimiento la Sala aclara que la extensión de la responsabilidad solidaria que se deriva del artículo 42 ET respecto de la empresa principal afecta exclusivamente a las obligaciones de la empresa en materia de seguridad social y de salarios durante la vigencia de la contrata. Sin embargo, la acción que ejercita el actor es la de despido, por lo que del artículo 42 ET no puede deducirse ni la obligación de la empresa de subrogarse en los trabajadores, ni de hacerse cargo de las consecuencias económicas del despido, porque ni es una obligación salarial ni de seguridad social y porque, pese a lo anterior, el despido se produce una vez extinguida la contrata.

Sobre esta cuestión, con ocasión de una reclamación de cantidad del trabajador frente a las codemandadas Zaladia Consulting SL, Outsourcing Signo Servicios Integrales SL Grupo Norte SL, Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones de España SA y Fundación para el Desarrollo Infotecnológico de Empresas y Sociedad (FUNDETEC) la **STSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 2013 ILJ 864/2013**, analiza el concepto de propia actividad a través de la identificación de la actividad a la que se dedican la empresa principal FUNDETEC y la empresa subcontratista Outsourcing Signos-Servicios Integrales Grupo Norte SL que se hizo cargo de la actividad anteriormente desarrollada por Zaladia Consulting SL así como del trabajador demandante. La Sala aplicando la doctrina mayoritaria que entiende por propia actividad «“las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa” y que “nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”» concluye que la actividad de la empresa principal Fundetec es la de promocionar Internet entre PYMES y particulares y dicha actividad es, precisamente, la actividad que se ha subcontratado con la empleadora del trabajador. En consecuencia, ha de hacerse extensible a Fundetec la responsabilidad solidaria derivada del artículo 42.2 ET.

B) Externalización de parte de la actividad productiva por causas organizativas

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna prohibición general que impida al empresario el recurso a la contratación externa para integrar su actividad productiva, por lo que, resulta controvertido en qué circunstancias puede articularse el recurso a la descentralización productiva de la empresa a través de contratas como causa justificativa de despido. Con apoyo en la doctrina del TS la **SAN de 15 de julio de 2013 ILJ 797/2013** (comentada en el apartado 3.B de esta Crónica) se pronuncia en relación a la externalización de parte

de la actividad productiva llevada a cabo por el Grupo NH Hoteles. En palabras de la Sala «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». En consecuencia, y contrariamente a lo alegado por la parte actora «En nuestro caso, el recurso a la subcontratación no obedece a la pura conveniencia y estrategia empresarial para incrementar beneficios, sino que se alza como fórmula de supervivencia ante pérdidas crecientes y niveles de endeudamiento amplísimos, procurando así menguar tanto los costes laborales como los de inversión, y facilitar la capacidad de adaptación a las exigencias de la demanda. Estamos, pues, ante un supuesto en el que la subcontratación resulta un medio útil y racional para apuntalar la viabilidad de la empresa y su competitividad. No escapa a la Sala que el efecto que con ello se consigue, además de la reducción de costes, es también la precarización de las condiciones laborales, pues, según se admitió por el Director de Recursos Humanos, los salarios que pasan a cobrar las camareras subcontratadas son inferiores a los que tenían en su contratación directa. Eso es así, y es absolutamente lamentable, pero no existe un derecho a la contratación directa, ni se contempla deber alguno de la empresa de abstenerse de subcontratar partes de su actividad, más allá del que se ha pactado justamente en este acuerdo de despido, restringiendo esta fórmula para el futuro hasta convertirla en excepcional. Y lo que sí existe, como veremos, son causas suficientes para extinguir los contratos de trabajo, de modo que la recolocación, aunque sea en condiciones más precarias, será siempre mejor –y así debería verse por todos los implicados– que la salida indemnizada de un mercado de trabajo con serias dificultades de reabsorción de quienes pierden su empleo. Así lo estima el legislador cuando exige planes de recolocación y sugiere este tipo de medidas entre las de acompañamiento social. Y así lo estimó la mayoría de la representación social cuando suscribió un acuerdo que garantiza ofertas de recolocación del 90% de los afectados con contratos indefinidos».

4. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El objetivo central que persigue la normativa laboral que regula las transmisiones de empresas (artículo 44 ET) es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Para que esta garantía despliegue sus efectos, el precepto citado en su párrafo segundo establece la delimitación del supuesto que considera como sucesión de empresa: «A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio». La interpretación del concepto de transmisión de empresas, a pesar de los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales, continúa siendo objeto de numerosos litigios, en torno a la determinación de la existencia o no del supuesto de hecho previsto para aplicar la garantía de mantenimiento de los contratos de trabajo.

Sobre esta cuestión la **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013 ILJ 741/2013** (comentada en el apartado 3.A de esta Crónica) se pronuncia en torno a la pretensión del actor a que se reconozca la existencia de una sucesión empresarial entre Pineda Ortega Naval del Sur SA (empresa contratista para la cual el actor prestó sus servicios) y el Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas. En el supuesto debatido la Sala rechaza la subrogación postulada por el actor, negando la existencia de una sucesión empresarial entre las citadas empresas puesto que, si bien el objeto de la adjudicación a la empresa Pineda Ortega Naval del Sur SA formaba parte de la actividad del Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, queda acreditado que la adjudicación se realizó para los servicios que el referido Organismo no pudo asumir y que en la ejecución de dichos servicios Pineda Ortega Naval del Sur SA aportó todos los elementos materiales y personales necesarios para su desarrollo, coordinó los trabajos del actor y de sus compañeros— los cuales se organizaban entre sí sin recibir órdenes de personal del Organismo—, y solventó todas las cuestiones relativas a vacaciones y permisos de los trabajadores. A juicio de la Sala lo determinante para reconocer el fenómeno sucesorio no es «si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad».

El fenómeno de la sucesión empresarial es también objeto de análisis en la **STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2013 ILJ 720/2013**, con ocasión de la reclamación de cantidad interpuesta por Faurecia Automotive España SL (Faurecia), empresa para la que prestó servicios la trabajadora y cuya extinción contractual —acordada en expediente de regulación de empleo— originó la indemnización que ahora la empresa le reclama. Argumenta la empresa que la trabajadora no tiene derecho al percibo de la indemnización por extinción contractual, ya que su relación laboral no quedó extinguida realmente sino que continuó prestando sus servicios para Android Industries Zaragoza SL (Android), la nueva concesionaria de la contrata que se hizo cargo de toda la plantilla de Faurecia. Para la resolución de este proceso, en lo que afecta a la trabajadora (la devolución de la indemnización percibida por extinción contractual), resulta necesario determinar si existió o no sucesión empresarial entre las citadas mercantiles. Utilizando los argumentos que se recogen en litigios anteriores relacionados con las mismas empresas en los que se reconoció la sucesión empresarial entre ambas mercantiles la Sala expone que: «En el supuesto enjuiciado en la presente litis, la actividad realizada primero por Faurecia y luego por Android consiste en el premontaje de las puertas y el salpicadero de varios modelos de vehículos fabricados por General Motors. Esta empresa suscribió una contrata primero con Faurecia y luego con Android en virtud de la cual, mientras los trabajadores de general Motors montan los automóviles en la línea principal, los trabajadores de la contratista, en una línea distinta, realizan el premontaje de las puertas y el salpicadero. General Motors es la propietaria de la maquinaria con la que prestaban servicio los trabajadores de Faurecia y luego Android, encargándose del suministro de energía eléctrica y agua. Y General Motors también es propietaria del producto ensamblado: las puertas y el salpicadero. El sistema de trabajo es el denominado justo a tiempo («just in time»), de tal forma que las necesidades productivas de General Motors se facilitan por la contratista a través de señal «on line» lo que supone que la empresa contratista debía de trabajar en los mismos días, turnos y frecuencias de

suministro por referencia que aquélla: el calendario laboral de la contratista se ajustaba al de General Motors, trabajando y produciendo en las mismas fechas y con los mismos turnos de producción. En virtud de un acuerdo con los sindicatos, Android contrató para atender estos servicios a la práctica totalidad de los trabajadores que venían trabajando para Faurecia en la contrata. En dicho acuerdo no se incluyó reserva alguna que excluyese la existencia de sucesión empresarial. Ajuicio de esta Sala, los elementos materiales de esta actividad productiva son la propia línea de montaje de las puertas y el salpicadero, configurada como una línea accesoria de la línea principal, radicada en las instalaciones de General Motors, así como los productos ensamblados, todo lo cual es propiedad de General Motors, trabajando las contratistas en coordinación con la empresa principal: con idéntico horario y frecuencia de éste. En virtud del cambio de contratista, el día 2-1-2011^a las 12 horas dejaron de prestar servicios los trabajadores de Faurecia en dicha línea auxiliar y continuaron prestando servicio los mismos trabajadores al servicio de la nueva contratista Android, que asumió a la práctica totalidad de su plantilla, incluidos los trabajadores en situación de incapacidad temporal como la actora».

Las circunstancias expuestas evidencian para la Sala la sucesión empresarial entre las mercantiles citadas «puesto que atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, se ha transmitido una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. En efecto, la explotación ha continuado en el mismo local, por los mismos trabajadores, con la misma línea de montaje, sin solución de continuidad».

La STSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 2013, ILJ 864/2013, (comentada en el apartado 3.A de esta Crónica) también se pronuncia a favor de la sucesión de empresa entre las mercantiles Zaladia Consulting SL y Outsourcing Signo-Servicios Integrales Grupo Norte SL al acreditarse que «entre ambas empresas se transmite una unidad productiva definida por la ejecución del proyecto Espacios CyL que pasa de una empresa a otra y que constituye una entidad económica que mantiene su identidad como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, pues continua la misma actividad que venía desarrollando la anterior, en el mismo local, con los mismos instrumentos y con el mismo personal».

B) Inexistencia de sucesión de empresa por adquisición de inmueble en subasta judicial

En los supuestos en los que se materializa la adquisición exclusiva de un inmueble en subasta judicial el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 ET deviene inaplicable, pues la solitaria transmisión de este elemento patrimonial en dicha sede, sin que vaya acompañado del mobiliario preciso para la continuidad de una explotación hotelera, no permite considerar que ha sido transmitida una actividad económica. En tales casos, la entidad adjudicataria del inmueble no se ve obligada a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa propietaria del complejo hotelero. Varios pronunciamientos del TS referidos a la posibilidad de que se materialice una subrogación empresarial entre la mercantil que venía explotando un hotel hacia la entidad financiera que mediante la ejecución de un título hipotecario se adjudica los inmuebles hasta entonces propiedad del establecimiento hotelero y en el que los trabajadores demandantes prestaban sus servicios han sido objeto de comentario en crónicas anteriores (véase por ejemplo los

núm. 53 y 54). Sobre esta cuestión existe en el período examinado dos sentencias del TS en unificación de doctrina, en las que intervienen las mismas empresas codemandadas en juicio sobre extinción de contrato y despido. Se trata de la **STS de 27 de mayo de 2013 (u.d.) ILJ 763/2013** y de la **STS de 5 de junio de 2013 (u.d.) ILJ 748/013**. En ambas se reitera la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos que dan como correcto los argumentos contenidos en la STS de 23 de noviembre de 2004 (rcud 6432/2003) aportada de contraste en los correspondientes recursos de casación para la unificación de doctrina y que ahora se reproduce: «El razonamiento que conduce, en dichas sentencias, a la decisión adoptada puede exponerse en los siguientes pasos: 1) de acuerdo con la legislación comunitaria, seguida por la actual redacción del artículo 44 ET (Ley 12/2001), el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión “de una persona a otra” de “la titularidad de una empresa o centro de trabajo” entendiéndose por tal “una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); 2) en el supuesto particular de la venta judicial, el artículo 55.11 ET (redacción anterior a la Ley 3/2012) precisa que la venta judicial de bienes productivos exige, para ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales, la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes “por sí mismos” para “seguir” con la “explotación empresarial” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); y 3) en el caso enjuiciado no cabe hablar en rigor de “continuidad” y de disponibilidad de la explotación empresarial puesto que, de un lado dicha explotación estaba interrumpida en el momento de la toma de posesión por parte del banco Pastor del inmueble adquirido, y de otro lado los elementos materiales vendidos no bastaban por sí solos para la actividad empresarial de hostelería al no disponerse de los enseres atribuidos a la Corporación Financiera Iberoamericana mencionados en los antecedentes de hecho... Así las cosas, no parece factible una interpretación laxa de los requisitos legales establecidos en el artículo 51.11 ET, cuyo fundamento último es el principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución. La referencia a “la totalidad de la empresa o parte de la misma” como objeto de la adjudicación, así como los requisitos de “suficiencia” de los elementos transmitidos y de continuidad o tracto inmediato, sin interrupciones significativas, entre la actividad del empresario anterior y del nuevo responden a esta lógica de libre iniciativa empresarial, según la cual solo se puede obligar a una entidad adquirente de bienes en venta forzosa a dedicar los bienes adquiridos a la misma actividad productiva anterior cuando se trata de una empresa en funcionamiento cuya continuación no encuentra obstáculo alguno; inexigencia de continuación de actividad productiva que corresponde apreciar sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el objeto social de la empresa adquirente (finanzas) no es el mismo que el de la empresa anterior (hostelería)».

C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo

Como se ha comentado en crónicas anteriores (véase por ejemplo la núm. 54) en los supuestos en los que no resulta aplicable la normativa legal sobre la transmisión de empresa a la sucesión de contratistas, la subrogación del empresario entrante puede también producirse por aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo. En tales casos, la subrogación del nuevo contratista por aplicación del convenio colectivo únicamente es posible cuando se cumplen los requisitos previstos en dicha norma y las empresas afectadas formen parte del ámbito subjetivo de la norma convencional.

En la **STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 2013 ILJ 865/2013** la Sala ha de pronunciarse sobre la existencia o no del fenómeno subrogatorio. En el caso de autos la empresa contratista Atlas Servicios Empresariales SA, que asumió por adjudicación la actividad que había venido prestando con anterioridad la Federación de Asociaciones de Personas Sordas de Catilla y León –FAPSCYL– (asistencia mediante intérpretes de lengua de signos al alumnado sordo en los centros docentes públicos de la Comunidad de Castilla y León), rechaza subrogarse en los contratos de los trabajadores de FAPSCYL que prestaban dichos servicios por entender que al ser una empresa multiservicios no le es de aplicación el convenio colectivo por el que se rige la empresa saliente (Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad) en cuyo artículo 27 dispone la aplicación obligatoria a la empresa entrante del mecanismo subrogatorio. Añade la mercantil citada que tampoco existió pacto alguno entre las referidas empresas para proceder a la referida subrogación.

A juicio de la Sala la ausencia de indicación alguna a la subrogación empresarial en el pliego de condiciones administrativas por la que quedó sujeta la contratación de la actividad realizada por Atlas no impide la aplicación del artículo 27 del convenio colectivo arriba referenciado. Y puesto que FAPSCYL, la empresa saliente, circunscribe su actividad al ámbito funcional de dicho convenio colectivo procede la subrogación prevista en la norma convencional. A juicio de la Sala la formalización del contrato entre la Comunidad de Castilla y León con la empresa Atlas para desarrollar el mismo servicio prestado anteriormente por la empresa saliente «constituye la premisa automática para la aplicación del deber subrogatorio previsto en el artículo 27 y ello con independencia de la actividad principal, preponderante o de carácter multidisciplinar que desarrolle la nueva adjudicataria».

D) Incumplimiento del deber de información previsto en Convenio Colectivo

Una cuestión que viene siendo particularmente discutible en los supuestos de sucesión de empresas es la relativa a los efectos que provoca la no entrega o entrega incompleta o parcial de la documentación relativa a los trabajadores afectados por el cambio de contrata, cuando dichas obligaciones de información han sido establecidas en la norma convencional como condición para que se produzca la subrogación empresarial. En concreto, las **SSTS de 10 de junio de 2013 (u.d.) ILJ 747/2013** y **15 de julio de 2013 (u.d.) ILJ 915/2013** resuelven el conflicto planteado en torno a la interpretación del contenido del artículo 55 del III Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales. Conforme a lo dispuesto en el citado precepto, la empresa saliente debe entregar nueve documentos a la nueva adjudicataria. Sin embargo, en ambos casos, solo se entregó una relación nominal de los trabajadores afectados. El TS con arreglo a la doctrina unificada contenida en sentencias precedentes en supuestos sustancialmente idénticos a los aquí debatidos y promovidos por las mismas empresas rechaza la subrogación por parte de la empresa entrante en los contratos de los trabajadores. En palabras del Tribunal «El razonamiento que conduce a esta conclusión en dichas sentencias se puede resumir en los siguientes puntos: 1) una contrata o una concesión administrativa de un servicio público de aguas no es, en principio, una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura o de la organización de trabajo básica para la explotación: 2) no obstante, la subrogación en los contratos de

trabajo de la contratista o concesionaria saliente por parte de la contratista o concesionaria entrante puede ser establecida por vía de negociación colectiva, como ha ocurrido en Convenio Colectivo de la industria del agua (2007); 3) la aplicación de estas cláusulas convencionales de subrogación está condicionada al cumplimiento de los deberes instrumentales de comunicación y/o documentación establecidos en la negociación colectiva a cargo de la empresa saliente, de suerte que si no se remite tal documentación no se produce la transferencia de la relación de trabajo a la empresa entrante; y 4) en el caso enjuiciado ni se ha probado que el trabajador de Ghiasa estuviera adscrito al Ayuntamiento de Moguer, ni consta tampoco –pese a la afirmación en contrario que se efectúa en el escrito de impugnación al recurso– que esta empresa saliente hubiera entregado a Aqualia o a la corporación municipal toda la documentación prevista para el caso en el artículo 55 del convenio colectivo del sector (hasta nueve documentos), entre ella la relativa al cumplimiento de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social» (STS 15-7-2013).

Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 2013 ILJ 865/2013**, (comentada en el apartado 4.B de esta Crónica) sí se pronuncia a favor de la subrogación empresarial. En el caso de autos los trabajadores pertenecientes a la empresa saliente, la Federación de Asociaciones de Personas Sordas de Catilla y León –FAPSCYL– no fueron subrogados por parte de Atlas Servicios Empresariales SA (Atlas), la empresa que recibió la adjudicación de los servicios que anteriormente venía prestando la mercantil saliente. La negativa de la empresa Atlas se basa en el incumplimiento por parte de FAPSCYL de la entrega en plazo de la información documental preceptiva –tal y como se recoge en el art.27 del Convenio Colectivo que le es de aplicación– (Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad). Sin embargo, de los Hechos Probados la Sala deduce que Atlas obvió la finalidad que subyace en el artículo 27 del Convenio referido, puesto que no consta que comunicase a FAPSCYL el cambio de adjudicación, comunicación necesaria para que FAPSCYL procediera a la entrega de la documentación preceptiva. Y, en cambio, si consta que FAPSCYL comunicó por burofax a Atlas la ausencia de la previa comunicación, así como la puesta a su disposición de la documental necesaria para la subrogación en sus propias dependencias, lo que demuestra la intención de FAPSCYL de cumplimentar los requisitos exigidos para llevar a término y de forma ajustada la subrogación. Tampoco cumplió Atlas lo preceptuado en el artículo 27.8 del convenio citado en el que la subrogación empresarial se desliga del trámite formal de entrega de la documentación. Expresamente dice el precepto que: «En ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirle a aquella la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear». A la vista de los hechos citados la Sala admite la subrogación empresarial al reconocer el incumplimiento por parte de Atlas de las previsiones que, en este ámbito, se contienen en el convenio colectivo de aplicación al caso en cuestión.

E) Inclusión de cláusulas de subrogación empresarial en los pliegos de licitación derivada de acuerdo colectivo

La **STS de 4 de junio de 2013 (u.d.) ILJ 750/2013** resuelve en unificación de doctrina un supuesto de incumplimiento de un acuerdo suscrito por la empresa Corporación de

Radio Televisión Española SA (RTVE) y los representantes de los trabajadores en el que se contemplaba la obligación –incumplida por la mercantil citada– de incorporar en los pliegos de licitación de los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas –en este caso el realizado con la empresa Intra– una cláusula de subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata. Para el TS, a contrario de lo que sostiene la empresa recurrente (RTVE), el pliego de licitación puede contener una cláusula de subrogación ya que ésta forma parte del pliego de cláusulas administrativas, tal y como se deduce del art 99.2 de la L.30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público: «en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes del contrato». Dicha cláusula, al formar parte del acuerdo firmado por RTVE y la representación legal de los trabajadores, resulta de obligado cumplimiento. No obstante lo anterior, el TS aclara que «a las empresas de servicios no se les impone el clausulado del Acuerdo de 12 de julio de 2006, simplemente si acuden al concurso público que, en su caso convoque RTVE, han de respetar la totalidad de las cláusulas generales y particulares y entre estas últimas está la subrogación de los contratos de los trabajadores. La obligación de subrogación de las empresas de servicios que concurran al concurso no deriva del Acuerdo de 12 de julio de 2006, sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, al que libre y voluntariamente se ha presentado, sometiéndose a las cláusulas del mismo. Respecto a los trabajadores a los que, en su caso, subrogue la nueva empresa de servicios en el caso de cambio de titularidad de contrata, la cláusula no impone obligación alguna de aceptar la subrogación ya que dicha obligación de subrogar se impone únicamente a la empresa».

F) Subrogación de los servicios de seguridad y vigilancia: los trabajadores afectados precisan del título habilitante

En el ámbito de las subrogaciones entre empresas de servicios una de las cuestiones que resulta particularmente litigiosa es la relativa al cumplimiento de las garantías legales y convencionales que se derivan para los trabajadores afectados por la subrogación, cuando dichos trabajadores carecen del título habilitante exigido por la normativa legal para desarrollar las específicas tareas de seguridad y vigilancia. En el caso de autos la **STS de 16 de julio de 2013 (u.d.) ILJ 911/2013** rechaza la subrogación del trabajador afectado por carecer de la habilitación del Ministerio del Interior para prestar servicios como vigilante de seguridad. Reconoce la Sala que «La carencia de esa autorización administrativa es aquí, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un modus operandi carente de acomodo legal».

G) Subrogación empresarial y convenio colectivo aplicable

Consumada la subrogación empresarial resulta particularmente litigiosa la cuestión relativa tanto a la determinación como al criterio temporal del convenio colectivo aplicable a los

trabajadores afectados por una subrogación. Para garantizar los derechos laborales de los trabajadores afectados ante un supuesto de subrogación empresarial, la normativa laboral dispone el mantenimiento del convenio colectivo que les viniese siendo de aplicación hasta su expiración o entrada en vigor de otro convenio nuevo que resulte de aplicación a la mercantil transmitida (artículo 44.4 ET). En el caso de autos la empresa Canal de Isabel II Gestión SA (Gestión), empresa de nueva creación sucedió a la empresa pública Canal de Isabel II (Canal) subrogándose en los contratos de los trabajadores, salvo veintiuno que permanecieron en Canal de Isabel II. A los trabajadores directamente contratados por la nueva empresa Gestión les aplica el III Convenio Colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, mientras que a los trabajadores subrogados les mantuvo la aplicación del XVIII Convenio Colectivo del Canal de Isabel II hasta la fecha de su expiración, pasando a partir de ese momento, por decisión de Gestión, a aplicársele el III Convenio Colectivo estatal como al resto de los trabajadores, si bien, a los trabajadores subrogados se les mantuvo las condiciones previamente pactadas por acuerdo con la empresa Canal en el que quedaron contractualizados, en lo esencial, los derechos reconocidos por el XVIII Convenio Colectivo. Las circunstancias descritas motivan la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la representación de los trabajadores de la empresa Gestión en la que se pide la común aplicación a todos los trabajadores de la empresa Gestión del XVIII Convenio Colectivo de Canal al haber expirado su duración y no haber sido denunciado en el plazo legalmente establecido para ello. La **SAN de 14 de junio de 2013 ILJ 894/2013**, se pronuncia a favor de la continuidad en la aplicación del XVIII Convenio Colectivo de Canal, por cuanto que no fue denunciado en el plazo fijado encontrándose, en consecuencia, prorrogado y no siendo obstáculo a ello el acuerdo firmado entre la cedente y el comité de empresa de Canal antes de la subrogación. Ahora bien, la Sala aclara que el ámbito subjetivo de aplicación del citado Convenio Colectivo queda restringido al personal subrogado no siendo, en consecuencia, de aplicación al personal de nueva contratación »por cuanto que estamos ante una sucesión real y no fraudulenta, que obliga a la empresa cesionaria a subrogarse en los derechos de los trabajadores de la cedente, pero no a aplicar el convenio de procedencia a sus nuevos trabajadores, por cuanto el artículo 44.4 ET deja perfectamente claro que el mantenimiento del convenio de procedencia se aplica exclusivamente a los trabajadores afectados por la sucesión».

Particularmente interesante en este ámbito material resulta la **Sentencia de 18 de julio de 2013 ILJ 880/2013**, asunto C-426/11, en la que el TJUE, una vez más, interpreta el artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE de 12 marzo, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. En este caso, el pronunciamiento del TJUE tiene lugar con ocasión de deriva de tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Supreme Court of the United Kingdom (Reino Unido) que, en síntesis, vienen a preguntar al TJUE si el artículo 3 de la Directiva permite, exige o se opone a que la legislación nacional de un Estado miembro establezca que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión puedan hacerse valer frente al cesionario. En otros términos, se quiere determinar si puede o no impedirse que un Estado miembro confiera a los trabajadores objeto de una transmisión de empresa o de actividad, una protección «dinámica» —cuando así resulte de la aplicación del Derecho contractual nacional— que permita que puedan oponerse al cesionario no sólo los convenios colectivos

vigentes en el momento de la transmisión, sino también los posteriores. Las cuestiones prejudiciales planteadas tienen su causa en la legislación nacional inglesa que permite a las partes contractuales incorporar al contrato una cláusula que estipule que la remuneración del trabajador puede ser determinada entre el empresario y el sindicato o negociadas periódicamente por un tercero. En el caso de autos el distrito municipal de Lewisham London Borough Council (Lewisham) cedió el negocio de ocio a la empresa privada CCL Limited (CCL) la cual integró en su plantilla a los trabajadores de Lewisham los cuales tenían incorporados en sus contratos una cláusula de este tipo en la que se establecía que los términos y condiciones de empleo se regirían por lo dispuesto en los convenios colectivos negociados por el National Joint Council for Local Government Services (NJC). En fechas posteriores CCL cedió el negocio y los trabajadores a otra empresa privada, Parkwood. Se da la circunstancia de que con posterioridad a esta última transmisión el NJC llegó a un nuevo acuerdo cuyas condiciones pretenden los trabajadores transmitidos les sea de aplicación por ser éstas más favorable. Es la negativa de la empresa Parkwood a vincularse por dicho acuerdo la que motiva la demanda inicial de los trabajadores que da origen al litigio principal. Para la resolución de este litigio el TJUE recuerda que en la Sentencia Werhof declaró que «el artículo 3 apartado 1 de la Directiva 77/187 [posteriormente codificada por la Directiva 2001/23] debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, cuando el contrato de trabajo se remita a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión de la empresa...». «Ahora bien, la Directiva 77/187 no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos, por una parte, y los del cesionario, por otra. Más concretamente, la Directiva indica que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad». Teniendo en cuenta que la transmisión de empresa se produjo entre una persona jurídica de Derecho público y con otra de Derecho privado la continuación de la actividad del cesionario requería ajustes y adaptaciones importantes –por las diferencias existentes entre ambos sectores–, por lo que la aplicación de una cláusula dinámica a convenios colectivos negociados y aprobados con posterioridad a la transmisión y destinados a regular la evolución de las condiciones laborales en el sector público y en donde el cesionario no dispone de facultad de participación alguna podría limitar su capacidad de ajuste y afectar su libertad de empresa. Ante tales circunstancias el TJUE declara que «el artículo 3 de la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 8 de esa Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que autoriza a los estados miembros a adoptar medidas que, a pesar de que son más favorables para los trabajadores, pueden lesionar la propia esencia del derecho del cesionario a la libertad de empresa». En consecuencia, el TJUE resuelve que «El artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca, en el caso de una transmisión de empresa, que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión podrán hacerse valer frente al cesionario cuando éste no tenga la posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios colectivos celebrados después de la transmisión».

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos de delimitan el supuesto de hecho

En anteriores ocasiones ya hemos comentado que la doctrina jurisprudencial y de suplicación ha venido señalando que el artículo 43 del ET contempla un supuesto de interposición en el contrato de trabajo, en virtud del cual el empresario real aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. También se ha hecho referencia a la finalidad que el precepto persigue cual es la de hacer coincidir la relación laboral real con la formal. En otros términos, que quien sea el efectivo empresario asuma las obligaciones que como tal le corresponden impidiéndose la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías cuando aparecen empresarios ficticios insolventes. Pero lo anterior, según indica la **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2013 ILJ 726/2013** «no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí, la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los trabajadores. Así lo han reconocido las STS/IV de 21 marzo 1997 (RJ 1997, 2612) y 3 marzo 2000 (RJ 2000, 1601) (rec.14430/1999) que señalan en el artículo 43 del estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios».

Recuerda la Sala la complejidad de deslindar el fenómeno de la descentralización productiva (artículo 42 ET) cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria y una cesión prohibida (artículo 43 ET), especialmente, en aquellos casos en los que se recurre a la contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio ilegal de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario siendo dificultoso establecer el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva. En estos casos, como señala la Sala, los Tribunales vienen recurriendo a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración complementarios que tienen un valor indicativo u orientador para el órgano juzgador, entre los que cabe citar los siguientes: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, la realidad empresarial del contratista (existencia de capital, patrimonio, estructura productiva, etc.). Sin embargo, en ocasiones, estos criterios no son suficientes, en aquellos casos en los que la cesión prohibida opera entre empresas reales cuando el trabajador vinculado contractualmente a una empresa presta servicios permanente para otra y bajo sus órdenes. Aplicando al caso enjuiciado los citados criterios doctrinales y jurisprudenciales la Sala no aprecia la cesión ilegal de mano de obra pretendida por el trabajador demandante, puesto que Atlas Servicios Empresariales, empresa para la que el actor prestó sus servicios es una empresa real, con organización y patrimonio propio, a la que pertenecían todos los medios materiales puestos a disposición del actor, siendo su personal el que impartía las órdenes de trabajo, datos todos ellos que evidencian la total vinculación del actor al ámbito rector y

organicista de la empresa referenciada y la ausencia de vinculación con la codemandada Zara Logística SA «En resumen, teniendo en cuenta que la gestión y la actividad realizada por el actor no se controla por la empresa codemandada Zara Logística SA, sino por la empresa para la que el actor vino prestando servicios desde el 15 de diciembre de 2010, que la codemandada Atlas Servicios Empresariales SA, es una empresa real, con organización y patrimonio propio, a la que pertenecían todos los medios materiales puestos a disposición del actor, siendo su personal quien le impartía las órdenes de trabajo, todos estos datos evidencian la plena sujeción u supeditación del demandante al ámbito rector y organicista de la referida empresa Atlas SA dándose la ausencia de toda vinculación real del trabajador con la codemandada Zara Logística, lo que pone de manifiesto la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra».

B) Efectos de la cesión ilegal: extensión a las diferencias salariales no prescritas entre los salarios de la empresa cesionaria y los percibidos por la empresa cedente

Declarada judicialmente la cesión ilegal el artículo 43.4 ET determina que los derechos y obligaciones del trabajador incorporado a la empresa cesionaria «serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal». Sin embargo, la norma no se pronuncia acerca del alcance retroactivo de los derechos retributivos del trabajador incorporado planteándose ésta como una cuestión controvertida.

En el caso de autos la **STS de 4 de julio de 2013 (u.d.) ILJ 827/2013** ha de determinar si los efectos de la cesión ilegal reconocida entre las empresas Universidad de La Coruña y la Delegación Provincial de Orense de la Vicepresidencia Da Igualdad E Do Benestar se extienden al derecho de los trabajadores afectados por la cesión a percibir, con efecto retroactivo a la declaración judicial que reconoce la cesión ilegal, las diferencias salariales no prescritas entre los salarios de la empresa cesionaria (Vicepresidencia Da Igualdad E Do Benestar) y los percibidos en la empresa cedente (Universidad de La Coruña).

El TS estima la pretensión de los trabajadores aplicando al caso la doctrina contenida en la sentencia de contraste (STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2012, rec. 4225/2008). En ella, como aclara la Sala del TS, se describe perfectamente la línea evolutiva seguida en la interpretación jurisprudencial del artículo 43 ET. «Dicha evolución comienza en la Sentencia de 15/11/1993 (RCUD 1294/1993), que niega el derecho impetrado porque “las consecuencias económicas pedidas no están acogidas en tal disposición” (artículo 43 ET); dicha doctrina se matiza ya en la Sentencia de 21/03/1997 (RCUD 3211, 1996) que sí concede las diferencias salariales reclamadas pero con el argumento de que no todas las cesiones ilegales son iguales sino que deben distinguirse los casos en que se está ante empresas reales o ante una empresa real (la cesionaria) y otra interpuesta ficticia (la cedente), en cuyo caso “la ruptura de la simulación debe permitir recuperar todos los efectos de la relación real sin ninguna limitación temporal, salvo las que puedan derivar de las normas sobre prescripción”. Un giro importante es el que da la sentencia de 14/09/2001 (RCUD 2142, 2000) en la que, reconociendo que existen esos dos tipos de cesiones ilegales –por empresa real o por empresa aparente– concluye que ambos son mecanismos interpositivos

contemplados en el artículo 43 del ET, con los efectos correspondientes. Dice así en su FD Cuarto: “El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios”. Sin embargo, dicha sentencia no se pronuncia sobre el tema que estamos debatiendo, pues no era objeto de consideración, lo que sí hace ya –y éste es el último paso de la evolución– la sentencia de 30/11/2005 (RCUD 3630, 2004), que es la de contraste, en la que, aplicando ya esa última doctrina a un caso de reclamación salarial idéntico al que ahora debatimos y en el que la cesión ilegal se había producido por una empresa real, estima que dicha reclamación es procedente, integrando así el silencio del artículo 43 al respecto.

Quinto.–Dicha doctrina contenida en la sentencia de contraste ha sido posteriormente refrendada en la de 05/12/2006 (RCUD 4927, 2005), cuyo Fundamento de Derecho Segundo dice así: “... la doctrina anterior de la Sala se había centrado en la opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores –en la versión vigente a efectos de la presente reclamación que es anterior a la reforma del Real Decreto-Ley 5/2006– señalando que esta opción sólo tiene sentido ‘cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva’. Pero con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente 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 posible 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 la 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 con la empresa cedente y, aún en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión”».

JESÚS CRUZ VILLALÓN
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 - A) **Período de prueba.**
 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL. SUPUESTOS.
 - A) **Contrato para obra o servicio determinado.**
 - B) **Contrato eventual por circunstancias de la producción.**
 - C) **Contrato de interinidad.**
 4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Contrato a tiempo parcial.**
 - B) **Contratos fijos discontinuos.**
 - C) **Contrato de relevo.**
 5. TRABAJOS DE COLABORACIÓN SOCIAL.
 6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Destaca en esta crónica en la que se analizan las sentencias publicadas en los números 7, 8 y 9 de Información Laboral, la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013, IL J 876/2013**, que aborda una cuestión del período de prueba pactado en el marco del contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba. En esta materia ha de destacarse la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2013, IL J 876/2013**, que aborda una cuestión novedosa aunque no entra a valorarla por tratarse de un supuesto de hecho peculiar. En este sentido, hay que puntualizar

que no se decide en la resolución que nos ocupa el tema de la admisibilidad del período de prueba que regula el artículo 4 Ley 3/2012 en relación con el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, aunque el TSJ de Cataluña sí reconoce las dudas incluso de constitucionalidad que el mismo suscita. El motivo por el que no se entra a valorar si la duración anual en todo caso del período de prueba puede considerarse abusiva es porque en el caso concreto que se plantea el empresario desiste en el plazo de cuarenta y cinco días desde la firma del contrato:

«Pues bien, al margen de que, ciertamente, la duración del período de prueba en estos contratos haya sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, pues el plazo de un año parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo, y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa, lo cierto es que, en el presente caso, al margen de la duración pactada de un año, el empresario desistió del contrato, por no superación del período de prueba por el hoy recurrente, antes del transcurso de 45 días desde su suscripción, por lo que no resulta decisivo para la decisión del pleito que el plazo legal precitado de una año pueda resultar, o no, ajustado a la legalidad constitucional, pues en cualquier caso no se habría vulnerado aquí el régimen general sobre el período de prueba previsto en el artículo 14 ET y en el convenio colectivo de aplicación, que establece, para la categoría profesional del actor, un período de prueba de 45 días. Por lo que no puede sostenerse que el libre desistimiento del contrato por el empresario carezca de amparo legal y convencional, ni que la decisión empresarial extintiva entrañe abuso de derecho, pues se ejercita antes incluso de transcurrir el plazo máximo de duración del período de prueba previsto en el convenio colectivo del sector. Un eventual desajuste a la Constitución del plazo fijado en la novedosa figura contractual comentada no determinaría la nulidad total de la cláusula sobre período de prueba pactada en el contrato, pues sólo quedaría, en su caso, afectado por la nulidad el exceso de duración respecto de la establecida convencionalmente, quedando rectificadas la cláusula ajustando este aspecto a la regulación del convenio colectivo, como un supuesto de nulidad parcial regulada en el artículo 9.1 del ET. No desaparece, pues, el pacto de período de prueba, sino solamente en lo relativo a la duración que exceda de la legal o convencionalmente aplicable, como ha resuelto la STS 19-10-87. Y aquí, como hemos dicho, ni siquiera se ha superado el período de prueba previsto en el convenio colectivo de aplicación, por lo que el recurso se desestima».

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL: SUPUESTOS

A) Contrato por obra o servicio determinado

Al margen de la **STS de 13 de mayo de 2013, IL J 701/2013**, de alcance procesal, destaca en relación con esta modalidad contractual la **STS de 16 de mayo de 2013, IL J 765/2013** en la que se declara la nulidad de la extinción del contrato por obra en un supuesto en el que se considera concurrente la vulneración de la garantía de indemnidad en el caso de unas trabajadoras que con anterioridad al cese, habían reclamado frente a la empresa

(SERMAS CAM) la indefinición de su relación laboral que está basada en unos contratos de obra y servicio determinado que no cumplían los requisitos legales para ser considerados válidos y que la Administración resolvió unilateralmente, para inmediatamente ser nombradas personal estatuario eventual:

«En el caso que examinamos se considera perfectamente acreditado el indicio de represalia que justifica la alegación de las demandantes para que se les aplique la garantía de indemnidad, que conduce a la declaración, no de la simple improcedencia, sino de la nulidad de sus despidos, pues hay que partir del carácter fraudulento de los contratos para obra y servicio determinado –que apreció la propia sentencia recurrida en orden a la declaración que hizo de improcedencia de los despidos–, no solo por tener como objeto tales contratos los trabajos propios y permanentes del hospital, sino porque ni siquiera se justifica la supuesta finalización de la obra o servicio contratado. Y en tal situación, que determina la indefinición de los contratos laborales –aunque no la fijeza de plantilla–, se produce la reclamación de las actoras en orden al reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral que unía a las partes, produciéndose el cese –por no renovación del contrato– a los pocos meses, es decir, en la primera ocasión que le brinda al SERMAS la fecha formal de terminación de dichos contratos –el 31 de diciembre de 2010– Siendo esto así, y al no ser desvirtuado ese indicio mediante una prueba adecuada de que la Administración empresaria, no obstante esa apariencia o sospecha de vulneración de la referida garantía, procedió al cese por motivos legítimos y ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales, es claro que debe entenderse vulnerada la repetida garantía (artículo 24 de CE), que conduce a la calificación de nulidad de los despidos producidos».

B) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Destaca en relación con el contrato eventual, la **STS de 10 de julio de 2013, IL J 919/2013**, que reitera la jurisprudencia consolidada sobre la concreción de una de las circunstancias justificativas del contrato de trabajo por tiempo determinado previsto en el artículo 15.1.b) ET –la acumulación de tareas– y sobre los requisitos de la prueba o acreditación de dicha causa de temporalidad de la relación laboral. En particular, en esta resolución resuelve el TS un supuesto en el que el trabajador eventual fue contratado para atender el déficit de plantilla de una Administración Pública; concretamente, «la necesidad de compensar con descansos al personal que por necesidades del servicio cubrió las ausencias, por permisos reconocidos en el convenio y para poder cubrir los distintos turnos». Y se estima no ajustada a derecho esta concreta causa de eventualidad:

«[...] el contrato de trabajo del actor ha expresado la causa o causas de la suplencia, pero no ha especificado con la precisión requerida en la normativa aplicable, el nombre del trabajador o trabajadores sustituidos. Es cierto que tal especificación podría resultar muy difícil o imposible respecto de algunas de las circunstancias genéricas invocadas (ausencias sobrevenidas y cobertura de turnos no atendidos); pero una de las causas concretas de temporalidad aducidas –desempeño del trabajo de trabajadores que disfrutaban «permisos reconocidos en el convenio»– sí podía y debía haber sido especificada con mayor precisión en el documento del contrato. Esta omisión de un dato que debe ser consignado como garantía de la existencia de la causa de temporalidad no consta que haya sido subsanada,

mediante el recurso a otros medios de prueba, ni en el proceso de instancia ni en la vía de suplicación que concluyó con la sentencia ahora recurrida».

C) Contrato de interinidad

La única sentencia reseñable en esta crónica en relación con este tipo de contrato temporal no es relevante. Y es que la **STS de 20 de abril de 2013, IL J 779/2013**, no entra en el fondo del asunto al no estimar la necesaria contradicción.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

B) Contrato fijo-discontinuo

En relación con los efectos del despido en este tipo de contratos cuando se produce el devengo de salarios de tramitación, se abunda en la doctrina unificada de que el pago de dichos salarios sólo procede hasta la terminación de la temporada o de la campaña si ésta finaliza antes de la fecha de la sentencia en la cual se declara el despido improcedente (**SSTS de 2 de julio de 2013, IL J 854/2013 y 2597/2012**).

C) Contrato de relevo

Indirectamente, la **STS de 14 de mayo de 2013, IL J 766/2013**, se refiere a los contratos de relevo al interpretar un convenio colectivo y resolver la demanda de conflicto colectivo sobre incumplimiento de un compromiso de contrataciones. La sentencia confirma la interpretación de considerar que no se cumplió el plan de empleo por parte de la empresa al no ser admisible el cómputo entre las nuevas contrataciones que debían realizarse por imposición convencional, los contratos de relevo que, como es sabido, derivan de una obligación «ex lege».

En el ámbito de las jubilaciones parciales, alguna sentencia abunda en doctrina ya unificada. La **STS de 18 de junio de 2013, IL J 2518/2013**, en el sentido de que en aplicación del Real Decreto ley 8/2010 no procede la jubilación parcial en base al convenio colectivo del sector, si no que sólo es posible bajo el amparo de convenio colectivo o acuerdo colectivo, ambos de empresa.

5. TRABAJOS DE COLABORACIÓN SOCIAL

La **STS de 9 de julio de 2013, IL J 919/2013** unifica doctrina y declara la inexistencia de despido improcedente por fraude de ley en un trabajos de colaboración social, pese a que la actividad desarrollada sea una actividad normal en la Administración. La sentencia, recogiendo la doctrina unificada en pronunciamientos anteriores insiste en la no laboralidad de la relación y que la transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso

en la plantilla de la Administración. En este sentido, se reitera que: 1) la adscripción a un trabajo de colaboración social tiene carácter temporal *ex lege* en cuanto que «nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio de desempleo que se le hubiera reconocido», y 2) que la temporalidad exigida en esta modalidad de trabajo de colaboración social «no guarda relación con la temporalidad por obra o servicio determinado a que se refiere el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores «...sino que el trabajo del desempleado implica desde el inicio una obra o un servicio durante un tiempo limitado». Se concluye que dichos trabajos derivan del deber de trabajar reconocido constitucionalmente, que si bien no puede referirse a la imposición de trabajos forzosos, sí puede condicionar la prestación por desempleo.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

En punto a los efectos de la anulación de un concurso de contratación de empleados públicos, la STS de 21 de mayo de 2013, IL J 764/2013 estima que ello ha de provocar la necesaria extinción de los contratos de trabajo afectados, extinción que debe realizarse, según los casos, bien por la vía del despido colectivo, o bien por la vía del despido objetivo. Ahora bien, si el empleado continúa prestando servicios laborales en otro puesto de trabajo al que no alcanza el efecto anulatorio, existe modificación (novación modificativa) del contrato, pero no extinción del mismo.

Por su parte, la **STS de 15 de abril de 2013, IL J 785/2013**, devuelve el asunto al juzgado de instancia para que se pronuncie sobre la posible concurrencia de fraude en el cese de una relación laboral, aunque posteriormente la relación se mantuvo mediante un contrato estatutario.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

V. DINÁMICA DE LA RELACION LABORAL

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. SALARIO.

A) Definición y composición de la estructura salarial.

- a) Vacaciones. Remuneración económica tras situación de IT. Plazo de prescripción.
- b) Conflicto Colectivo. Reducción salarial 5%. Sucesión empresarial de Sociedad Mercantil Pública
- c) Reducción de Salario. Decreto Ley 8/2010.
- d) Empresa de Seguridad. Horas extraordinarias. Retribución.
- e) Salarios. Compensación y absorción. Plus ad personam.
- f) Profesores de enseñanza concertada. Galicia. No tienen derecho a percibir la paga de antigüedad de los 25 años en el ejercicio 2012.
- g) Conflicto colectivo. Complemento individual. Absorción y compensación.

B) Fondo de Garantía Salarial.

- a) Responsabilidad directa. Despido objetivo por causas económicas en empresa de menos de 25 trabajadores. La puesta a disposición por parte de la empresa del 60% de la indemnización remitiendo para el cobro del 40% restante al FOGASA cumple la exigencia prevista en el artículo 53.1.b) ET. Relación entre lo dispuesto en los artículos 53.1.b) y 33.8 ET.

2. TIEMPO DE TRABAJO.

A) Horas Extra. Nulidad de pacto que acuerda compensación económica de horas extras trabajadas por encima de las máximas permitidas legalmente.

B) Reducción de jornada. La nulidad radical no explicitada en demanda inflige indefensión a la demandada.

C) Vacaciones. El plazo de prescripción en orden a interesar su compensación económica se sitúa en el día de extinción de la relación laboral.

3. MODIFICACION SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.

A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sistema de retribución por comisiones. Nulidad del periodo de consultas.

- B) **Modificación sustancial de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación. Periodo de consultas.**
 - C) **Modificación sustancial del salario. Supuesto excluido del artículo 41.1 ET con carácter previo a la nueva redacción.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 7, 8 y 9 de 2013 de la *Revista de Información Laboral* (julio-septiembre 2013).

1. SALARIO

A) **Definición y composición de la estructura salarial**

a) *Vacaciones. Remuneración económica tras situación de IT. Plazo de prescripción STS de 28 de mayo de 2013* (recurso de casación unificación de doctrina 1914/2012), ILJ 759/2012.

1. El objeto del litigio en el presente procedimiento es el día de inicio del plazo de prescripción para el cómputo del plazo de la acción tendente a reclamar las cantidades compensatorias de las vacaciones anuales no disfrutadas durante los años sucesivos en los que la actora permaneció en situación de incapacidad temporal, con varios periodos de tiempo aunque hayan existido breves periodos de reincorporación efectiva al trabajo en los que no se pudo disfrutar o no se disfrutó efectivamente de tales vacaciones, los periodos de I.T fueron (de 21-07-2009 a 29-07-2009 y de 29-01-2010 a 04-02-2010). La empresa recurre alegando la infracción del artículo 59 del ET, en el que se dispone un año de en las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación argumentando la empleadora que la solamente tendría derecho a percibir las vacaciones correspondientes al año 2010, y que estarían prescritas las reclamaciones económicas referentes a los años 2007, 2008 y 2009. no cuestiona el derecho, sino únicamente el derecho a la sustitución de tal disfrute vacacional efectivo por compensación económica y a la fecha inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción correspondiente. La representación de la trabajadora mantiene que el plazo de prescripción del año se inicia a partir del día en que se extingue la relación laboral.

2. La fundamentación jurídica expuesta por las partes, en el objeto de debate, ya expuesta en el punto anterior, no es óbice para que la Sala inicie la suya aludiendo a que la excepcional posibilidad de compensación en metálico, ya recogiera sobre la base del artículo 40.2 de la Constitución española y está también reconocido en Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que forma también parte ya de nuestro Derecho interno (artículo 96.1 de la CE), entre otras la STS/IV 30-abril-1996 (rcud 3084/1995) que expone que «*La finalidad que es propia del mencionado derecho lleva consigo que su disfrute específico no pueda sustituirse por compensación econó-*

mica, salvo en supuestos en que el contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha fijada para el periodo vacacional, generándose en tal caso derecho a la correspondiente compensación, proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año diferencia», concluye la Sala del Supremo, que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a reclamar las cantidades compensatorias de las vacaciones anuales no disfrutadas durante los años sucesivos en los que la trabajadora demandante permaneció en situación de IT, aunque hayan existido breves periodos de reincorporación efectiva al trabajo, en los que no se pudo disfrutar las vacaciones se inicia no se inicia al término de cada año natural, sino al extinguirse la relación laboral, derivada de la declaración de incapacidad permanente en grado de total.

3. No es un tema nuevo la compensación económica de las vacaciones tras un periodo de IT, y la extinción de la relación laboral, ya hay reiteradas sentencias a este respecto, como se señala en la presente, si es novedoso que se cuestione el plazo de inicio de la prescripción, y no puede ser otro que el referido por la Sala, cual es desde el que el trabajador puede reclamar su derecho, la fecha de la extinción de la relación laboral en este caso desde la declaración de IPT, y no la finalización de cada año natural en que las vacaciones se disfrutaron, pues si se hubiera interpuesto demanda en reclamación de compensación económica de vacaciones no hubiera prosperado, pues el derecho del trabajador en ese momento (final natural del año) estando viva la relación laboral, no es la compensación económica de las vacaciones recogida en el artículo 38 del ET, sino el disfrute de las mismas.

b) Conflicto Colectivo. Reducción salarial 5%. Sucesión empresarial de Sociedad Mercantil Pública

SAN de 23 junio de 2013 (conflicto colectivo 70/2013), IL J 713/2013.

1. La CGT interpone demanda de conflicto, en la que pretende que se condene a la empresa demandada GESTIÓN SA sociedad mercantil pública, para que aplique con efectos 1 de julio de 2012 tomando los valores salariales vigentes a mayo de 2010, con los incrementos pactados en el Convenio Colectivo y abonando la diferencia por las cantidades abonadas a los trabajadores. Mantiene que esta mercantil GESTIÓN SA se transformó en una sociedad mercantil pública de la empresa pública CANAL, que forma parte de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, sometida a la Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, y se subrogó en los contratos de trabajo del personal con efectos de 1-07-2012. Se solicita en la demanda de conflicto que GESTIÓN, tiene que aplicar a sus trabajadores el XVIII convenio de CANAL, puesto que no le es aplicable la reducción retributiva, causada por el RDL 8/2010, 20 de mayo, ni tampoco la ley 4/2010, de 29 de junio, en la que se decidió aplicar la reducción retributiva del 5% a las sociedades mercantiles públicas de la CAM, aunque dicha medida contradecía frontalmente lo dispuesto en la DA 9ª del propio RDL 8/2010, como ha defendido la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en sentencia de 14-09-2012.

Se oponen las empresas demandadas, CANAL porque se trata de una Entidad de Derecho Público, que aplicó, en su momento, la reducción retributiva, sobre la base normativa expuesta y la SAN 27-07-2011, que fue confirmada por STS 20-12-2012. Especificando que todo su personal, salvo veintiún trabajadores, pasaron a GESTIÓN desde el

1-07-2012, a quienes sigue aplicando el XVIII convenio, en relación con las regulaciones de las Leyes de Presupuestos de la CAM Por su parte la empresa GESTIÓN, se opone a la demanda, defendiendo que no se ha efectuado una transformación de una Entidad de Derecho Público en una sociedad mercantil, sino la segregación de una unidad productiva autónoma de CANAL, que actualmente se denomina GESTIÓN, que es efectivamente una sociedad mercantil pública. Negó, que el conflicto afecte a todos los trabajadores de la empresa, puesto que están implicados únicamente quienes fueron subrogados de CANAL, por cuanto los aproximadamente 300 trabajadores, contratados directamente por GESTIÓN, que regulan sus relaciones laborales por el convenio colectivo de aguas. Dicho convenio se aplica a todo el personal de GESTIÓN, puesto que el 31-12-2012 venció la vigencia del XVIII convenio de CANAL, que ya no les es de aplicación. Siendo su argumento principal que se subrogó tal y como exige el artículo 44 ET no prevé más que la subrogación en los contratos, manteniéndose el convenio hasta que finalice su vigencia o hasta que se negocie uno nuevo en la nueva empresa, sin que el XVIII convenio de CANAL haya sufrido posteriormente ningún tipo de modificación.

2. Si bien parece que el tema planteado es mas complejo que la aplicación del artículo 44 del E.T, pues se mantiene por la representación de los trabajadores la existencia de una transformación de una sociedad pública a una mercantil pública, zanja la Sala la cuestión, acogiendo la tesis empresarial ya expuesta en el punto anterior, puesto que el referido artículo 44.4 ET obligaba únicamente a mantener el convenio colectivo de procedencia hasta que expire su vigencia, o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la entidad productiva transferida y el XVIII Convenio había sido modificado legalmente en el momento de la transferencia por imperativo legal, por lo que no cabe posteriormente su aplicación en su redacción original, se esgrime en esta tesis que GESTIÓN es una mercantil pública, pero no negoció ni estuvo nunca incluida en el ámbito del citado convenio, por lo que únicamente tiene la de una empresa cesionaria, la cual no es otra que aplicar a los trabajadores de la empresa de procedencia el convenio que les era aplicable en el momento de la subrogación, que no era un convenio de una sociedad mercantil pública, sino que era el convenio de una entidad de derecho público, cuyas cuantías ha respetado en su integridad.

3. Si bien se dicta sentencia por la Sala de Tribunal Supremos, desde la perspectiva de una «pura y clara» sucesión de empresa regulada en el artículo 44 del ET, lo cual hace intachable la escueta fundamentación jurídica de la sentencia, de trasfondo hay un tema mas complejo, y que requiere atender de esta parte necesita un estudio mas pormenorizado del caso concreto, cual es la subrogación de empresa por segregación en una mercantil con distinta naturaleza jurídica, pero ambas de naturaleza pública, a lo cual hubiera sido interesante una mención mas profunda.

c) Reducción de Salario. Decreto Ley 8/2010

STS de 16 de julio de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 3188/2012), IL J 908/2013.

1. La empresa demandada Centro de Transportes de BK, SA para los años 2008-2011, ha procedido a realizar un descuento salarial a los trabajadores de la plantilla en junio de 2010 y a no actualizar el incremento salarial previsto para el año 2011, «como

consecuencia de la entrada en vigor de la normativa de rango superior, entre otras, la Ley 8/2010 Real Decreto, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y según la Norma Foral 2/2010, de 30 de junio, complementaria de la Norma Foral 3/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Territorio de Bizkaia, para el año 2010. Sostiene la sentencia recurrida, en síntesis y en lo que aquí interesa, que no se ha producido exceso competencial alguno porque la Ley 3/2010 del Parlamento Vasco no puede calificarse como laboral, sino como económica y financiera, y aunque el artículo 149.1 de la Constitución reconoce al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral (7ª) y también para sentar las bases y coordinación de la planificación económica (13ª), la precitada Ley 3/2010 «se dicta respetando (cumpliendo) el mandato de la Ley General de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, cuyo artículo 22-10 obliga a las Comunidades Autónomas a recoger en sus leyes de presupuestos los criterios establecidos en ese precepto, conforme a los artículos 149-1 y 156-1 de la Constitución. Así se justifica en la sentencia que la Ley 3/2010 se promulgó bajo la cobertura y en cumplimiento de la Ley estatal citada, lo que nos muestra que el legislador autonómico no asumió competencias que no le eran propias».

2. La Sala confirma como no puede ser de otra forma, sus anteriores conclusiones: que lo acordado en Convenio Colectivo puede ser modificado por Ley posterior, que, especialmente, puede disponer una reducción salarial, y que ni el RD-ley 8/2010. Justifica la Sala previamente la desestimación de la inconstitucionalidad alegada, ya decida en otro procedimientos similares (por todas, SSTS 19-12-2011, R. 64/11; 16-1-2012, R. 13/11; 31-1-2012, R. 184/10; 10-2-2012, R. 107/11; 23-2-2012, R. 146/11; 14-3-2012, R. 112/11; 17-4-2012, R. 144/11; 18-4-2012, R. 192/11; 23-4-2012, R. 186/11; 30-4-2012, R. 187/11; 17-5-2012, R. 252/11; 13-6-2012, R. 181/11; 5-7-2012; R. 243/11. Reitera por ello la Sala en todas las sentencias dicta ante las numerosas demandas por los trabajadores del sector público, derivadas de la aplicación del Decreto Ley 8/2010 y Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, 4. Respecto a su contenido, la disposición autonómica, y precisamente en aplicación de su propio Estatuto, como vimos, no hace sino implementar y trasladar a su ámbito territorial, de conformidad incluso con el principio de coordinación al que alude el artículo 156.1 nuestra Norma suprema, una medida básica de carácter económico acordada por el Estado al amparo del artículo 149.1.13 de la propia Constitución. Y respecto al derecho a la negociación colectiva como integrante de la libertad sindical, la misma Constitución (artículo 9.1) garantiza los principios de legalidad y jerarquía normativa y, conforme al artículo 3.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, las disposiciones legales prevalecen sobre cualquier otra fuente de la relación laboral. Es obvio, pues, la norma autonómica que modificó su propia Ley de Presupuestos para 2010, al reducir en un 5% la retribución de los empleados públicos en su ámbito territorial de actuación, no vulnera el derecho de libertad sindical, tal como, en fin, ha entendido el Tribunal Constitucional y esta propia Sala en las resoluciones arriba mencionadas.

3. Estima el recurso sobre la base de la doctrina que en temas similares ya ha establecido se contiene en la sentencia en sentencias el 10-2-2012 (R. 107/11), 20-4-2012 (R. 219/11), 13-6-2012 (R. 191/11), 14-11-2012 (R. 266/11) y 28-11-2012 (R.143/11), pues la disminución de la retribución salarial de los empleados públicos en su ámbito territorial de actuación, no vulnera el derecho de libertad sindical, y la jerarquía de normas.

d) Empresa de Seguridad. Horas extraordinarias. Retribución

STS de 14 de mayo de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 2081/2012), IL J 912/2013.

1. El actor, presta sus servicios profesionales como vigilante de seguridad en la empresa TBL SA, e interpone demanda en reclamación de diferencias salariales por horas extraordinarias, estimándose la sentencia en instancia, cuantificando el valor de la hora extraordinaria en función del importe total, en cómputo anual, de todas las percepciones salariales por las que fue retribuido. Interpuso recurso la empresa demandada en suplicación solicitando sea declarado que el valor de la hora no incluye los pluses de puesto de trabajo, esgrimiendo que los mismos no retribuyen la jornada ordinaria sino la realización puntual de un trabajo determinado o en circunstancias específicas. Se desestima el recurso por la Sala del T.S.J. de Baleares sobre la base de las sentencias del Tribunal Supremo de fecha esta Sala de 11 de noviembre de 2009 (R 42/08) y 21 de febrero de 2007 (R 33/06). La primera de 21 de febrero de 2007 (R 33/06) que anuló el artículo 42.2 del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad por contravenir la prohibición del artículo 35.1 del ET de que el valor de la hora extraordinaria sea inferior al de la ordinaria.

2. Estima el recurso el Tribunal Supremo, que se ratifica y reitera que con carácter general en el cálculo de la hora extraordinaria deban incluirse «todos» los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que todas las horas extraordinaria, y algunas en concreto deban abonarse en todo caso en repercusión de todos los complementos, haciendo referencia expresa a la doctrina sentada por la Sala del TS, citando sentencias de 22 de mayo de 2012 (rcud. 2394/2011) y 1 de marzo de 2012 (rcud. 4405/2010). La hora extraordinaria, es la que se trabaja tras la jornada ordinaria, así se recoge tanto en el 35.1 del ET, y el artículo 42.1 del Convenio Colectivo del sector, por ello no existe duplicidad en el pago, si al trabajador se le abona la hora con los mismos complementos salariales que ya venía devengando. Y nuevamente ratifica su postura sobre Si bien expresa la sentencia como nuestro derecho denomina a los «complementos de puesto de trabajo», como el que se desarrolla en situaciones o circunstancias particulares y que se genera y devenga cuando se produce exclusivamente al trabajar, y por ello la para el cálculo del valor de las horas extraordinarias sólo deben incluirse cuando se dan las circunstancias particulares que justifican su atribución.

3. Reiterada y unificada doctrina de la Sala que referimos a continuación es, SSTs 29 febrero 2012 (rec. 45/2010), 1 de marzo de 2012 (rec. 4478/2010), 16 de marzo 2012 (rec. 2318/2011, 29 de junio 2012 (rec. 3282/2011, 3 de julio 2012 (rec. 4012/2011 o 17 de julio 2012 (rec. 2437/2011). STS, Sala de Social de 4 de octubre de 2012 (Recurso de Casación Unificación de Doctrina núm. 4427/2011),

e) Salarios. Compensación y absorción. Plus ad personam

STS de 25 de junio de 2013 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2567/2012).

1. La actora ha prestado servicios para la demandada desde el 9-12-2004 al 2-11-2006. El 8-10-2004 se suscribió un acuerdo entre la representación de los trabajadores, a excepción de CC.OO. y CGT, vigente entre el 1-12-2004 al 31-12-2006, cuyo artículo

16 preveía el «*plus ad personam 2004*». Si bien el artículo 6 del acuerdo establecía que las condiciones fijadas en el mismo podrían ser absorbidas y compensadas por cualquier otro concepto, las partes se comprometían en la cláusula final a firmar un añadido consistente en que el «*plus ad personam 2004*» no sería absorbible mientras estuviera vigente el acuerdo. Durante el período de prestación de servicios la demandante no ha recibido cantidad alguna en concepto de «*plus ad personam*», habiendo cobrado el «*complemento voluntario absorbible y compensable*» por un importe total de 7.212,32 euros.

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona dictó sentencia el 29 de junio de 2010, estimando la demanda formulada por la trabajadora contra Hotel Princesa Sofía SL, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 8.058,44 euros en concepto de «*plus ad personam*» más el 10% anual sobre esa cantidad.

La demandada formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya dictó sentencia en fecha 19 de marzo de 2012, estimando parcialmente el recurso por entender que el «*complemento voluntario absorbible y compensable*», en cuyo concepto había recibido 7.212,32 euros, resultaba compensable y absorbible con el «*plus ad personam*», estableciendo en 846,12 euros la cantidad a pagar por la empresa y dejando sin efecto la condena al recargo del 10% anual.

La actora interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya, el 22 de septiembre de 2011. Entre ambas sentencias concurren las identidades necesarias, pues en los dos casos se trata de trabajadores de la empresa Hotel Princesa Sofía SL, que han ingresado con posterioridad al año 2004, que han venido percibiendo durante su relación laboral un «*complemento voluntario compensable y absorbible*» y que no han percibido cantidad alguna en concepto de «*plus ad personam 2004*», habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios en cuanto a si procede o no la compensación y la absorción.

2. Entiende la Sala que, si bien la compensación y absorción es posible en términos generales, de acuerdo con lo indicado en el artículo 26.5 LET, no procede si uno de los complementos es inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula. En el supuesto que nos ocupa, por cuanto expresamente se indica en el pacto que regula el complemento que el «*plus ad personam 2004*» no será absorbible durante la vigencia del mismo, resuelve el conflicto declarando que no será compensable ni absorbible y, por tanto, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina, casando y anulando la sentencia del TSJ y confirmando la sentencia de instancia, mediante la cual la demanda fue condenada al pago de 8.058,44 euros en concepto de «*plus ad personam*» más el 10% anual sobre esa cantidad.

3. La sentencia comentada se basa en la doctrina contenida en diversas sentencias previas del propio TS, todas ellas centradas en la importancia a la hora de compensar o absorber que ostenta la propia naturaleza del complemento y su calificación como inabsorbible en la norma legal o convencional que lo regula. Así, «*con carácter general, la Sala ha entendido que normalmente la solución del caso ha de estar casuísticamente ajustada a cada situación de hecho, y que no siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos, sino que casi siempre ha de atenderse al examen de las peculiaridades del caso concreto*» [SSTS 26/03/04 (rec. 135/2003), 06/03/07 (rcud. 5293/2005), 01/12/09 (rco. 34/2008)]. «*Pero ello no es obstáculo para que*

se hubiese afirmado que la compensación que autoriza el artículo 26.5 ET es siempre posible en términos generales, salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula» [SSTS 17/09/04 (rec. 4301/2003), 13/03/06 (rec. 4864/04), 10/05/06 (rec. 2153/05), 23/05/06 (rec. 8/2005), 01/12/09 (rco. 34/08)].

f) *Profesores de enseñanza concertada. Galicia. No tienen derecho a percibir la paga de antigüedad de los 25 años en el ejercicio 2012*

STS de 11 de junio de 2013 (recurso de casación 65/2012), IL J 935/2013.

1. La sentencia comentada se centra en la interpretación de las disposiciones legales y convencionales reguladoras de la denominada paga de antigüedad prevista en la rama de la enseñanza privada concertada para el personal docente que cumpla 25 años de servicios en la empresa educativa. Se trata de averiguar, más concretamente, si los profesores de este sector que prestan sus servicios docentes en la Comunidad Autónoma de Galicia, y que han solicitado el abono de este complemento retributivo en el año 2012, tienen derecho a percibirlo, a pesar de lo dispuesto expresamente en la Ley autonómica de Presupuestos para dicho ejercicio.

El artículo 61 del V Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos aplicable, prevé que los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa perciban una paga, objeto de este litigio. Si bien, este derecho quedará sometido a lo indicado en los acuerdos autonómicos que se suscriban. Por su parte, la Disposición Adicional 8ª del propio convenio colectivo señala que «*las empresas no abonarán directamente cantidad alguna*» por «*los complementos retributivos*» a favor de los «*profesores incluidos en la nómina de pago delegado*», al pago de los cuales «*no estarán obligadas*», así como que el abono de tales complementos, entre los que se encuentra sin duda la paga de antigüedad, «*estará condicionado a que sea hecho efectivo por la Administración Educativa correspondiente*».

Así, la Comunidad Autónoma de Galicia consignó una partida presupuestaria para el abono, hasta el límite del crédito existente, de la aludida paga de antigüedad en el ejercicio 2011. Sin embargo, no se procedió en el mismo sentido para el ejercicio de 2012. Por el contrario, el artículo 55.2 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para dicho año contiene prohibición expresa de acuerdo autonómico de tal clase.

La sentencia de instancia del TSJ de Galicia estima las pretensiones de los sindicatos demandantes, declarando el derecho de los afectados a percibir la cuestionada paga de antigüedad, previa habilitación por la Comunidad Autónoma de la partida presupuestaria correspondiente.

2. Basa su decisión el TS de casar y anular la sentencia recurrida en la norma prohibitiva contenida en el artículo 55.2 de la Ley de Presupuestos de Galicia para 2012 sobre posibles acuerdos autonómicos entre la Administración Educativa y los representantes de los trabajadores relativos al abono de la paga de antigüedad prevista en el convenio colectivo de la enseñanza concertada, si bien limitada temporalmente a dicho ejercicio. Habilitar una partida presupuestaria, contraviniendo lo expresamente indicado, supondría que aquélla quedara afectada de nulidad de pleno derecho.

3. Se trata, por tanto, de una sentencia sencilla centrada en el «imperio de la ley», que busca dar debido cumplimiento a la prohibición contenida en la Ley de Presupuestos de Galicia para 2012, que impide los acuerdos que tengan por finalidad el abono de la paga cuestionada.

Se aprecia una total consonancia con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria, por cuanto «no podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales de rango inferior a la ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el Título VII de esta Ley».

g) *Conflicto colectivo. Complemento individual. Absorción y compensación*

SAN de 10 de junio de 2013 (conflicto colectivo 210/2013), IL J 711/2013.

1. La empresa demandada viene pagando una cantidad denominada «prima voluntaria», de carácter anual, aunque se anticipaba trimestralmente.

De acuerdo con el artículo 32.4 del convenio de empresa 1995-1996 «Los trabajadores sujetos a la nueva estructura retributiva que perciban un complemento individual, cualquiera que fuere su naturaleza e instrumento de concesión, lo consolidarán en la cuantía existente con anterioridad a la integración de la prima voluntaria (complemento puesto de trabajo) en tal concepto salarial como complemento salarial no compensable ni absorbible con los incrementos que se pacten en futuros Convenios Colectivos, pudiendo ser objeto de compensación y absorción en el supuesto de que el trabajador pasara a percibir los conceptos de condición más beneficiosa básica, complementaria, incentivos o comisiones de ventas. La cuantía del complemento individual que se consolida, se verá incrementada en sucesivos Convenios en función de los pactos que se establezcan».

Los convenios posteriores no incluyeron el incremento aludido. No obstante, la empresa aumentaba la cuantía a título individual.

El citado artículo del convenio de la empresa en su versión 2011-2014 mantiene su contenido, a excepción de la última frase relativa a la consolidación del complemento individual y su incremento en los sucesivos convenios.

El 15 de febrero de 2013 la empresa envió una circular a todos sus trabajadores, al objeto de comunicarles que «las personas que vienen disfrutando de un complemento individual, aunque sí verán reflejada en sus nóminas la subida del SMG (2,40%) y del CBB (2,15%) luego verán disminuido en esa misma cantidad su complemento individual y, por lo tanto, el efecto de dicha subida será neutro».

Con posterioridad, la empresa aclaró se respetan las cantidades consolidadas conforme al convenio, únicamente compensándose y absorbiéndose el exceso del complemento individual.

2. La AN basa su pronunciamiento desestimatorio de las pretensiones demandadas, considerando ajustado a derecho que la empresa compense y absorba las cantidades abonadas en concepto de complemento individual por encima de las cantidades consolidadas, en dos aspectos fundamentales. El primero, que el complemento individual se debe a la

libre voluntad de la empresa, sin que se haya acreditado que retribuyera contraprestaciones concretas por parte de los trabajadores. Y, el segundo, que el convenio 1995-1996 pactó expresamente que los trabajadores que percibían un complemento individual, cualquiera que fuere su naturaleza e instrumento de concesión, lo consolidaban en la cuantía existente con anterioridad a la integración de la prima voluntaria (complemento puesto de trabajo) en tal concepto salarial como complemento salarial no compensable ni absorbible con los incrementos que se pacten en futuros Convenios Colectivos, demostrándose finalmente que la empresa ha respetado la cuantía consolidada.

3. Son muchas las sentencias del TS que han analizado la compensación y la absorción, concluyendo que para que puedan operar se requiere que los conceptos retributivos sean homogéneos [SSTS 10/06/94 (rec. 2274/1993); 20/05/02 (rec. 1235/2001); 06/10/08 (rcud. 4461/2007); 04/02/09 (rcud 2477/2007), entre otras muchas].

La necesaria homogeneidad *«puede obtenerse a través del método inductivo, consistente [al contrario que el deductivo] en extraer la consecuencia genérica con base en el examen de varios supuestos particulares en cada uno de cuyos casos concretos se haya llegado a la misma consecuencia específica»* [STS 06/03/07 (rcud 5293/2005)], si bien en algunos supuestos se ha flexibilizado éste requisito [STS 18/07/1996 (rec. 2724/1995), entre otros], tendiéndose a que pueda resultar suficiente que los conceptos, por genéricos, resulten homogeneizables [STS 20/07/2012 (rec. 43/2011)].

B) Fondo de Garantía Salarial

a) *Responsabilidad directa. Despido objetivo por causas económicas en empresa de menos de 25 trabajadores. La puesta a disposición por parte de la empresa del 60% de la indemnización remitiendo para el cobro del 40% restante al FOGASA cumple la exigencia prevista en el artículo 53.1.b) ET. Relación entre lo dispuesto en los artículos 53.1.b) y 33.8 ET*

SSTS de 13 de mayo y de 16 de julio de 2013 (recursos de casación para la unificación de doctrina 2290/2012, 1772/2012, respectivamente), IL J 771/2013 y 907/2013 respectivamente.

1. Los supuestos que resuelven las SSTS citadas se refieren a despidos objetivos por causas económicas llevados a cabo en empresas de menos de 25 trabajadores. La cuestión que se plantea consiste en determinar, a efectos de la calificación del despido, si el abono por parte de la empresa del 60% de la indemnización prevista en el artículo 53.1.b) ET remitiendo al FOGASA para el cobro del 40% restante cumple la exigencia prevista en el citado precepto o debe determinar la calificación del despido como improcedente según lo establecido en el artículo 53.4, párrafo 4º ET.

En ambos los supuestos la sentencia recurrida consideró correcta la actuación de la empresa. Se aporta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 28 de octubre de 2010 (R. 2757/2010).

2. El TS desestima los recursos planteados. A tal efecto indica, en síntesis, que el artículo 53.1.b) ET debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 33.8 del mismo texto legal. Por ello, si bien es cierto que el artículo 53.1.b) ET establece que el

empresario debe «poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio...», este precepto debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 33.8 ET, según la redacción vigente en el momento en que se produjeron los despidos, que se refiere al FOGASA como responsable directo del pago de la indemnización que le corresponde, por lo que la obligación de puesta a disposición se refiere únicamente al importe que corre a cargo del empresario, que no tiene el deber de anticipar, en consecuencia, el importe que debe abonar el FOGASA. A ello se añade que dicha conclusión se deduce tanto de la expresión literal de la norma, reforzada en la redacción de la Ley 3/2012 («el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador...») como del propio carácter de la obligación y de las normas de procedimiento contenidas en los artículos 13 y 20 del RD 505/1995, que se refieren a los trabajadores como titulares del derecho a obtener la prestación del FOGASA y como interesados en el procedimiento, sin citar de forma expresa a los empresarios, lo que no les impide solicitar el importe correspondiente al FOGASA cuando hayan anticipado al trabajador el pago del mismo.

3. En este sentido se ha pronunciado el TS en anteriores SSTs de 4, 15 y 27 de marzo, y de 8 de abril de 2013 (recursos de casación para la unificación de doctrina 958/2012, 1725/2012, 2234/2012 y 2291/2012 respectivamente), IL J 369/2013, 477/2013, 493/2013 y 689/2013 respectivamente, entre otras.

2. TIEMPO DE TRABAJO

A) Horas Extra. Nulidad del pacto que acuerde compensación económica de horas extra trabajadas por encima de las máximas permitidas legalmente

STSJ de Aragón de 20 de marzo de 2013 (recurso de suplicación 96/2013) IL J 722/2013.

1. Esta Sentencia analiza la licitud tanto de un pacto individual como colectivo sobre retribución de horas extraordinarias prestadas por encima de las 80 horas anuales permitidas por el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.

El supuesto parte de un pacto inicial contenido en el contrato de trabajo por el que empresa y trabajador acuerdan una retribución de 3.000 Euros mensuales, cantidad que supone una mejora voluntaria mensual de 1.725 Euros respecto al salario regulado en el convenio colectivo de aplicación. El exceso de remuneración, lo acuerdan las partes para compensar una jornada diaria de 12 horas, acordando ambas que la percepción de esta compensación económica excluiría el ejercicio de cualquier acción en reclamación de horas extra.

A la vez, y en la misma línea, en el sector en el que presta servicios el demandante, se alcanza un acuerdo de fin de huelga en el que se pactan tres pluses (disponibilidad, desplazamiento e incentivos) cuya percepción implica, según los negociadores, el no devengo de cantidad alguna en concepto de horas extra por resultar compensatorios de las mismas.

La Sentencia de Instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Zaragoza, desestima la demanda al entender válida a compensación de un salario global que compensa el exceso de jornada. Formalizado recurso ante la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, la

misma estima parcialmente el recurso admitiendo la compensación económica tan sólo respecto de las 80 horas extraordinarias que el E.T permite realiza en su artículo 35.

2. La Sala de lo Social del TSJ de Aragón, encara el litigio desde los principios de teoría general, que nos obligan a discernir, en este caso, entre normas dispositivas y normas de derecho necesario relativo.

Poca duda cabe del carácter imperativo del límite de 80 horas extras anuales que se recoge en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores (*no podrá ser superior a 80 al año* (sic)). Desde esta óptica el exceso de jornada que sobrepase este límite, constituye jornada ilegal (por superar el máximo previsto en la norma) que no puede pactarse en contrato y no debería haberse realizado.

En consecuencia, la sala considera que el Salario global (3.000 Euros) es lícito porque supera el mínimo previsto en la norma colectiva, pero la jornada pactada es ilegal porque excede del máximo legal y convencional. Se concluye así la validez del pacto salarial, y la ilegalidad del exceso de jornada acordado, fallando que la mejora voluntaria acordada sólo puede compensar las 80 horas extras permitidas legalmente, y no el resto de las devengadas.

3. Se comparte el criterio de la Sentencia que comentamos en lo que se refiere a la ilicitud del acuerdo que permite realizar y abonar horas extra por encima de las 80 establecidas legalmente. Se albergan dudas, sin embargo, en la resolución dada cuando adscribe íntegramente la mejora voluntaria a la compensación de las 80 horas extras trabajadas.

Parece desproporcionado, a todas luces, retribuir 6,6 horas mensuales (80 año) a razón de 1.725 Euros mensuales, sin que quepa acción empresarial alguna que permita el reintegro de una cantidad abonada por un concepto acordado bilateralmente, que luego es declarado nulo. A nuestro juicio, la Sentencia debía anular el pacto como hace, sin entrar a determinar la imputación que debiera hacerse a esa mejora voluntaria.

B) Reducción de jornada. La nulidad radical no invocada en demanda inflige indefensión a la demanda

SAN de 28 de junio de 2013, IL J 155/2012.

1. La Audiencia Nacional estima en la Sentencia objeto de esta crónica, la excepción de variación sustancial en la demanda, al entender que en el acto del juicio oral se introdujeron por la parte actora motivos nuevos de pedir, que situaban en situación de indefensión a la demandada.

La actora, prestaba servicios para la mercantil PANDA SECURITY SL en situación de reducción de jornada por guarda legal; en esta situación la mercantil tramita un ERE extintivo para 128 contratos de trabajo adscritos a los centros de Madrid y Bilbao. El ERE, nominal desde su inicio, contiene en su memoria, los criterios de selección de los afectados, que entre otros se refería a la productividad y evaluación interna de la empresa.

La actora deduce demanda frente a la extinción de su contrato de trabajo invocando su condición de madre con reducción de jornada como elemento discriminatorio en su elección; sin embargo, en el acto del juicio, modifica parcialmente su alegato, planteando la inidoneidad del sistema de evaluación interna diseñado por la empresa, que a su juicio, no habría contemplado su productividad en relación a su reducción de jornada.

La empresa opone la excepción procesal de alteración sustancial de la demanda, que el tribunal estima, resolviendo el despido sin atender a esta circunstancia.

2. Recuerda la Audiencia Nacional, los perfiles de la excepción procesal de alteración sustancial de la demanda (85.1 de la LRJS y 426,1 y 433,3 de la LEC).

Para la Audiencia Nacional, si en la demanda nada apuntaba a cuestionar el sistema de evaluación del desempeño utilizado como criterio de selección en las extinciones, su introducción en el acto de la vista coloca a la mercantil demanda en posición de indefensión. Se aparta así la Sala del criterio del Ministerio Fiscal que se opuso a la estimación de la excepción, pues a su criterio la demanda se planteó por discriminación y éste seguiría siendo el argumento principal.

3. Resulta altamente pedagógica la exposición que contiene la Sentencia en relación con la nulidad de las extinciones objetivas cuando afectan a personas con jornada reducida por guarda legal. Comienza la Sala señalando que tal situación, no supone suerte alguna de protección frente a los incluidos en un ERE extintivo, para a continuación distinguir entre nulidad objetiva y radical. Para la Sala, nulidad objetiva existe ante la declaración de improcedencia de la decisión extintiva, por causas ajenas a la situación de reducción de jornada, en virtud del mandato contenido en el 55.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, debe nominarse como nulidad radical, aquella extinción amparada en causas objetivas en el que medie un móvil que vulnere los derechos fundamentales (con independencia de la procedencia o improcedencia de la decisión extintiva).

C) Vacaciones. El día inicial para el cómputo de la prescripción de la acción tendente a reclamar las cantidades compensatorias de las vacaciones anuales no disfrutadas por Incapacidad Temporal, es el de la extinción de la relación laboral

STS de 28 de mayo de 2013, IL J 759/2013.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil INDUSTRIAS JAYAN SA.

Previamente, el juzgado de lo social núm. 3 de Pamplona había estimado la reclamación de cantidad planteada por una trabajadora, que tras extinguirse su contrato de trabajo en el año 2010, reclamó a la empresa compensación económica por vacaciones no disfrutadas en los ejercicios 2007 a 2010 (ambos incluidos) a causa de sucesivos periodos de Incapacidad Temporal.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para alcanzar el fallo desestimatorio, hace un completísimo recorrido sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en relación al derecho reclamado (vacaciones) tanto a la luz de doctrina comunitaria como a la vista de sus pronunciamientos previos.

En lo que al objeto de esta crónica importa, recuerda la Sala la doctrina por la cual, la compensación económica de las vacaciones tiene un carácter absolutamente excepcional, que sólo procede cuando la relación laboral finaliza antes de que el trabajador haya podido disfrutar sus vacaciones. Es la imposibilidad de hacer efectivo in natura ese derecho, por causa ajena a la voluntad del trabajador, la que habilita la reclamación de la compensa-

ción económica correspondiente (STS Sala 4ª de 25 de febrero de 2007, rec. 2003 /3090 entre otras).

Enlaza esta doctrina con lo dispuesto en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, conforme el cual, si la acción que se ejercita lo es para la exigencia de obligaciones que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudo ejercitarse.

Uniendo la doctrina de la Sala y el contenido del artículo 59.2 razona el tribunal que la compensación económica de las vacaciones es algo que solo puede interesarse a raíz de la extinción del contrato de trabajo (vigente la relación laboral, procede otorgar el descanso compensatorio); en consecuencia, el plazo de un año de la prescripción comienza a contar desde la extinción del contrato de trabajo.

3. Al presente proceso, por razón de fechas, no le es de aplicación la reforma introducida por la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral en el artículo 38 del Estatuto. Citada reforma consistió, como es conocido, en introducir un límite de 18 meses al disfrute de las vacaciones no disfrutadas durante el año natural por razón de incapacidad temporal. Límite que computaba a partir del año en que se hayan originado.

Nos encontramos, por tanto, en dos fechas de cómputo del días «a quo» muy diferente, en materia de vacaciones, según el contenido de la demanda. Si lo que se solicita es el descanso compensatorio, el cómputo inicial se sitúa en el final del año en que se originen las vacaciones que se pretendan descansar. Ahora bien, si lo que se interesa en la demanda es su compensación en metálico, el plazo de prescripción comienza a contar desde la extinción de la relación laboral.

3. MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

A) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sistema de retribución por comisiones. Nulidad del periodo de consultas**

SAN de 31 de mayo del 2013 (procedimiento 165/2013), IL J 584/2013.

1. La empresa notifico a las centrales sindicales CCOO y UGT la constitución de una mesa que trataría las modificaciones conforme el artículo 41 ET. Se les pidió que, al objeto de poder contar con la representación de los trabajadores de todas las tiendas, «designen un representante por Comunidad Autónoma para que pueda asistir a la reunión». A raíz de esta comunicación, en cada tienda se realizó la designación de representantes. Tuvo lugar la primera reunión y anunció que se proponía cambiar la forma de comisionar que actualmente se venía realizando calculada en un porcentaje sobre ventas obtenidas en el mes, siendo que las comisiones se devengarán siempre y cuando las ventas de un mes, comparado con el mismo mes del año anterior, alcanzaran un 5%. Se acordó constituir la mesa negociadora. En la primera reunión requirió el dato cuantificativo, y la empresa refirió que no podía garantizar la puntualidad de los pagos pues dependía de la recaudación de ventas. Posteriormente existió otra reunión, requiriendo la representación social determinada documentación, lo que la empresa contestó que no podía entregarse porque

estaba siendo auditada. Seguidamente la representación social realizó contrapropuestas en relación al sistema de comisiones, a lo que se contestó que la medida estaba muy ajustada y no podía asumir alternativas que supusieran coste económico. Las empresas del grupo han presentado pérdidas en el año 2012. Se han cerrado varias tiendas y se han rescindido los contratos con 300 trabajadores.

2. Interesan la representación de los sindicatos demandantes la nulidad de la medida, en primer lugar por no seguirse el procedimiento y la sala recuerda su doctrina señalando que «En nuestra Sentencia de 12-4-13 (proc. 62/2013) mantuvimos que no cabía deducir la mala fe empresarial por no aceptar contrapropuestas de los representantes, siempre que se hiciera de manera razonada y razonable: «Tampoco podemos aceptar que la empresa no negociara de buena fe por el solo hecho de que no cambiara su posición original. En SAN 20-3-13 (proc. 219/12), referida a despidos colectivos pero generalizable sin dificultad a todo procedimiento en el que medie un período de consultas, sintetizamos nuestro criterio a este respecto: “La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, a tenor con lo dispuesto en el artículo 51.2 ET. El período de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, por lo que deberá ajustarse a las reglas de buena fe, lo que exigirá acreditar propuestas y contrapropuestas (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010 y SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). Se ha entendido, sin embargo que, si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012). Los demandantes denuncian que la empresa demandada no negoció de buena fe, puesto que nunca abrió la posibilidad de retirar el despido, ni reducir sus efectos, ni tampoco aliviar sus consecuencias para sus trabajadores, oponiéndose la demandada, quien defendió, en todo momento, que su situación era tan inviable, que permitía otras alternativas distintas a las ofrecidas en la reunión de 1-07-2012. La Sala comparte con los demandantes que el período de consultas no es una mera formalidad, siendo exigible, por consiguiente, que durante el mismo, una vez identificadas las causas, se debatan las alternativas al despido colectivo, propuestas por la RLT, ya sea su retirada, su reducción o la mejora de condiciones a los trabajadores afectados. Pero debatir no equivale a alcanzar acuerdos, puesto que si la situación de la empresa es tan calamitosa, que su única salida es su liquidación, no constituye expresión de mala fe defender que la única alternativa es el cierre y consiguientemente el despido de todos los trabajadores de la plantilla. Así pues, probado que las pérdidas acumuladas de la empresa demandada al iniciarse el período de consultas eran de 34 millones de euros, probado también que su actividad productiva se había reducido geométricamente desde el año 2007 al 2012, probado, además, que la empresa intentó renegociar sin éxito con los bancos acreedores fórmulas de refinanciación, que no alcanzaron buen puerto y probado finalmente que se ha mantenido hasta la fecha mediante créditos subordinados, prestados por los socios, cuyo importe ascendió a 58 millones de euros (hecho pacífico), debemos convenir que su negativa, explicada en todo caso durante el dilatado período de consultas, a dejar sin efecto, o a reducir el despido, así como a mejorar las indemnizaciones, teniéndose presente que estaba a las puertas de un concurso, que concluyó finalmente con su liquidación, no quebró, de

ningún modo, las exigencias de buena fe en la negociación colectiva”. Por tanto, siendo la regla general una negociación con propuestas y contrapropuestas en la que se busque alcanzar acuerdos intermedios, sin embargo la empresa no está obligada inexorablemente a cambiar su posición original so pena de apreciar mala fe por su parte, siempre y cuando explicita de modo adecuado y suficiente por qué no resulta factible acoger la contrapropuesta de los representantes de los trabajadores, y que esos motivos sean, evidentemente, razonables. En este caso, la contrapropuesta formulada por los representantes de los trabajadores pasaba fundamentalmente por una compensación económica a cambio de asumir la modificación de sus condiciones, exponiendo las empresas que, en el contexto de pérdidas y resultados negativos imperante, no solo no podían atender semejante petición sino que lo aconsejable sería una reducción salarial para igualarse a otras empresas del sector». Por tanto se rechaza tal oposición.

Refieren los demandantes sobre la composición de la comisión negociadora y así señala la sala que «se observa que la representación social se conformó por sindicatos y por representantes ad hoc, lo que en modo alguno se ajusta a lo preceptuado legalmente». La sala acude a su doctrina y así la SAN 26-4-13 (proc. 76/2013), referida a un caso de suspensiones contractuales pero perfectamente aplicable, en este punto, a lo que aquí resolvemos: «Las normas citadas, que regulan la composición de la comisión negociadora, contemplan dos supuestos: empresas con representantes de los trabajadores y empresas sin representantes de los trabajadores. En el primer supuesto están legitimados para negociar durante el período de consultas los representantes de los trabajadores elegidos en la empresa, fuere cual fuere su implantación en la empresa, o las secciones sindicales mayoritarias, fuere cual fuere su implantación en la empresa. Ambas alternativas son excluyentes por definición, puesto que las secciones sindicales mayoritarias representan a todos los trabajadores de la empresa y su voto, como subrayamos en SAN 18-06-2012, proced. 80/2012, es único, fuere cual fuere el número de componentes de cada sección sindical, conforme a la representatividad que acrediten en la empresa, mientras que en las comisiones formadas por representantes unitarios cada representante podrá votar en función del número de trabajadores, que le hayan elegido. En el segundo supuesto, tanto el artículo 47.1 ET, como el artículo 26.3 del Reglamento no dejan lugar a dudas: los trabajadores afectados deberán elegir una comisión formada por tres de ellos, o una comisión formada por los sindicatos más representativos o representativos del sector. Dicha solución no presenta problema alguno, cuando se trate de empresas con un solo centro de trabajo, pero plantea múltiples problemas cuando se trate de empresas complejas, que tengan distintos centros de trabajo sin representantes de los trabajadores, puesto que el artículo 26 no resuelve dicha incógnita, salvo la desafortunada mención del apartado tercero, que constituye una contradicción en sus propios términos, por cuanto si los centros sin representantes pueden delegar en los representantes de otros centros, se hace evidente que hay representantes de los trabajadores en la empresa, lo que desmiente el encabezamiento del apartado examinado, que regula precisamente los supuestos de ausencia de representación en la empresa. La Sala, consciente de los problemas de representatividad, planteados en muchas empresas, en las que hay centros con representantes y sin representantes ha validado la conformación de comisiones híbridas, compuestas por representantes unitarios y comisiones ad hoc, siempre que dicha composición se hubiera pactado y se asegurara la ponderación de voto, porque la acumulación de representatividades no perjudica el resultado democrático y permite a los representantes de los trabajadores asumir contrapartidas costosas durante

la negociación, que serían muy difíciles de asumir por los destinatarios, cuando nunca eligieron a sus representantes. Por todas, SAN 22-04-2013, proced. 73/2013, que sintetiza nuestra doctrina sobre el tema. Por el contrario, no nos parece posible la constitución de comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales mayoritarias y representantes unitarios o comisiones *ad hoc*, puesto que las secciones sindicales mayoritarias, como anticipamos más arriba, representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de la misma, lo cual impide necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo y hace imposible definir criterios de ponderación de votos para identificar las mayorías exigidas por el artículo 28 RD 1483/2012, de 29 de octubre. Así lo hemos defendido en SAN 18-06-2012, proced. 80/2012». En el caso examinado «la comisión negociadora no solo tenía una composición que hacía imposible la ponderación del voto para cumplir con las mayorías exigidas legalmente, sino que incluso el número de representantes ad hoc fue superior al inicialmente pactado, sin que se hiciera ninguna salvedad sobre el valor de su voto. Y por si lo anterior no fuera suficiente, observamos también que la negociación se ha llevado a cabo a nivel del Grupo en su conjunto, con representantes respecto de los que tampoco se precisa si lo son de tiendas de unas u otras empresas de las siete que lo componen. De hecho, parece que los representantes ad hoc lo son de todas las tiendas de las diversas empresas en una misma Comunidad Autónoma. Este ámbito de representación no se ajusta al marco legal, salvo que estuviéramos ante un grupo empresarial de los denominados patológicos o grupo a efectos laborales, pero ello no se ha alegado». Así recuerda la SAN 25-2-13 (proc. 324/2012), sobre despido colectivo, tuvimos ocasión de analizar la ilegalidad de los períodos de consultas sustanciados a nivel de grupo de empresas mercantil, básicamente porque las normas aplicables no contemplan la participación de este como tal, refiriéndose en todo caso a la «empresa». En este sentido, explicamos que «A nuestro juicio, no es posible que el grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque afecte globalmente a las empresas del grupo, porque dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por consiguiente, que se tramite empresa por empresa, aunque la decisión se haya tomado, como es natural, por la empresa dominante. Queremos precisar, no obstante, que la obligada tramitación plural de despidos colectivos, decididos por la empresa dominante, mediante períodos de consulta en cada empresa, no es satisfactoria, por cuanto el interlocutor real, para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines, es la empresa dominante y no las empresas dominadas, quienes están sometidas a las decisiones de la primera, con la que consolidan cuentas y aunque sea cierto que la consolidación de cuentas no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico, a tenor con lo dispuesto en el artículo 42.2 C Co, lo que podría dar lugar a resultados negativos en el grupo y positivos en alguna o algunas de sus sociedades, no es menos cierto que dichas cuentas estarán determinadas totalmente por decisiones de la sociedad dominante que, al disponer de las claves sobre el futuro de cualquiera de las empresas del grupo, debería ser el interlocutor natural en el período de consultas, lo que debería considerarse, en nuestra opinión, en futuras regulaciones legales, con la finalidad de evitar períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrían resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo. Mientras no se produzca dicha regula-

ción, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. Por tanto la sala entiende no valido el periodo de consultas al haberse incumplido el requisito examinado, esto es la comisiones negociadoras, al no haberse cumplido las exigencias del artículo 41.4 ET.

3. La Sala de la AN analiza la modificación sustancial colectiva sobre dos aspectos, el procedimiento del periodo de consultas que entiende que la empresa llevo a cabo conforme los parámetros de la buena fe y la comisión negociadora que entiende que no se llevó a cabo correctamente al no cumplirse los presupuestos del artículo 41.4 ET, esto es, no sustanciarlos empresa por empresa, pues entiende que no estamos ante un grupo a efectos laborales patológico.

B) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación. Periodo de consultas

SAN de 12 de junio del 2013 (procedimiento 213/2013), IL J 709/2013.

1. La empresa demandada (actividad de grandes almacenes) comunicó al comité intercentros, compuesto por nueve vocales de FETICO; dos vocales de UGT y otros dos vocales por CCOO, la apertura de un período de consultas, cuyo objetivo era la modificación sustancial de condiciones de trabajo basado en causas económicas, organizativas y productivas aportando cuentas anuales auditadas, y demás informes sobre ventas, plantilla, índices de consumo, etc. Se produjeron varias reuniones (5), no requiriéndose más información por los RRTT; La empresa retiro alguna de las medidas, llegándose a un acuerdo con el comité intercentros. Las medidas afectaron a transformación turnos fijos en rotativos; trabajos en domingo y festivos; calendarios laborales; complementos de personal; franjas horarias y vacaciones. Se constituyó una Comisión paritaria.

2. La Sala de lo Social de la AN acude a la Disposición Transitoria 5ª del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, donde remite al periodo de consultas conforme el artículo 41 ET, con competencia del Comité intercentros el conocimiento tratamiento, negociación y aprobación en su caso de los criterios generales para el establecimiento de las modificaciones necesarias, y asimismo fija unos criterios para las modificaciones (reparto equitativo; mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar, respetar los limites del artículo 41... etc.).

Diversas son las cuestiones que plantean los sindicatos demandantes, a los que la sala rechaza, así la aplicación del Convenio Colectivo en tanto entienden no vigente al inicio del periodo de consultas, lo que es rechazado, porque se ha acreditado cumplidamente que los negociadores del convenio pactaron retrotraer su vigencia al 1-01-2013; que no se les entregó la documentación exigible legalmente, ni se negoció efectivamente durante el período de consultas, lo que rechaza, porque se ha acreditado, que la empresa aportó abundante documentación, que no fue cuestionada en ningún momento del período de consultas, al punto de no haberse solicitado ninguna otra, lo que nos permite descartar que la empresa incumpliera el deber de información, tampoco que no haya habido negociación, puesto que la empresa renunció a buena parte de las propuestas iniciales del escrito de promoción de las medidas. Y respecto al fondo de las cuestiones modificativas se rechazan

al estar justificadas y además se sustenta en los acuerdos lo que despliega las presunciones legalmente establecidas.

3. La Sala rechaza la demanda no solo desde el punto de vista formal, negociación efectiva y aportación de la documental sino también respecto al fondo pues adecua a los contenidos de la norma colectiva, disp. Transit. 5ª del CC de Grandes Almacenes, como la aplicación de la presunción *iuris tantum* ante la existencia de acuerdo con el comité intercentros.

C) **Modificación sustancial del salario. Supuesto excluido del artículo 41.1 ET con carácter previo a la nueva redacción**

STS de 12 de junio 2013, IL J 103/2012.

1. Los representantes de los trabajadores y la empresa habían suscrito en el año 2007 un acuerdo extraestatutario sobre condiciones relativas a desplazamientos internacionales y trabajos realizados fuera de la jornada. Por la empresa en fecha abril del 2011 se inició un periodo de consultas para adecuar el nuevo sistema de trabajos fuera de jornada en el que afectaba a su precio. Después del periodo de consultas al empresa remitió a los trabajadores afectados correo electrónico fijando un nuevo sistema de trabajos fuera de jornada y estableciendo una nueva tarifa de precios, e tas suponen que en algunos casos se incrementan y en otros se disminuyen.

2. La Sala de lo Social del TS, analiza si conforme al artículo 41.1 ET en la redacción anterior al RDL 3/12 y L. 3/12, esto es L.35/10, cabe como modificación sustancial la reducción del salario, esta señala que la «modificación de la cuantía salarial», afecta al núcleo duro, básico, esencial y definitorio de la misma esencia o naturaleza laboral del contrato, por ello no ha estimado que pudiera ser materia que pudiera dar lugar a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque si la modificación de la estructura salarial (STS 6-5-96, Rº 2682/1985). No obstante la STS 5-6-12 (RC 95/2011) señala que: «La interpretación de lo que deba entenderse por “sistema de remuneración” en el texto estatutario vigente en el caso de autos, anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, puede abordarse a través de las tres vías hermenéuticas habituales, la literal, la sistemática y la histórica. Literalmente, “sistema de remuneración” no equivale a “cuantía de la remuneración”. Y desde el punto de vista tanto histórico como sistemático, cuando el legislador quiso autorizar la posibilidad de disminuir la cuantía salarial lo hizo introduciendo un nuevo mecanismo, el del descuelgue salarial, completamente distinto y con requisitos más rigurosos que los de la modificación sustancial. Y, en fin, cuando más recientemente ha decidido abrir la posibilidad de alterar la cuantía salarial mediante el procedimiento del artículo 41 ET, lo ha hecho a través del Real Decreto-ley 3/2012 citado, añadiendo en el artículo 41.1.d) las palabras “y cuantía salarial” a las ya existentes anteriormente “sistema de remuneración”, prueba inequívoca de que son dos cosas diferentes y de que para que la modificación de la cuantía salarial fuera posible por la vía del artículo 41 ET ha sido necesaria una modificación legislativa que no se hallaba en vigor en el caso de autos».

3. La sala de lo social ante una modificación del salario operada con anterioridad a la reforma operada del artículo 41.1 ET conforme al RDL 3/12 y la L3/12, no procede pues

solo a raíz de la reforma de estas se introduce añadiendo en el artículo 41.1.d) las palabras «y cuantía salarial» a las ya existentes anteriormente «sistema de remuneración», prueba inequívoca de que son dos cosas diferentes y de que para que la modificación de la cuantía salarial fuera posible por la vía del artículo 41 ET ha sido necesaria una modificación legislativa que no se hallaba en vigor en el caso de autos.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (dir.)
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (coord.)
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA
MARTA CIMAS SOTO
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO
DAVID LANTARÓN BARQUÍN
MARINA REVUELTA GARCÍA
MONTSERRAT RUIZ CUESTA
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
 - A) **Causas de extinción contractual.**
 - 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*, números 7, 8 y 9 del año 2013.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La STS de 8 de julio de 2013 (RCUD núm. 2217/2012), razona cómo ante un supuesto de anulación de un concurso público de cobertura de puestos de trabajo, no es necesaria la extinción del contrato a través del despido colectivo u objetivo si a los pocos días se ha nombrado al trabajador para desempeñar puesto de trabajo diferente. Para ello analiza las consecuencias sobre las relaciones de trabajo afectadas por la anulación jurisdiccional de un concurso de acceso al empleo público y de los actos de empleo realizados de acuerdo con las bases o requisitos de dicho concurso.

La Sala justifica el fallo: «La cuestión ha sido ya objeto de unificación en diversas sentencias de esta Sala –a título de ejemplo, las últimas de 28 de enero 2013 (rcud. 986/2012), 29 de enero 2013 (rcud. 601/12), 29 enero 2013 (rcud. 1422/12) y de 26 de marzo 2013 (rcud. 2151/12). Como resume la citada de 28 de enero 2013 (rcud. 601/12) la Sala ha establecido doctrina siguiente: “1) la anulación judicial de un concurso para contratación de trabajadores justifica en principio la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases; 2) para llevar a cabo esta extinción contractual, debida a causas a las que el trabajador es totalmente ajeno y que son consecuencia de un defectuoso proceder inicial de su empleador, deberá acudir éste a alguno de los procedimientos legalmente previstos en el artículo 49 ET; 3) el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o *factum principis* (definido habitualmente como orden de la autoridad gubernativa pero que cabe ampliar por analogía a la resolución de la autoridad judicial) es equiparable a la fuerza mayor; 4) esta equiparación supone que el empresario laboral, que debe cumplir la orden o resolución correspondiente ha de utilizar para el cumplimiento de la misma o bien la vía del artículo 51 ET, cuando se superan los umbrales numéricos del párrafo 1 de dicho precepto legal, o bien la vía del artículo 52 c) ET, cuando se trata de extinciones contractuales por debajo de dichos límites. Ahora bien, en el presente caso, se produce la significativa circunstancia de que el trabajador no ha dejado de prestar servicios para la Administración demandada, de suerte que la anulación del nombramiento anterior

no ha provocado de modo efectivo el cese de la prestación de servicios. Es éste un dato de suma importancia que no tiene en cuenta la sentencia de contraste que se limita a aplicar nuestra doctrina jurisprudencial sin particularizarse el caso en atención a esta circunstancia de la continuidad plena de la prestación de servicios. El éxito de la acción de despido exige la ruptura del vínculo contractual; premisa ésta cuya concurrencia ha de negarse en el presente caso. Para cumplir con la sentencia que declaró nulo el nombramiento para el puesto inicial del actor, la empresa procedió a recolocarle en otro puesto distinto de aquel para el que la sentencia de lo contencioso administrativo dejaba sin efecto el nombramiento en cuestión. La nulidad del nombramiento –y el consiguiente cumplimiento de la decisión judicial firme– vino a coincidir en el tiempo con la circunstancia de que el actor se presentara a un proceso selectivo para ingreso en otra categoría profesional distinta (oficial de defensa contra incendios –perteneciente al grupo IV–), de suerte que la propia Administración demandada gestionó este sistema de cobertura formal de otra plaza de forma conjunta con el cumplimiento de la sentencia, permitiendo así aquella continuidad del vínculo contractual, ahora novado. De esta forma el actor podía empezar a ocupar el obtenido por la superación de la convocatoria de la nueva plaza sin solución de continuidad con la fecha en que la empleadora fijaba el cese del anterior puesto de trabajo. No hubo pues ruptura del vínculo, pese a las modificaciones sufridas por el mismo, siendo decisión de la propia Administración la de concatenar la cobertura formal del nuevo puesto de trabajo con la remoción del trabajador del puesto de trabajo anterior, sin voluntad extintiva».

De otro lado, la **STS de 9 de julio de 2013** (RCUD núm. 2863/2012), al analizar la extinción contractual por supresión del puesto de trabajo, determinan la necesidad del requisito de poner la indemnización al trabajador de forma simultánea a la entrega de la carta de despido.

A tal efecto la Sala determina: «En el presente caso no se discute la validez del pago en función de que hayan transcurrido o no varios días desde la fecha en la que se procede a efectuar aquel mediante la entrega de cheque bancario en el supuesto de que se hubiera producido alguna dificultad al intentar cobrarlo. Las previsiones de dicha resolución, la Sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 2011 que atienden a la específica cuestión planteada acerca del desfase entre la fecha acreditada de la transferencia y la fecha de su efectiva recepción, no pueden ser extrapoladas a la actual controversia, formulada en términos del momento idóneo para la puesta a disposición cuando siendo simultáneas la entrega y la recepción de la indemnización, sin desfase alguno, dicha entrega se ha producido en fecha posterior a la comunicación del despido, si bien simultánea a éste, lo que contradice la doctrina unificada puesta de manifiesto en la sentencia de contraste, siendo de apreciar en la recurrida la infracción objeto de denuncia y en consecuencia, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede declarar como recta doctrina la aplicada por la sentencia de comparación. Por lo expuesto, procede la estimación del recurso y en consecuencia casar y anular la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra que resolviendo el debate de suplicación, con desestimación del recurso de igual naturaleza, en cuanto a la calificación del despido, confirme la dictada por el Juzgado de lo Social, con imposición de las costas de suplicación a la demandada y sin que haya lugar a su declaración en casación para la unificación de doctrina».

Finalmente las SSTS de 13 y 25 de junio de 2013, (RCUD núm. 2184/2012 y 1520/2012), respectivamente, fallan la extinción de la relación laboral de sendos contratos

por obra o servicio determinado, de trabajadores que prestan sus servicios como escoltas para la protección de personal en el País Vasco y que ven extinguidos sus contratos por disminución de la necesidad de prestación de servicios.

Las Salas fallan en su F.J. UNICO: «La cuestión de fondo que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre la calificación de procedencia o improcedencia del cese acordado por una empresa de seguridad respecto de un empleado a su servicio que desempeñaba trabajos de escolta para la protección de personas en el País Vasco. La causa del cese aducida por la empresa en la carta de despido ha sido la reducción de personas en servicios de escolta en dicha Comunidad Autónoma por disminución del riesgo de atentados terroristas, reducción que justifica a su juicio, en aplicación de las previsiones del convenio colectivo del sector, la terminación del contrato de trabajo suscrito con el demandante. Previamente al análisis de la cuestión de fondo, debemos abordar el tema procesal de si existe o no contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada para comparación, requisito esencial en la casación unificadora, de acuerdo con lo dispuesto ahora en el artículo 219 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Dicha sentencia de contraste es la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 15 de enero de 1997 (rcud 3827/1995), que aborda efectivamente un problema similar, suscitado en empresa de seguridad, de cese en la prestación de trabajo de varios trabajadores (en el caso, vigilantes jurados) por terminación de la ejecución de un servicio de protección (en el caso, instalaciones de una central nuclear). Pero un estudio minucioso de los hechos y fundamentos de las sentencias comparadas lleva a la conclusión de la inexistencia de contradicción entre las mismas. El problema jurídico abordado en la sentencia de contraste es si la determinación de la obra o servicio en un contrato para obra o servicio determinado como el suscrito por los actores se ha de referir a la actividad genérica de una empresa contratista o a la concreta labor objeto de una contrata; es decir, si es lícito o no vincular la duración de un contrato de obra o servicio determinado, suscrito al amparo del artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET), a la limitada duración de la contrata que lo originó. En cambio, en la sentencia recurrida el tema de fondo, tal como está planteado en casación, no depende de la interpretación de dicho precepto legal sino de la interpretación de la regulación convencional sobre la extinción parcial de la contrata adjudicada (artículo 15 del Convenio Colectivo de las Empresas de Seguridad Privada, BOE 16-2-2011, sobre extinción parcial de la contrata); y en particular sobre la incidencia en el contrato de trabajo de la reducción o disminución de los servicios de protección personal encomendados en una contrata, cuya vigencia se mantiene. La conclusión del razonamiento es que el recurso, que pudo haber sido inadmitido en trámite anterior de este proceso de unificación de doctrina, debe ahora ser desestimado mediante sentencia. En el mismo sentido de desestimación-inadmisión del recurso se han pronunciado varias sentencias precedentes, entre ellas STS 8-4-2013 y 11-4-2013».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la **Transgresión de la buena fe contractual** [artículo 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Castilla-León de 8 de mayo de 2013**, (recurso 185/2013). Declara la procedencia de un despido disciplinario por apropiación de cantidades.

La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual expone: «Así lo viene entendiendo sentada doctrina, en el sentido: “Conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial (*STS de 22 mayo 1986 [RJ 1986, 2609]*; *21 julio 1988 [RJ 1988, 6221]*; *4 febrero 1991 [RJ 1991, 794]*), la buena fe contractual a que se refiere el artículo 54.2.d) del ET es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el artículo 5.a), en relación con el artículo 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que “constituye un modelo de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7.1 y 1258 del *Código Civil [LEG 1889, 27]*), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas conforme al que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza” (*SSTS 21 enero 1986 [RJ 1986, 312]*; *22 mayo 1986*, y *26 enero 1987 [RJ 1987, 130]*), de tal modo que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable “suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador (artículo 1124 del Código Civil, hoy 217 de la *LECiv 1/2000 [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]*), quien ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a su propia negligencia, imprudencia o descuido *sin necesidad de un perjuicio económico para la empresa* o, incluso, mediante la realización de la conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación (autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del empresario) para la comisión de la falta (*SSTS 30 abril 1991 [RJ 1991, 3397]*; *4 febrero 1991*; *30 junio 1988 [RJ 1988, 5495]*; *19 enero 1987 [RJ 1987, 66]*; *25 septiembre 1986 [RJ 1986, 5168]* y *7 julio 1986 [RJ 1986, 3963]*)».

De otro lado, la **STSJ de Murcia de 1 de julio de 2013** (recurso 353/2013), falla la procedencia de un despido disciplinario, por fumar en el centro de trabajo, en las instalaciones de empresa de conservas vegetales, incumpliendo la normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales y Seguridad e Higiene.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala considera: «El recurso debe ser estimado pues el Convenio Colectivo de Industrias de Conservas Vegetales, define como constitutivos de una FALTA MUY GRAVE, artículo 52.9) “Fumar en los lugares en que este prohibido por razones de seguridad e higiene. Esta prohibición deberá figurar muy claramente en los lugares indicados por medio de carteles, banderas o cualquier otro sistema conveniente”. Pues bien, inicialmente, es necesario puntualizar que la empresa pertenece al sector de alimentación, lo que enfatiza la necesidad de la mayor higiene, considerada in extenso; pero es que, además, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, higiene se define, según las diversas acepciones, como: «1. Parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la prevención de enfermedades || 2, fig. Limpieza, aseo de las viviendas, lugares públicos y poblaciones. || privada. Aquella de cuya aplicación cuida el individuo. || pública. Aquella en cuya aplicación interviene la autoridad, prescribiendo reglas preventivas», y claramente contrario a ella fumar en un vestuario donde acuden diversas personas cuya salud puede verse afectada, produciendo, en contra de la limpieza ambiental, una emisión de humo oloroso, que ensucia o perjudica al medio ambiente, contaminando el aire y, más, en un entorno cerrado. De otra parte, no cabe desconocer que en un vestuario existen normalmente prendas combustibles, lo que desaconseja la existencia de cualquier medio de ignición como puede ser un cigarrillo encendido, que afecta a la seguridad».

Finalmente, las **SSTSJ de Asturias de 6 y 14 de junio de 2013** (recursos 275/2013 y 241/2013), declaran la procedencia de dos despidos disciplinarios basados en la realización de actividades lúdicas estando en situación de baja laboral.

Fallan las Salas: «En definitiva para que el trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad, sea encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual se requiere que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o que aquella sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación pues en ambos casos se pone de manifiesto la falta de buena fe del trabajador con su patrón, con defraudación al mismo, y a la Seguridad Social, siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador como el tipo de actividad desarrollada para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta, conducta la de autos inequívocamente acreedora a la máxima sanción disciplinaria, pues sin desconocer en absoluto la teoría gradualista o de proporcionalidad, de la sanción, la actora efectuó actividades que evidencian la aptitud para el trabajo, por lo que o no precisaba la baja laboral o retrasó su recuperación. Hay que decir que el deber de buena fe es un elemento esencial del contrato de trabajo y éste se desarrolla no sólo durante las horas de permanencia en el centro de trabajo, sino que se extiende a todos aquellos actos propios de la vida del empleado pero que guarda relación con el ejercicio de su actividad laboral, por ello durante el período de incapacidad temporal también hay que cumplir dicho deber de buena fe, consistente en este caso en no realizar tareas que le exijan los mismos requerimientos físicos y psíquicos de los que le exige las tareas que realiza en la demandada, y evitar prolongar esta situación porque ello origina un perjuicio a la empresa debido a la falta de trabajo del empleado, así como del pago de las cuotas de Seguridad Social. El Tribunal Supremo mantuvo, en sentencia de 18 de diciembre de 1990, que: «una reiterada doctrina de esta Sala, de la que se cita como ejemplo la Sentencia de 28 de mayo de 1983, declara que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido». Sin embargo también es cierto que el Alto Tribunal ha explicado «que no es desleal el que hallándose en situación de incapacidad temporal realiza cualquier actividad, sino que sólo es sancionable aquella actividad que a la vista de las circunstancias concurrentes es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de este con la consiguiente simulación, en perjuicio de la empresa (SSTS 24.7.90; 14.5.90 y 14.11.91)».

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 SAN de 11 de julio de 2013 (Sala de lo Social núm. 143/2013), ante un supuesto de extinción contractual por causas objetivas, declara nulo un despido colectivo, porque la empresa obligó a los representantes de los trabajadores a elegir entre el despido o su preferencia de permanencia, advirtiéndoles que la segunda opción comportaba la extinción de contratos no afectados.

La Sala falla: El derecho de prioridad controvertido ha sido estudiado por la doctrina judicial, por todas STSJ Cataluña de 22-01-2013, rec. 6055/2012, en la que vino a sostenerse lo siguiente: «*La prioridad supone el reconocimiento de una preferencia de conservación del empleo en los supuestos de cese debido a las indicadas causas. Pero esas normas no determinan el ámbito al que esa garantía se extiende, pues las expresiones “en la empresa” o “en el centro de trabajo” no tienen esa significación. La garantía es, desde luego, relativa y así lo ha señalado la doctrina científica, destacando que la misma no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección. Esta alternativa se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva. La sentencia del TS (Sala IV) de 30 de noviembre de 2005 resuelve el problema indicando que «no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, los preceptos legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa –empresa, centro de trabajo– juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste. Es cierto que esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva –otra estación de servicio en el caso decidido–, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Pero ésta es un consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso. Por otra parte, si no fuera así las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía».* Por su parte la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2009 señala que la prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores en el caso de despido objetivo que consagran los artículos 51.9, 52.c) y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores EDL1995/13475 tiene, por otra parte, como señala la de esta misma Sala de 22 de abril de 2008 (178687), «un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas, como manifestación del derecho fundamental de libertad sindical que reconoce el artículo 28 de la Constitución».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCION Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS de 9 de julio de 2013** (RCUD núm. 1850/2012), analiza los efectos sobre la caducidad de la acción por despido de la información errónea de la Administración sobre la forma del cómputo del plazo para el ejercicio de dicha acción.

A tal efecto la Sala determina en su F.J. 2º: en determinar si debe tenerse en cuenta a los efectos de acoger o no la excepción de caducidad de la acción por despido, la información

errónea contenida en la resolución de la Administración pública empleadora al decretar una extinción contractual laboral no indicando en la resolución inicial ni plazos, ni formas ni jurisdicción competente para conocer de la acción de despido y efectuándolo luego erróneamente en la resolución desestimatoria de la reclamación previa fijando plazos y jurisdicción inadecuados. **2.**—Esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala, entre otras, en sus SSTS/IV 17-diciembre-2004 (rcud 6005/2003), 17-septiembre-2009 (rcud 4089/2008) (invocada ahora como referencial), 12-abril-2011 (rcud 1111/10), 7-octubre-2011 (rcud 530/2011), 28-noviembre-2011 (rcud 846/2011), 23-abril-2013 (rcud 2090/2012), a cuya doctrina asumimos y compartimos y reiteramos por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso. **3.**—En estas sentencias se establece siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional —entre otras, SSTC 193 y 194/1994 y 214/2002— que *«las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución, de forma que a la ahora de pronunciarse sobre la caducidad han de tenerse en cuenta también los preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en concreto, su artículo 58 sobre los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas, sin que la Administración pueda beneficiarse de sus propias irregularidades, por haber inducido a error a los demandantes. De ahí que no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales#, sino que, por el contrario, resulta razonable aplicar la regla del artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme a la cual la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado».*

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Las SSTSJ de Asturias de **6 y 14 de junio de 2013** (recursos 275/2013 y 241/2013), declaran la procedencia de dos despidos disciplinarios basados en la realización de actividades lúdicas estando en situación de baja laboral.

Fallan las Salas: «En definitiva para que el trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad, sea encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual se requiere que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o que aquella sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación pues en ambos casos se pone de manifiesto la falta de buena fe del trabajador con su patrón, con defraudación al mismo, y a la Seguridad Social, siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador como el tipo de actividad desarrollada para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta, conducta la de autos inequívocamente acreedora a la máxima sanción disciplinaria, pues sin desconocer en absoluto la teoría gradualista o de proporcionalidad, de la sanción, la actora efectuó actividades que evidencian la aptitud para el trabajo, por lo que o no precisaba la baja laboral o retrasó su recuperación. Hay que decir que el deber de buena fe es un elemento esencial del contrato de trabajo y éste se desarrolla no sólo durante las horas de permanencia en el centro de trabajo, sino que se

extiende a todos aquellos actos propios de la vida del empleado pero que guarda relación con el ejercicio de su actividad laboral, por ello durante el período de incapacidad temporal también hay que cumplir dicho deber de buena fe, consistente en este caso en no realizar tareas que le exijan los mismos requerimientos físicos y psíquicos de los que le exige las tareas que realiza en la demandada, y evitar prolongar esta situación porque ello origina un perjuicio a la empresa debido a la falta de trabajo del empleado, así como del pago de las cuotas de Seguridad Social. El Tribunal Supremo mantuvo, en sentencia de 18 de diciembre de 1990, que: “una reiterada doctrina de esta Sala, de la que se cita como ejemplo la Sentencia de 28 de mayo de 1983, declara que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido”. Sin embargo también es cierto que el Alto Tribunal ha explicado «que no es desleal el que hallándose en situación de incapacidad temporal realiza cualquier actividad, sino que sólo es sancionable aquella actividad que a la vista de las circunstancias concurrentes es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de este con la consiguiente simulación, en perjuicio de la empresa (SSTS 24.7.90; 14.5.90 y 14.11.91)».

La STSJ de Castilla-León de 8 de mayo de 2013 (recurso 185/2013), declara la procedencia de un despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual, por apropiación de cantidades.

La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual expone: «Así lo viene entendiendo sentada doctrina, en el sentido: “Conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial (*STS de 22 mayo 1986 [RJ 1986, 2609]; 21 julio 1988 [RJ 1988, 6221]; 4 febrero 1991 [RJ 1991, 794]*), la buena fe contractual a que se refiere el artículo 54.2.d) del ET es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el artículo 5.a), en relación con el artículo 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que “constituye un modelo de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7.1 y 1258 del *Código Civil [LEG 1889, 27]*), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas conforme al que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza” (*SSTS 21 enero 1986 [RJ 1986, 312]; 22 mayo 1986, y 26 enero 1987 [RJ 1987, 130]*), de tal modo que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable “suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador (artículo 1124 del *Código Civil*, hoy 217 de la *LECiv 1/2000 [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]*), quien ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a su propia negligencia, imprudencia o descuido *sin necesidad de un perjuicio económico para la empresa* o, incluso, mediante la realización de la conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación (autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del

empresario) para la comisión de la falta (*SSTS 30 abril 1991 [RJ 1991, 3397]; 4 febrero 1991; 30 junio 1988 [RJ 1988, 5495]; 19 enero 1987 [RJ 1987, 66]; 25 septiembre 1986 [RJ 1986, 5168] y 7 julio 1986 [RJ 1986, 3963]*)».

En sentido análogo, la **STSJ de Murcia de 1 de julio de 2013** (recurso 353/2013), falla la procedencia de un despido disciplinario, por fumar en el centro de trabajo, en las instalaciones de empresa de conservas vegetales, incumpliendo la normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales y Seguridad e Higiene.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala considera: «El recurso debe ser estimado pues el Convenio Colectivo de Industrias de Conservas Vegetales, define como constitutivos de una FALTA MUY GRAVE, artículo 52.9) “Fumar en los lugares en que esté prohibido por razones de seguridad e higiene. Esta prohibición deberá figurar muy claramente en los lugares indicados por medio de carteles, banderas o cualquier otro sistema conveniente”. Pues bien, inicialmente, es necesario puntualizar que la empresa pertenece al sector de alimentación, lo que enfatiza la necesidad de la mayor higiene, considerada in extenso; pero es que, además, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, higiene se define, según las diversas acepciones, como: “1. Parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la prevención de enfermedades ll 2, fig. Limpieza, aseo de las viviendas, lugares públicos y poblaciones. ll privada. Aquella de cuya aplicación cuida el individuo. ll pública. Aquella en cuya aplicación interviene la autoridad, prescribiendo reglas preventivas”, y claramente contrario a ella fumar en un vestuario donde acuden diversas personas cuya salud puede verse afectada, produciendo, en contra de la limpieza ambiental, una emisión de humo oloroso, que ensucia o perjudica al medio ambiente, contaminando el aire y, más, en un entorno cerrado. De otra parte, no cabe desconocer que en un vestuario existen normalmente prendas combustibles, lo que desaconseja la existencia de cualquier medio de ignición como puede ser un cigarrillo encendido, que afecta a la seguridad».

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 2013** (Recurso núm. 211/2013), falla la improcedencia del despido debido a la no asunción por la nueva empresa adjudicataria del servicio se asistencia mediante intérpretes de lengua de signos de los trabajadores de la anterior adjudicataria. Subrogación convencional.

Razona el Tribunal: «Respecto a la figura de la subrogación empresarial, y en cuanto a los distintos supuestos recogidos en la legislación vigente y su interpretación jurisprudencial, hemos de atenernos a los siguientes: 1.–Subrogación empresarial vía ex artículo 44 ET, que conforme a doctrina pacífica sentada por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en sentencias de 28 de abril, 23 de octubre y 7 de diciembre de 2009 (Rcud. 4614/07, 2684/08 y 2686/08), y 17 de junio de 2008 (Rcud. 4426/06), “impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía

el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera “ope legis” sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44. Se impone por la Sala Cuarta, la interpretación del mentado precepto legal, a la luz de la normativa Comunitaria Europea –Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001– y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

De otro lado, la **STS de 9 de julio de 2013** (RUCD núm. 2863/2012), al fallar la improcedencia del despido efectuado por acusas objetivas, analiza la necesidad del requisito de poner la indemnización al trabajador de forma simultánea a la entrega de la carta de despido.

A tal efecto la Sala determina: En el presente caso no se discute la validez del pago en función de que hayan transcurrido o no varios días desde la fecha en la que se procede a efectuar aquel mediante la entrega de cheque bancario en el supuesto de que se hubiera producido alguna dificultad al intentar cobrarlo. Las previsiones de dicha resolución, la Sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 2011 que atienden a la específica cuestión planteada acerca del desfase entre la fecha acreditada de la transferencia y la fecha de su efectiva recepción, no pueden ser extrapoladas a la actual controversia, formulada en términos del momento idóneo para la puesta a disposición cuando siendo simultáneas la entrega y la recepción de la indemnización, sin desfase alguno, dicha entrega se ha producido en fecha posterior a la comunicación del despido, si bien simultánea a éste, lo que contradice la doctrina unificada puesta de manifiesto en la sentencia de contraste, siendo de apreciar en la recurrida la infracción objeto de denuncia y en consecuencia, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede declarar como recta doctrina la aplicada por la sentencia de comparación. Por lo expuesto, procede la estimación del recurso y en consecuencia casar y anular la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra que resolviendo el debate de suplicación, con desestimación del recurso de igual naturaleza, en cuanto a la calificación del despido, confirme la dictada por el Juzgado de lo Social, con imposición de las costas de suplicación a la demandada y sin que haya lugar a su declaración en casación para la unificación de doctrina».

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STS de 25 de junio de 2013** (RUCD núm. 1311/2012), delimita el alcance temporal de los salarios de tramitación. La cuestión que se debate consiste en determinar el alcance temporal de los salarios de trámite cuando en el acto de conciliación administrativa la empresa se aviene a las pretensiones de la demanda [readmisión; cualidad indefinida de la relación; antigüedad; salario/ día; y salarios devengados desde el despido], pero el trabajador rechaza el ofrecimiento. Supuesto en el que se suscita decidir si la percepción de los referidos salarios concluye en la fecha en que el trabajador despedido rechaza la readmisión ofrecida, o si contrariamente ese rechazo no impide que persista el ordinario

devengo de la indemnización salarial hasta la fecha de notificación de la sentencia por la que se declara la improcedencia de la decisión extintiva. La Sala determina que proceden hasta la fecha de la sentencia que declara la improcedencia y no hasta el acto de conciliación administrativa en que la empresa ofrece la readmisión no aceptada por el trabajador.

Para ello la Sala expone: «la Sala se inclina por mantener el criterio ya expuesto en nuestra precitada sentencia de 05/02/13 [rcud 1314/12], por ser el más acorde al significado extintivo que corresponde a la figura del despido, el más consecuente con la doctrina general sobre las obligaciones y contratos, y el que mejor atiende al derecho a la tutela judicial que corresponde al trabajador, partiendo todo ello de dos consideraciones elementales que no deben ser perdidas de vista, cuales son las de que el proceso tiene origen en una ilícita actuación del empresario y que los normales efectos del despido improcedente –que en el caso rechaza la sentencia recurrida– hubieran podido ser evitados por la empresa no solamente –como es obvio– con no haber adoptado una decisión extintiva contraria a derecho, sino también –como posteriormente indicaremos– con la adecuada consignación de las indemnizaciones en su momento debidas; de forma que la consecuencia indemnizatoria que se considera inadecuada obedece a la doble causa de ilicitud en la extinción contractual y de inaplicación de la medida legal que hubiera corregido aquel efecto. 2.–Sentado ello cumple decir en apoyo de nuestra tesis que es consolidada doctrina jurisprudencial que el ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la Empresa no restablece el contrato extinguido ni su rechazo por el trabajador constituye dimisión, tanto si la oferta se hace en cualquier actuación preprocesal, bien sea en conciliación extrajudicial [SSTS 03/07/01 –rcud 3933/00–; 06/04/04 –rcud 2802/03–; 24/05/04 –rcud 1589/03–; 11/12/07 –rcud 5018/06–; 05/02/13 –rcud 1314/12–] o tras ella [STS 15/11/02 –rcud 1252/02–], cuanto si se lleva a cabo una vez presentada la demanda [STS 01/07/96 –rcud 741/96–] (Doctrina recordada por las SSTS de 07/10/09 –rcud 2694/08–; 07/12/09 –rcud 210/09–; 11/12/09 –rcud 660/09–; 02/04/12 –rcud 2951/11–, en obiter dicta; y la ya referida de 05/02/13 –rcud 1314/12–). Quedan a salvo, es cierto, los supuestos de retractación justificada por relevante vicio de la voluntad en el acto extintivo, pero incluso en este supuesto estaríamos en presencia de mera causa de anulabilidad que requeriría el ejercicio de acción tendente a la declaración judicial de la ineficacia del acto (SSTS Sala I 18/03/08 –rec. 361/01–; 26/02/08 –rec. 5674/00–. SSTS Sala IV 07/10/09 –rcud 2694/08–; 11/12/09 –rcud 660/09–; y 26/04/10 –rcud 2785/09–)».

De otro lado, la **STS de 2 de julio de 2013** (RCUD núm. 2597/2012), al analizar el despido declarado improcedente delimita el alcance temporal de los salarios de tramitación en el caso de trabajadores fijos discontinuos.

La Sala falla: «Este criterio es coincidente con el sentado en nuestra sentencia de 16 de enero de 2009 (Rcud. 3584/2007) en la que, tras resaltar el carácter indemnizatorio de los salarios de trámite, naturaleza que permite descontar de su importe lo cobrado en otro empleo o lo devengado en periodos durante los que no existió obligación de trabajar por suspensión del contrato, añadimos: “en una relación de trabajo de fijo discontinuo, la delimitación o concreción de las cantidades correspondientes requiere por razones cronológicas la comprobación o concreción en la ejecutoria o en el trámite de ejecución del período de trabajo efectivo determinante de los salarios de tramitación (STS 5-5-2004, citada)”. 3. De todo lo expuesto se deriva que la doctrina correcta es la de que los salarios de trámite

se adeudan hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, salvo que antes finalice la temporada que motiva la contratación, supuesto en el que se adeudan sólo hasta ese día. Ello nos lleva a estimar que es más correcta la doctrina seguida por la sentencia de contraste, lo que obliga a estimar el recurso y a casar la sentencia recurrida en el particular relativo a la fijación del importe de los salarios de trámite, sin que proceda limitarlos a la fecha que dice el recurso porque no consta el día exacto en que finalizó el curso escolar que motivó el contrato, ni cuando se reanudó el mismo, razón por la que en ejecución de sentencia se determinarán los periodos de tiempo en los que el actor debió trabajar y los salarios de trámite correspondientes a ellos».

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2013** (Recurso núm. 1507/2013), a la par que determina la improcedencia del despido, determina en relación al salario computable para la indemnización de despido que aquél ha de ser *«el salario “último” o actual en el momento de la extinción del contrato de trabajo, salvo circunstancias especiales»*.

Razona el Tribunal: «La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en relación al salario computable para la indemnización de despido es reiterada al determinar que aquél ha de ser *“el salario ‘último’ o actual en el momento de la extinción del contrato de trabajo, salvo circunstancias especiales”*, prorrateado con las pagas extraordinarias, figurado entre tales circunstancias especiales la oscilación de los ingresos por pérdida anómala o injustificada de una percepción salarial no ocasional o de “carácter puntual” (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990, 30 de mayo de 2003, 27 de septiembre de 2004, 11 de mayo de 2005 y 26 de enero de 2006). Constituye, por tanto, requisito necesario para su consideración a los efectos pretendidos en la demanda, y reproducidos en el recurso, el que se haya devengado, esto es, que haya surgido como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del cual, aunque no se trate de obligación vencida, puede hablarse del mismo como un salario o complemento salarial propiamente dicho (sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2011)».

C) Derecho de opción

La **STS de 25 de junio de 2013** (RUCD núm. 2113/2012), delimita el alcance del derecho de opción en relación al Derecho a indemnización por imposibilidad de readmisión. La parte actora, denuncia la infracción de los artículos 49.1 y 56 ET, en relación con los artículos 1134 y 1136 del CC alegando que en las obligaciones alternativas, entre readmisión o indemnización, sólo quedó viva y podía cumplirse la segunda, la indemnización.

La Sala determina: «La cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala en el sentido mantenido por las sentencias de contraste, como se pone de relieve en la reciente sentencia de 28 de enero de 2013 (rcud. 149/12), cuya doctrina puede resumirse, con el Ministerio Fiscal, en los términos que se indican seguidamente: 1. “Cuando desaparece un término de la obligación alternativa establecida en el artículo 56 ET, por no ser posible la readmisión del trabajador, en tal caso “debe aplicarse el artículo 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización...” “La construcción de la responsabilidad derivada del despido deberá cohonestar el marco general establecido por el Código Civil en sus artículos 1.101

al 1.136 con las especialidades derivadas del Estatuto de los Trabajadores a propósito de la extinción del contrato de trabajo a consecuencia del despido... Aunque en un plano puramente dogmático pudiera cuestionarse la exacta configuración de esa obligación empresarial [no ya como alternativa pura, sino como la subespecie facultativa], sin embargo ello en ningún caso trascendería a la consecuencia que aplicar al supuesto de imposibilidad de la prestación, que –a diferencia de lo que pudiera ocurrir para las obligaciones regidas por el Derecho Común– en todo caso sería el necesario cumplimiento de la prestación indemnizatoria, como única posible”. 3. “La obligación del empresario es de origen legal, y como tal –de acuerdo con el artículo 1090 CC– se rige por los preceptos de la ley que la establece [Estatuto de los Trabajadores] y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil sobre “obligaciones y contratos”; en el bien entendido de que estas últimas por fuerza han de resultar acordes al citado origen legal y a su específica regulación normativa, y de que en la solución a las posibles lagunas han de jugar decisivo papel los principios generales del Derecho, muy singularmente los que informan el propio Derecho del Trabajo... La regulación que en la materia hace el ET tiene por presupuesto un acto ilícito del empresario [la ruptura de la relación laboral sin causa legalmente justificativa], y que en orden a reparar el mal injustamente causado se establece la correspondiente obligación de “hacer” [readmitir en el puesto de trabajo en igualdad de condiciones], pero se le añade el opcional cumplimiento por equivalencia [indemnizar los daños y perjuicios causados]. 4. “La solución indemnizatoria tradicional en los casos en que la readmisión sea imposible por causas que afecten al propio trabajador [fallecimiento; y declaración de Incapacidad Permanente] o a la misma relación laboral [expiración del plazo en contratos temporales]. Y es la de que la indemnización legalmente prevista para el despido improcedente ofrece –como anteriormente se apuntó– destacadas peculiaridades respecto de la establecida en Derecho común, tal como han destacado la Sala en cuatro sentencias de 31/05/06 [recursos 5310/04; 1763/05; 2644/05; y 3165/05], y entre las que destacar muy significativamente un carácter que tradicionalmente hemos calificado de objetivamente tasado».

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

La **STS de 5 de julio de 2013** (RCUD núm. 1683/2012), falla la nulidad del despido de una trabajadora de la Comunidad Autónoma de Madrid, en un supuesto de contratación temporal, debido a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por constituir el despido una represalia al ejercicio de acción para la declaración de relación indefinida.

A tal efecto la Sala argumenta en su FJ 3º: Como ya hemos señalado, la cuestión controvertida en el recurso de casación unificador que aquí examinamos consiste en determinar si se ha vulnerado la garantía de indemnidad, en supuesto de contratación temporal con prestación de servicios no asociada al objeto del contrato, y cese del trabajador tras haber reclamado ante la Administración la relación laboral indefinida, y ha sido ya resuelta por esta Sala en sentencias de 18-02-2008 (rcud. 1232/2007); 26-02-2008 (rcud. 723/2007); 29-05-2009 (rcud. 152/2008) y 13-11-2012 (rcud. 3781/2011), y de 29/1/13 (rcud. 349/12), doctrina que resume la mas reciente de 4/3/12 (rcud. 928/12) y que debemos seguir en aras

de la seguridad jurídica mientras no existan razones suficientes para cambiarla. Centrada la cuestión en debatir sobre la «garantía de indemnidad», ello impone recordar antes de nada que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 14/1993, de 18/enero, FJ 2; ... 125/2008, de 20/octubre, FJ 3; y 92/2009, de 20/abril, FJ 3. SSTs 17/06/08 –rcud 2862/07–; y 24/10/08 –rcud 2463/07–). De ello «se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental» [tutela judicial], ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 4.2 apartado g ET] (recientes, SSTC 76/2010, de 19/octubre, FJ 4; 6/2011, de 14/febrero, FJ 2; y 10/2011, de 28/febrero, FJ 4). Y asimismo se impone aclarar –seguimos las sentencias de la Sala más arriba citadas– que tampoco es preciso que la medida represaliante tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales».

M^a CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACION EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

1. LIBERTAD SINDICAL.
 - A) **Representatividad del sindicato y alcance del derecho de información. Falta de legitimación activa para accionar en nombre e interés del comité. El derecho de información contenido en el artículo 64 ET no se hace extensivo a los sindicatos, sino a los delegados sindicales de las secciones que cumplan determinadas condiciones.**
 2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.
 - A) **Representantes de los trabajadores. Derecho de información.**
 3. CONFLICTO COLECTIVO.
 - A) **Falta de legitimación.**
 - B) **El valor y los efectos de la cosa juzgada en los conflictos colectivos.**
 - C) **Caducidad de las acciones.**
 4. HUELGA. GRUPOS DE EMPRESAS Y DERECHO A LA HUELGA.
-

CONSIDERACION PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 7, 8 y 9 de la *Revista de Información Laboral*.

1. LIBERTAD SINDICAL
 - A) **Representatividad del sindicato y alcance del derecho de información. Falta de legitimación activa para accionar en nombre e interés del comité. El derecho de información contenido en el artículo 64 ET no se hace extensivo a los sindicatos, sino a los delegados sindicales de las secciones que cumplan determinadas condiciones**

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ Extremadura de 7 de mayo de 2013**, núm. 205/2013, procedimiento núm. 1/2013, Comisiones Obreras había presentado demanda

ante la Jurisdicción Social solicitando que se condenara a la empresa a entregar tanto al sindicato, como al comité de empresa, determinada información. Ante ello, la empresa alega la excepción de falta de legitimación activa, que es parcialmente estimada por el Tribunal.

En efecto, en este concreto supuesto, el sindicato pretende la satisfacción de un derecho de información tanto en nombre e interés propio, como en nombre e interés ajeno, pues reclama la entrega de determinados documentos no sólo al propio sindicato, sino también al comité de empresa. En consecuencia, en opinión del Tribunal, el sindicato estaría reclamando un derecho ajeno, pues el comité es un órgano de representación distinto, en la medida en que es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo.

Ciertamente, los sindicatos cuentan con legitimación para actuar en defensa de los intereses de los trabajadores. Pero el derecho de información no está atribuido a los trabajadores de la empresa en general, sino, a tenor del artículo 64 ET, al comité de empresa en particular y, según el artículo 10.3 LOLS, a los delegados sindicales si no forman parte del comité. Por tanto, el sindicato carece de legitimación activa para el ejercicio de un derecho del que es titular el comité de empresa. Ahora bien, teniendo en cuenta que la mayoría del comité se encuentra afiliada Comisiones Obreras, el sindicato podría haber actuado en nombre de aquél, pero siempre y cuando se hubieran cumplido los requisitos establecidos en el artículo 20 LJS que, como sabemos, exige acreditar, además de la afiliación, la comunicación de su voluntad de iniciar el proceso.

Por otro lado, con respecto a la entrega de documentación al propio sindicato, el Tribunal parte de que, en tal caso, el sindicato sí tendría legitimación en la medida en que reclama en nombre propio y no ajeno. Ahora bien, aunque el sindicato esté legitimado para reclamar para sí ese derecho de información que pretende, ello no quiere decir que lo tenga. El derecho de información a que se refiere el artículo 64 ET no tiene como sujeto activo a los sindicatos. Y hemos de tener en cuenta que el artículo 10.3 LOLS sólo lo hace extensivo a los delegados sindicales de las secciones que cuenten con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores. Por todo lo anteriormente expuesto, no se ha producido comportamiento antisindical alguno.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Representantes de los trabajadores. Derecho de información

En el supuesto analizado por la **SAN de 28 de junio de 2013**, núm. 136/2013, conflicto colectivo núm. 202/2013, el comité de empresa había solicitado a la dirección de Catalunya Radio el desglose de las retribuciones de cada uno de los trabajadores, con identificación de estos últimos, así como la identidad de quienes recibían pluses y en base a qué conceptos, con precisión de sus valores mensuales. Se pedía también que la empresa desglosara la partida de personal, individualizada para cada trabajador, con expresión de sus categorías profesionales, niveles económicos, fechas de antigüedad, áreas de asignación, puestos de estructura, y cada una de las percepciones retributivas –salariales y extrasalariales– que percibían. Igualmente, requirieron el acceso a las nóminas u otros documentos justificativos del abono de pluses no contemplados en el convenio. Y se pretendía recibir informa-

ción sobre la partida del presupuesto de la empresa destinada a retribuir a las productoras externas, desglosado e individualizado por cada una de ellas. Se justificaba esta pretensión en lo dispuesto en el artículo 64 ET, teniendo en cuenta que la empresa presentaba un panorama de sucesivas reducciones salariales y de condenas judiciales que habían declarado la existencia de cesión ilegal a través de productoras interpuestas.

Pues bien, en opinión de la Audiencia Nacional, el derecho de información de los representantes de los trabajadores se contrae a los supuestos expresamente relacionados en el artículo 64 ET y no estamos, en tal caso, ante una norma que faculte al comité para exigir de la empresa cualquier información que considere oportuna. A mayor abundamiento, en este concreto supuesto, ni el convenio colectivo había ampliado las previsiones del artículo 64 ET, ni existía una justificación específica que permitiera entender que la labor de vigilancia conferida al comité de empresa sólo podía desempeñarse si se tenía acceso a la información solicitada.

Al margen de lo anterior, en el acto del juicio quedó acreditado que la empresa había puesto a disposición del comité la masa salarial desglosada por niveles y conceptos retributivos, así como las cuentas anuales en las que constan datos sobre la gestión económica con las productoras externas. El comité disponía también de los datos retributivos de los trabajadores de forma dissociada, una descripción de los conceptos salariales, y la distribución del número de personas en función de su ocupación, del nivel retributivo de sueldo base y de sueldo base más antigüedad y otros complementos. Además, tenía en su poder el desglose de las retribuciones brutas totales, individualizadas por cada trabajador, si bien con su identificación sustituida por un código. También constan sus categorías y su ocupación.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, la Audiencia Nacional no considera que exista necesidad de disponer, adicionalmente, del desglose mensual de la información retributiva y de la identificación nominal de los trabajadores, en orden a controlar las medidas de reducción salarial, puesto que nada incide a estos efectos, una vez que se tiene toda la información antes reseñada, que es mucha más que la que exige el artículo 64 ET. En cuanto a la subcontratación con productoras externas, entendiéndose que la empresa cumple con las obligaciones informativas que imponen los artículos 64.2, 42.4 y 42.5 ET, y que el comité cuenta con información sobre el presupuesto total destinado a las mismas, la Audiencia tampoco vislumbra la necesidad de conocer la parte de este último que se destina a cada productora como vía para controlar posibles supuestos de cesión ilegal, puesto que dicho control no pasa por el acceso a esas cuantificaciones.

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) Falta de legitimación

La legitimación es una de las cuestiones procesales con mayor relevancia en cualquier proceso, aunque adquiere un matiz relevante en los procesos de conflicto colectivo. En la demanda de conflicto colectivo que se nos plantea, se analiza la posible intervención adhesiva del sindicato CNT. Los sindicatos más representativos, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad sindical, las asociaciones empresariales

representativas en los términos del artículo 87 ET y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso aun cuando no lo hayan promovido siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto (artículo 155 LRJS). Esta regulación permite la entrada en el proceso a sujetos colectivos que no han iniciado el proceso ni son parte demandada en el mismo, pero que tiene un interés en el conflicto. Esta intervención otorga la cualidad de parte en igualdad de condiciones que el resto, con plena capacidad para realizar actos procesales con entera independencia, configurándose así un litisconsorcio activo o pasivo voluntario.

En el caso objeto de nuestro comentario de impugnación de acuerdo de despido colectivo, CNT fue citado en la demanda como interesado y sobre la base de ello se personó en el juico y se adhirió a la parte demandante. El Tribunal resuelve la cuestión en **Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2013**, núm. 146/2013, en la que, en lo que respecta a la cuestión procesal referida, se plantea si el citado sindicato tiene implantación suficiente para que se pueda aplicar el artículo 155 LRJS. Para ello, trae a colación la jurisprudencia que se ha generado en torno al concepto de implantación suficiente exigido en el artículo 17.2 LRJS. Deben considerarse legitimados los sindicatos para accionar en los procesos en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto, esto es, cuando quede acreditada la conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada y, asimismo, posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto. El nivel de implantación exigible es el que igualmente justifica el nexo entre el interés tutelable y el objeto del proceso. La mencionada vinculación habrá de establecerse en atención al ámbito de defensa de los intereses del colectivo indicado, para la que el sindicato ciñe su actuación. Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, doctrina que ha de seguirse por razones de seguridad jurídica, se ha de apreciar la falta de legitimación activa del sindicato accionante para plantear el presente conflicto colectivo. En efecto, a dicho sindicato le incumbía acreditar que tenía implantación suficiente en el ámbito del conflicto, y sin embargo, queda acreditado que CNT no tenía presencia en órganos unitarios ni cuenta con órganos sindicales en Iberia Operadora y no consta tampoco que tenga afiliados, por lo que no concurre elemento alguno que nos permita considerar que presenta una mínima implantación en el ámbito del conflicto. En la misma línea se pronuncia la Audiencia, pero este caso sobre la legitimación pasiva de SEPLA, el sindicato de pilotos, puesto que la pretensión que se ejercita se sostiene sólo sobre colectivos de TCP y tierra, pero no sobre el colectivo de los pilotos.

B) El valor y los efectos de la cosa juzgada

Con la expresión cosa juzgada se hace referencia a la condición o cualidad de una decisión judicial que la hace indiscutible o inatacable después de ser emitida por el órgano judicial correspondiente. La doctrina procesalista distingue entre cosa juzgada formal y material. La cosa juzgada formal supone la imposibilidad de atacar directamente una resolución judicial mediante un nuevo proceso cuya finalidad consista en revisar mediante recursos, ya sea porque no admita más recursos, ya sea porque han precluido posibles impugnaciones (artículo 569 Ley de Enjuiciamiento Civil). La cosa juzgada material significa la inatacabilidad indirecta de un resultado procesal por nuevos procesos que contradigan lo

decidido. Con la evolución de la jurisprudencia en torno a esta excepción, se ha ido creando la llamada función positiva de la cosa juzgada que no impide que con carácter general se abran nuevos procesos, aunque si evita que un proceso pueda decidir de modo contrario a lo se hubiera fallado en otro anteriormente. En esta línea, la jurisprudencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que el efecto de cosa juzgada procede apreciarlo aun cuando no se dé una completa identidad entre los sujetos, la petición y la causa de pedir en los dos procesos, siendo suficiente que lo juzgado en el primer proceso actúe en el segundo proceso a modo de elemento condicionante. Por lo que se refiere concretamente a los conflictos colectivos hay que partir de la base del efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia firme dictada como tal en este proceso. Por tanto, cuando con el conflicto colectivo, concurren otros individuales anteriores y sobre la misma materia, deberá prevalecer la sentencia recaída en el proceso de conflicto colectivo sobre las individuales. Pero además, ha señalado la jurisprudencia, que la sentencia firme dictada en el proceso de colectivo debe tenerse en cuenta sobre las sentencias que se dicten con posterioridad y que pongan fin a los conflictos individuales. En la decisión de estos conflictos individuales deberán tenerse en cuenta los criterios de la sentencia de conflicto colectivo que para estos casos tiene valor normativo.

En la primera de las sentencias que vamos a analizar, sobre cosa juzgada, se plantea un recurso de casación contra la sentencia de suplicación que decidió entrar a conocer y resolver la cuestión de despido planteado por los trabajadores dejando sin efecto la suspensión que existía sobre las actuaciones de despido hasta la resolución del conflicto colectivo planteado en la empresa. La sentencia del **Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, u.d., R° 1031/2012**, recoge la doctrina jurisprudencial en tono a esta cuestión. El artículo 157.3 LPL (artículo 160. 5 de la vigente LRJS), se está refiriendo al efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, dado que es indiscutible que la sentencia firme de conflicto colectivo no constituye impedimento alguno para que se dicten con posterioridad a ella sentencias que pongan fin a los conflictos individuales que versen sobre idéntico objeto, pero sin que se deduzca necesariamente de aquel precepto la existencia de litispendencia entre el proceso de conflicto colectivo y los conflictos individuales relacionados con aquél, máxime cuando no es posible entender que entre el proceso de conflicto colectivo y los individuales que tratan sobre la misma cuestión concurren, con la necesaria intensidad y exactitud, las tres identidades (de personas, cosas y acciones o causa de pedir) que exige el artículo 1252 del Código Civil. Ahora bien, tampoco puede desconocerse la indiscutible vinculación que existe entre el proceso de conflicto colectivo y los individuales, ya que la sentencia que se dicta en el primero, define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida, o el modo en que ésta ha de ser aplicada; por lo que es preciso concluir que el proceso colectivo debe producir determinadas consecuencias o efectos en relación con los de carácter individual a él vinculados, pues, en otro caso, no se lograrían las finalidades que se persiguen con esta modalidad procesal. Este efecto es el de suspender el trámite de los mismos hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin a aquél; efecto suspensivo que generalmente se produce en las situaciones de prejudicialidad, y en las que se establece que la interposición de conflicto colectivo paralizara la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución. Por lo que se refiere a la prejudicialidad esta podría calificarse de normativa (ya decíamos que la sentencia en estos casos tiene valor normativo), en tanto en cuanto la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto colectivo define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de

ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, pero con categoría de norma para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de premisa «iuris», pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013**, IL J 788/2013, Altadis formula recurso de casación para unificación de doctrina alegando la contradicción existente entre sentencias de duplicación que resolvían la misma cuestión. El Tribunal trae a colación lo que ya se había resuelto en el procedimiento colectivo del que el supuesto enjuiciado en esta sentencia trae causa, habida cuenta de que el problema es precisamente la diversa interpretación que las partes hacen de esa sentencia de conflicto colectivo. La atribución subjetiva a todos los trabajadores de la compensación económica asignada en lugar del tabaco de fumar se debe a que así se ha resultado en sentencia de conflicto colectivo en la materia dictada por la sala de los social del TS, la cual, en virtud del actual artículo 160.5 LRJS, tal como ha sido interpretado por constante jurisprudencia establecida para su antecedente la LPL, despliega el efecto de la cosa juzgada positiva respecto de todos los procesos individuales en los que se haya planteado la misma cuestión. Por lo tanto, en este caso, el TS no atiende tanto a la sentencia de contraste como la sentencia de conflicto colectivo que ya se había dictado por el mismo Tribunal y que resulta de aplicación al caso, precisamente por ese efecto de cosa juzgada.

Por lo que se refiere a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013**, IL J 932/2013, la Comunidad de Madrid plantea un recurso de casación sobre el conflicto colectivo en relación con la actualización del fondo de ayudas recogido en el Acuerdo sobre condiciones laborales prestaciones sociales y régimen de licencias y permisos para el profesorado de religión y moral católica y otro personal docente no sujeto ni a convenio colectivo ni a Acuerdo Sectorial docente. A partir de la convocatoria del curso 2008/2009, se volvió al importe inicial sin actualización lo que dio lugar a las correspondientes reclamaciones de conflicto colectivo y a las correspondientes sentencias que estimaron las demandas declarando la procedencia de la actualización del fondo, que además fueron confirmadas en el Tribunal Supremo.

El TS trae a colación lo que ya se estableció en su sentencia de 16 de abril de 2013 en la que se dijo que: «el tema de fondo alegado por la CAM con carácter subsidiario tampoco puede tener éxito (...) porque teniendo en cuenta que la revalorización del fondo para gastos de locomoción está referida a una cantidad determinada el cumplimiento de esta obligación por parte de la Administración autonómica es incondicional, no pudiendo estar supeditado a una eventual negociación de sus términos, que ya se conocen de antemano. Las conversiones mencionadas en la disposición colectiva repetidamente citada pueden ser necesarias para otras atenciones sociales, pero no para una prestación social como la atendida por el fondo de gastos de locomoción cuya cuantía inicial está ya cifrada, y cuyo factor de revalorización se encuentra también fijado de manera inequívoca». El efecto positivo de la cosa juzgada no se produce por el hecho de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el fondo de la pretensión deducida, sino que basta que ésta se haya decidido, como precisa el artículo 222.4 de la LEC, por «una *sentencia firme que haya puesto fin a un proceso*». Por tanto, nuevamente el TS aplica su doctrina del efecto de cosa juzgada y desestima el recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid.

C) Caducidad de las acciones

La caducidad contempla la influencia del tiempo en la decadencia de la acción que tiene aquí un significado sustantivo, produciéndose la extinción del derecho material por la inactividad de su titular. En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013**, IL J 752/2013, el recurrente entiende que la Audiencia Nacional ha utilizado mal la caducidad y esto ha hecho que se impida conocer el contenido del Acuerdo que vulnera la igualdad de trato y el principio de no discriminación. El sindicato formula recurso de casación basándose en cuatro motivos: El primer motivo, se ampara en el artículo 205.e) LPL (en la actualidad LRJS) para denunciar la infracción del artículo 138.1 LPL en relación con el artículo 59.4 ET. La parte recurrente entiende que lo previsto en el primero de ellos se refiere a los procedimientos individuales que se inicien por los trabajadores afectados por un proceso de movilidad geográfica, pero no para aquellos procedimientos como el presente en que se trata de un supuesto de movilidad geográfica de carácter colectivo. En el segundo motivo, se denuncia la vulneración del artículo 151 LPL en relación con el artículo 59 ET por lo que se refiere al cómputo del plazo de caducidad, sobre la base de que lo pretendido es impugnar el Acuerdo de 7 de marzo de 2011, y no accionar contra la decisión empresarial de trasladar a los empleados afectados por el proceso de cierre de determinadas sucursales. En el tercer motivo, entiende el recurrente que la sentencia impugnada infringe el artículo 24 CE en la medida en que la caducidad impide al órgano judicial conocer del fondo del asunto, lesionando así su derecho a la tutela judicial efectiva. En el último motivo, denuncia el recurrente la infracción del artículo 6.3 CC en relación con el artículo 14 CE y el artículo 17 ET. La parte recurrente sostiene que el motivo de impugnar el citado Acuerdo es que vulnera el derecho fundamental a la igualdad de trato y el principio de no discriminación.

El Tribunal Supremo da respuesta a las cuestiones planteadas por el sindicato atendiendo a resoluciones judiciales que han resuelto con anterioridad sobre los mismos temas. A estos efectos llega a la conclusión de que el instituto de la caducidad es aplicable tanto a acciones individuales como colectivas y ello porque los argumentos en favor de una interpretación del artículo 59.4 del Estatuto que excluya la caducidad de la acción en los conflictos colectivos no son concluyentes. Debe entenderse que esta caducidad es aplicable a los dos tipos de procedimiento, y ello por dos razones: a) porque la caducidad se predica de la acción y esta se ejerce con el mismo contenido, aunque con distinto ámbito en los dos tipos de proceso, y b) porque la finalidad de la caducidad es evitar la indefinición en situaciones que afectan gravemente a ambas partes, y esta finalidad quedaría burlada si solo se aplicara a los conflictos individuales. Además la caducidad de la acción constituyen una de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo, siendo su cómputo una cuestión de estricta legalidad ordinaria que corresponde analizar a los órganos judiciales. No obstante, la interpretación de las normas legales que realizan los tribunales es revisable en amparo cuando la apreciación de la caducidad afecta a un derecho fundamental, siempre que se utilice un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho fundamental entendido como desproporcionadamente formalista.

Por último, resulta probado que el Acuerdo trae causa en un periodo de consultas seguido entre la empresa y el comité nacional que culminó con acuerdo no cuestionándose por el sindicato accionante. Por tanto, el TS concluye que el acuerdo debió impugnarse en el plazo de 20 días hábiles desde su conclusión comenzando el cómputo el 8 de marzo

de 2011, pero no se hizo así, ya que se interpuso la demanda el 10 de mayo de 2011. Se declara caducada la acción conforme al artículo 59.4 ET en relación con el artículo 138. de la LPL, sin que la interposición de la papeleta de conciliación ante el SIMA producida el 15 de abril de 2011 tenga efectos suspensivos, puesto que el artículo 64.1 LPL exceptúa del intento de conciliación a las demandas de impugnación del convenio siendo este criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia.

4. HUELGA. GRUPOS DE EMPRESAS

Resulta muy interesante el caso que en esta ocasión tenemos que comentar sobre el derecho de huelga recogido en la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2013, IL J 886/2013**. Se trata de un caso en el que los demandantes consideran vulnerado el derecho de huelga por las empresas del GRUPO PRISA. A estos efectos resulta interesante recordar varias cuestiones a tener en cuenta en relación con el derecho de huelga en los casos de grupo de empresas. En primer lugar, es lícito que las empresas clientes, durante la huelga, contraten servicios con una empresa distinta a aquella en la que se desarrolla la huelga. Y, en este sentido, también lo es que, en los supuestos en los que no existe grupo empresarial laboral o patológico, que empresas del grupo con autonomía productiva contraten con una empresa diferente a aquella con la que venían contratando, durante la situación de huelga. En segundo lugar, se ha considerado la posibilidad de que terceras empresas, es decir, distintas de la empresa en la que se desarrolla la huelga, lesionen el derecho fundamental de huelga cuando de forma concertada con la empresa que padece la huelga, realicen maquinaciones con el fin de disminuir la eficacia de la huelga. Con mayor razón podrán hacerlo empresas integradas en un mismo grupo mercantil donde las posibilidades de realizar una conducta coordinada en este sentido son mucho mayores. No obstante, a la hora de ponderar la medida o la conducta realizada por la parte empresarial, entendida en sentido amplio, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, y el denominado «efecto multiplicador», así como la razonabilidad de la medida adoptada.

El juego del principio de proporcionalidad se traduce en que debe existir un cierto equilibrio, no igualdad, entre el daño soportado por los huelguistas y el daño sufrido por la empresa. La STC 11/1981 sostiene que el derecho de los huelguistas, lógicamente, no es un derecho absoluto y exige por ello una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse abusivas. Este desequilibrio se puede producir cuando la perturbación de la producción que la huelga acarrea se le dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado. En la misma línea la STC 41/1984 razona que, si bien es cierto que la huelga es un instrumento de presión, no lo es menos que la efectividad del derecho no constituye un valor absoluto al que deba sacrificarse cualquier otro, o un principio que legitime cualquier modalidad de huelga o cualquier comportamiento durante su transcurso.

La aplicación de las nuevas tecnologías, y la aparición de nuevas formas de organización empresarial están planteando complejos problemas, ya que en el ámbito de las organizaciones empresariales pueden existir verdaderas redes de conexión entre las empresas y

debe analizarse hasta que punto una estrategia coordinada entre las mismas puede afectar al ejercicio del derecho de huelga. Derivado de ello, no debería ser admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con los que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos. No puede ser obstáculo para proteger el derecho fundamental de huelga el hecho de que ningún vínculo contractual ligue a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos como consecuencia de su decisión. Por tanto, será posible que los derechos fundamentales de los trabajadores puedan ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral. Así las cosas, la sustitución externa indirecta puede constituir una lesión del derecho de huelga, la cual se produce cuando se acude a la contratación de empresas con el fin de disminuir el alcance y efectividad del derecho de huelga.

Como consecuencia de una valoración conjunta de la doctrina jurisprudencial que se recoge en esta sentencia, y que hemos resumido anteriormente, la misma concluye que no existe vulneración del derecho de huelga. Las razones que establece para llegar a esta conclusión son, por un lado que no nos encontramos ante el llamado grupo empresarial patógeno sino simplemente ante un grupo empresarial mercantil correctamente constituido; y en segundo lugar, consta probado que la proporción del daño sufrido por los trabajadores es inferior al daño sufrido por la empresa existiendo, por tanto, el equilibrio pretendido por el derecho de huelga. Por tanto, la pretensión de los demandantes de que se paralice la actividad del grupo no resulta proporcional, ya que en todo caso, el ejercicio del derecho de huelga ha supuesto el daño pretendido a la empresa.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (coord.)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO

1. EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO.
 2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN.
 3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.
 4. ULTRAACTIVIDAD.
 5. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES.
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 7, 8 y 9 de la *Revista de Información Laboral*, 2013, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde se puede consultar su texto íntegro. De ellas destaca, en particular, por las cuestiones analizadas, la **SAN de 23 de julio de 2013** y la **STS de 27 de mayo de 2013**, la primera relativa al alcance de la ultraactividad establecida en convenio colectivo anterior a la reforma del artículo 86.3 ET; la segunda relativa a la inclusión de las vacaciones dentro de las materias cuya regulación por el convenio colectivo estatutario admite su modificación o inaplicación al amparo del artículo 83.2 ET.

1. EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO

1. Descuelgue, inaplicación o modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo. De acuerdo con la **STS de 27 de mayo de 2013** (IL J 761/2013), la lista de materias respecto de las cuales cabe el descuelgue incluye las vacaciones. La posible inaplicación de lo pactado en el convenio colectivo en relación con las vacaciones quedaría comprendida dentro de la inaplicación de las condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo que consiente el artículo 83.2 ET, esto es, la «jornada de trabajo» y el «horario y la distribución del tiempo de trabajo». El razonamiento de la Sala es el siguiente:

«Aunque ciertamente la redacción estatutaria de los artículos 41.2 y 82.3 difiere al referir la enumeración de condiciones de trabajo modificables, pues (...) la primera contiene la expresión «entre otras» que no figura en la segunda, la respuesta positiva al primero de los aspectos debatidos viene determinada por tres consideraciones: a) en primer lugar,

carecería de sentido que la misma cuestión –vacacional– no fuese susceptible de acuerdo alguno por el hecho de estar regulada en el convenio colectivo y que sí puedan serlo otras materias de importancia cuando menos similar (jornada de trabajo, horario y retribución); b) en segundo término, aunque literalmente no se haga referencia expresa a ello, la cuestión está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, habida cuenta de que –interpretación sistemática (...)– el tratamiento legal, como el doctrinal, de las vacaciones se hace dentro del apartado del «tiempo de trabajo» (sección quinta del capítulo II del ET), que en concreto trata de la jornada (artículo 34), horas extraordinarias (artículo 35), trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo (artículo 36), descanso semanal, fiestas y permisos (artículo 37) y vacaciones anuales (artículo 38), por lo que nada más lógico que entender implícitamente incluido el descanso anual entre aquellos conceptos expresamente susceptibles de modificación –lógicamente, con respeto a los mínimos de derecho necesario– por singular acuerdo colectivo (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo)]; y c) esta interpretación es la más ajustada a la finalidad de la norma (la ya referida a que alude el preámbulo del RD-Ley 3/2012), no encontrando esta Sala razón alguna para excluir el cuestionado concepto de entre los susceptibles de modificación por voluntad concorde de la empresa y de quienes –en la parte social– tienen legitimación para convenir colectivamente».

2. *Supresión, por ley, de mejora de seguridad social (del subsidio por incapacidad temporal) establecida en convenio colectivo del personal laboral al servicio de una comunidad autónoma.* Desde el momento en que la regulación de condiciones de trabajo contenida en un convenio colectivo puede resultar modificada por lo dispuesto en una ley posterior, la mencionada supresión no resulta contraria a la fuerza vinculante del convenio ni lesiona el derecho a la negociación colectiva. Ciertamente, aunque la anulación o disminución de una mejora como la contemplada ha de producirse, según ordena el artículo 192 LGSS, de acuerdo con las normas que regulen su reconocimiento, no cabe duda que también puede conducir a dicha anulación o disminución una norma posterior de superior rango, no existiendo impedimento alguno que se oponga a que esa norma posterior pueda ser, cuando los afectados sean los trabajadores al servicio de una comunidad autónoma o, más ampliamente, al servicio del sector público dependiente de ella, una ley autonómica. Se pronuncia en el sentido indicado la **STS de 27 de mayo de 2013 (IL J 762/2013)**, en relación con la supresión por la ley 6/2011, de la Comunidad Autónoma de Madrid, durante 2012 y para el conjunto del sector público establecido establecido en el artículo 19.1 de la Ley de presupuestos generales de dicha Comunidad y año, de la mejora del subsidio por incapacidad temporal salvo que ésta derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional:

«Sobre el efecto que una nueva norma legal puede tener sobre los convenios colectivos vigentes en el momento de su entrada en vigor, hemos venido pronunciándonos en múltiples supuestos, recogiendo asimismo los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional. En esencia, la conclusión constante es la de que lo acordado con fuerza vinculante en la negociación colectiva puede ser modificado por ley posterior y ello porque del artículo 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990), ya que es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no

al contrario (SSTC 177/1988, 171/1989, 92/1994 y 62/2001). Así lo hemos declarado en relación con la reducción salarial producida en virtud de ley autonómica (STS 20 de abril –recurso 219/2011–, 17 de mayo –recurso 252/2011–, 22 de mayo –recurso 212/2011– y 4 de diciembre de 2012 –recurso 232/2011–, entre muchas otras).

(...) Afirmada la constitucionalidad, analizamos ya la cuestión suscitada en el segundo motivo del recurso, que implica la interpretación que haya de hacerse de la norma autonómica controvertida, en atención a lo dispuesto en los artículos 191 y 192 de la Ley general de la seguridad social (LGSS) y el artículo 61 del convenio colectivo.

La Ley 6/2011, de ámbito autonómico (Madrid) regula diversas medidas fiscales y administrativas íntimamente vinculadas a la consecución de los objetivos de la Ley de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para 2012. En su disposición adicional 2ª se establece: *“Incapacidad temporal. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, con vigencia durante el presente ejercicio y para el conjunto del sector público establecido en el artículo 19.1 de la Ley de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para 2012, el régimen de prestaciones o complementos económicos en el supuesto de incapacidad temporal se ajustará estrictamente a lo dispuesto en la normativa del régimen de seguridad social que, en cada caso, resulte de aplicación.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos supuestos en los que la incapacidad temporal derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso se mantendrán las medidas de mejora de la prestación económica correspondiente que se encuentren previstas en la normativa convencional o reglamentaria aplicable”.

El convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid regula en su artículo 61 la incapacidad temporal (...).

El precepto convencional contiene una mejora de la seguridad social, cuyo régimen jurídico general se contiene en los preceptos de la LGSS que el recurso invoca. A tenor del segundo párrafo del artículo 192 LGSS el derecho a la mejora de una prestación no puede ser anulado o disminuido *“si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”.*

Este precepto ha sido interpretado por las STS de 16 y 18 de julio de 2003 (rcud. 862/2002 y 3064/2003), dictadas por el Pleno de la Sala y reiteradas en la STS de 16 de noviembre de 2006 (rcud. 2352/2005), en donde se concluía que una norma de igual rango y ámbito que la del reconocimiento de la mejora –un convenio colectivo, en aquellos casos– podía disminuir el beneficio contenido en la mejora.

En el presente caso la norma que regula el reconocimiento del derecho en que la mejora consiste se ve superada, ya no por un nuevo convenio, es decir, por norma de igual rango, sino por una norma de rango jerárquico superior.

No existe una conducta empresarial que contravenga lo dispuesto en el artículo 192 LGSS, sino un mandato legal que impone una alteración del convenio colectivo del que nacía la mejora. Y, como hemos visto, la primacía de la ley sobre el convenio colectivo implica una alteración de éste que justifica la afectación del derecho conferido en la norma paccionada.

(...) A lo dicho no cabe oponer el hecho de que en este caso la empleadora sea la Comunidad de Madrid, pues tal circunstancia no merma la capacidad legislativa de la Asamblea ni la competencia de la Comunidad Autónoma para legislar en materia presupuestaria, ámbito en el que se promulga la Ley 6/2011.

Como acertadamente señala la sentencia recurrida las mejoras de la seguridad social no forman parte del sistema de prestaciones integrado en la legislación básica de la seguridad social».

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Comisión negociadora. El artículo 88.4 ET no exige que el número de miembros en representación de cada parte tenga que llegar necesariamente al que establece. Tal número de miembros es máximo. En los casos en que por una de las partes exista un único sujeto con legitimación para negociar, cabe que la comisión negociadora se constituya, por dicha parte, con un único vocal designado por ese sujeto. Lo apunta, en relación con la comisión negociadora de un convenio colectivo de sector, la **SAN de 31 de mayo de 2013** (IL J 718/2013; procedimiento 140/2013):

El artículo 88.4 ET «marca un máximo de componentes de la comisión negociadora, que no puede exceder de quince en los convenios sectoriales, pero no exige que tengan que ser necesariamente quince miembros, por lo que en aquellos supuestos, en los que la negociación corresponda legítimamente a una sola asociación patronal, como sucede aquí, sería perfectamente posible que la misma nombre a un solo representante en la comisión negociadora, siempre que esté apoderado para negociar, porque en ese supuesto, a diferencia de lo que sucederá cuando negocien varias asociaciones patronales, el voto de sus negociadores, sean uno o quince, será único, puesto que la asociación representa como tal a todas las empresas del sector y su representatividad no puede fraccionarse entre sus miembros. Sucederá lo mismo con los representantes de los sindicatos, cuyo voto será único por las mismas razones, sin que sea viable que lo dividan entre sus miembros, puesto que el sindicato dispondrá de los votos de la comisión que le otorgue su representatividad general entre los trabajadores del sector».

3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

Entre el convenio colectivo sectorial estatal y el convenio de empresa. El hecho de que el convenio colectivo sectorial fije salarios mínimos garantizados y determine su revisión periódica no contradice la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, dispuesta por el artículo 84.2 ET, cuando aquél establece que los supuestos de concurrencia de convenios se resuelvan con arreglo a las disposiciones legales vigentes. Semejante previsión no impide que los convenios colectivos de empresa puedan determinar otras cuantías salariales de aplicación prioritaria de acuerdo con el citado precepto del ET. Así, **SAN de 31 de mayo de 2013** (IL J718/2013; procedimiento 140/2013):

«El artículo 66 del convenio fija (...) los salarios mínimos garantizados para el año 2012, entendiéndose por la empresa que dicha fijación, unida a las funciones de la comisión paritaria con respecto a la cuantificación de los incrementos retributivos de cada año, impide que los convenios de empresa puedan determinar prioritariamente la cuantía de los salarios.

La Sala no comparte la denuncia de los demandantes, porque el artículo 84.2 ET no limita, ni impide que los convenios colectivos sectoriales puedan fijar salarios mínimos, así como

establecer cláusulas de revisión salarial para los mismos, ni introduce ningún impedimento para que la cuantificación de las revisiones salariales se realice funcionalmente por las comisiones paritarias, siempre que no introduzcan negociaciones o aspectos no contenidos en el convenio, porque el papel tradicional de los convenios colectivos, especialmente de los convenios sectoriales y en particular los convenios provinciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.1 ET, es la regulación de los salarios, puesto que esos convenios afectan a la inmensa mayoría de nuestras empresas, quienes ni tienen, ni tendrán convenios de empresa, por la sencilla razón de que no tienen trabajadores suficientes como para elegir representantes de los trabajadores.

Lo que sí impone el artículo 84.2 ET es que si se negocia un convenio de empresa durante la vigencia del convenio sectorial, lo que podrá hacerse en cualquier momento de la vigencia del convenio sectorial, el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa sobre el sectorial en las materias listadas en el artículo citado, entre las que se encuentra la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

Debemos despejar, a continuación, si el convenio impugnado cuestiona de algún modo la prioridad aplicativa en materia salarial de los convenios de empresa sobre el sectorial, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa», puesto que aquél prevé «que la regulación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos de empresa y/o grupos de empresa se regirá por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 84 del ET, reincidiéndose en el artículo 8 del convenio, que trata sobre concurrencia de convenios, que de la conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores y las atribuciones de competencia contempladas en los artículos 2 y 3 de este convenio estatal, la aplicación de los supuestos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito se resolverá teniendo en cuenta las disposiciones legales vigentes.

Parece claro, por consiguiente, que el convenio impugnado podía y debía regular las retribuciones de los trabajadores durante su vigencia, así como sus incrementos, sin que dicha regulación impida, caso de producirse convenios de empresa durante su vigencia, que estos se apliquen prioritariamente con respecto a la regulación sectorial».

4. ULTRA ACTIVIDAD

Alcance de la limitación a un año establecida en el artículo 86.3 ET. Tal limitación, fruto de la reforma del precepto llevada a cabo por la Ley 3/2012, no resulta aplicable cuando el convenio colectivo sobre cuya ultraactividad se discute dispuso ésta, en relación con su contenido normativo, hasta el momento de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo que hubiera de sustituirlo. No se opone a la conclusión anterior el hecho de que aquel convenio sea anterior a la entrada en vigor de la citada Ley 3/2013, cuando el ET no establecía límite temporal alguno para la ultraactividad. En otros términos, no cabe entender que el pacto en contrario que prevé el actual artículo 86.3 ET, en virtud del cual las partes pueden dejar sin efecto la limitación a un año de la ultraactividad, haya de referirse necesariamente a la inaplicación de tal límite temporal. Una cláusula como la del aludido convenio colectivo, disponiendo, sin más, la ultraactividad hasta su sustitución por otro, equivale al pacto en contrario que, de acuerdo con el artículo 86.3 ET, impide sujetar la ultraactividad al plazo de un año a contar desde la denuncia del convenio. Así, **SAN de 23 de julio de 2013** (IL J 789/2013; procedimiento 205/2013):

«Se nos pide que declaremos que, en tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio colectivo que haya de sustituir al III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum, LAM, SA, y sus trabajadores pilotos, denunciado en 2010, el contenido normativo de este último permanece vigente.

Ello nos exige dilucidar si tal es la voluntad del legislador expresada en el artículo 86.3 ET, cuando regula la vigencia de los convenios colectivos.

En concreto, el artículo 1.3 del convenio establece lo siguiente:

(...)

“Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, denunciado el convenio, y finalizado el periodo de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerán vigentes las cláusulas normativas del convenio hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio que haya de sustituir al presente”.

Está claro, pues, que existe en el convenio colectivo un pacto sobre su vigencia una vez denunciado, que la extiende hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que lo sustituya. Lo que la empresa discute es que esta cláusula de ultraactividad sea realmente el “pacto en contrario” al que alude el nuevo artículo 86.3 ET, puesto que, a su entender, se limita a reproducir lo dispuesto en la ley vigente en el momento de su suscripción.

(...)

Pocos interrogantes se presentan, en cuanto a la validez del pacto en contrario, en los convenios nacidos tras la entrada en vigor de la reforma, puesto que las partes tienen a su disposición la posibilidad de establecer el régimen de ultraactividad que estimen pertinente.

Y pocas dudas tendríamos respecto de los convenios nacidos antes de la reforma, si el legislador hubiera expresado en el artículo 86.3 ET una regla de carácter imperativo (...).

Pero el artículo 86.3 ET no establece una disposición de carácter imperativo—con independencia del valor de orden público de su contenido—, sino que expresamente otorga primacía a la autonomía colectiva, lo que plantea dudas respecto de la validez de las cláusulas de ultraactividad contenidas en los convenios preexistentes, acuñadas cuando el régimen que operaba por defecto era distinto del ahora aplicable.

La Sala considera que la respuesta a este problema exige un apego al caso concreto, puesto que no parece razonable ni jurídicamente realista mantener que todos los convenios denunciados antes de la reforma han finalizado su vigencia el 8 de julio de 2013, sin matiz alguno (puesto que no es eso lo que dice el legislador), ni tampoco que todos perviven como si nada hubiera cambiado en la regulación legal.

Veamos, pues, los elementos interpretativos en presencia:

La pauta fundamental ya fue avanzada: la regla de la ultraactividad limitada no es absoluta ni imperativa. El preámbulo de la Ley 3/2012 la justifica en una voluntad de «evitar la petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio», y semejante tarea es abordada otorgando preeminencia a la autonomía colectiva, tal como expresamente indica el artículo 86.3 ET al remitir a “los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio” en cuanto a su vigencia “una vez denunciado y concluida la duración pactada”, y al mencionar el “pacto en contrario” que impide que entre en juego la regla legal subsidiaria. Pacto, pues, que no se adjetiva de ninguna manera, tampoco en función del momento de su conclusión, y que, derivado del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente reconocido, no puede ser interpretado con mayor restricción que la que el propio legislador proponga expresamente.

Tampoco cabe deducir la pérdida de vigencia de los acuerdos previos en virtud de la disposición transitoria 4ª de la Ley 3/2012, puesto que no es más que una norma de derecho transitorio que se limita a fijar el día a quo del plazo de un año contemplado en el artículo 86.3 ET.

Esta primera línea argumental, basada en la literalidad de las normas legales, es la que permite a buena parte de la doctrina laboralista (...) defender que las cláusulas de ultraactividad pactadas antes de la reforma son válidas en sus propios términos, sin ningún cuestionamiento ni afectación de la nueva ley, que no impone su nulidad sobrevenida.

Ahora bien, atendiendo a las alegaciones de la empresa (...), cabría entender que el pacto que nos ocupa, que acogía la ultraactividad ilimitada, no se estableció con voluntad de exceptuar el régimen legal actual, sino de incorporar al convenio, sin más, el vigente al tiempo de su suscripción, de modo que no sería el “pacto en contrario” que exige el nuevo artículo 86.3 ET.

Nuevamente debemos llamar la atención sobre la necesidad de analizar, siempre, la concreta fórmula utilizada por los negociadores en su cláusula de ultraactividad, en orden a apreciar cuál fue, realmente, su voluntad.

No obstante, con carácter general y sin perjuicio del examen casuístico, consideramos que, fuera para plasmar una específica y consciente regulación o para incorporar sin más el régimen legal –pero no limitándose a remitirse al artículo 86.3 ET, que ha de integrarse con la ley en cada momento vigente–, en ambos casos las partes estarían manifestando su expresa voluntad respecto de la vigencia del convenio tras su denuncia, algo que viene siendo dispositivo desde que así lo estableció la Ley 11/1994. No se habrían limitado a dejar que operara la regla legal subsidiaria, sino que, estando en sus manos exceptuarla, habrían explicitado que optaban por hacerla suya y asumirla como propia. El que la técnica utilizada a estos efectos pudiera haber pasado por reproducir parcialmente la redacción entonces vigente del artículo 86.3 ET no podría enervar esta conclusión, puesto que no estaríamos, ni podríamos estar, ante la mera transcripción de un precepto que siempre ha albergado en su texto una referencia expresa al pacto en cuyo defecto opera la regla legal. Y, descendiendo a nuestro caso concreto, ni siquiera puede decirse que se reprodujera la ley entonces vigente.

Parece, pues, que, tanto si la ultraactividad pactada se ajustaba a la regla subsidiaria o se separaba de aquélla, los negociadores estaban ejercitando la posibilidad de disponer sobre la materia, en el sentido que fuera, de modo que no cabe entender que el consentimiento haya quedado invalidado por un cambio en el régimen que, tanto antes como ahora, opera sólo por defecto.

La posibilidad de limitar la ultraactividad a un año siempre ha estado disponible para las partes, y escogieron no establecerla, por lo que mal puede decirse que no era su voluntad desplazar el régimen de ultraactividad anual que el legislador ahora propone de modo subsidiario.

(...)

Otra cosa es que, en la práctica, dada la gran cantidad de convenios previos a la reforma que contienen cláusulas de ultraactividad, el cambio normativo pierda fuerza. Pero tal consideración competía al legislador a la hora de diseñar la norma, y hemos de presumir que fue sopesada, seguramente teniendo en cuenta que la limitación de la ultraactividad no es más que la última de una serie de disposiciones, destinadas, todas ellas, a procurar “una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios econó-

micos y organizativos” (prólogo Ley 3/2012), como son la descentralización convencional otorgando prioridad aplicativa al convenio de empresa en muchas materias, la posibilidad de renegociación ante tempus sin necesidad de denuncia del conjunto, y la flexibilización de la inaplicación de condiciones convencionales.

Pero aunque el legislador no hubiera sido consciente de este efecto de su diseño legal, cobraría aquí importancia la distinción entre la mens legislatoris y la mens legis (...), puesto que el que la regulación de la figura sea más o menos efectiva no puede actuar como prejuicio en la interpretación judicial de un precepto que expresamente cede la prioridad a la autonomía colectiva, para acotar esta última cuando el legislador no lo ha hecho.

En definitiva, pues, cabe concluir que ha de darse valor al pacto contenido en el convenio analizado, en el que, teniendo las partes a su alcance la posibilidad de limitar la vigencia ultraactiva del mismo, expresamente indicaron que, una vez denunciado y finalizado el período de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerían vigentes las cláusulas normativas hasta tanto no se produjera la entrada en vigor del convenio que hubiera de sustituir al presente. Eso es lo que las partes han establecido, con el beneplácito de un régimen legal que sólo ha alterado la regla subsidiaria».

5. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES

Recuerda el amplio margen de apreciación de que dispone el juzgador de instancia a la hora de realizar la interpretación del convenio colectivo y que ha de estarse a dicha interpretación, salvo que no sea racional ni lógica o ponga de relieve la notoria infracción de alguna de las reglas que rigen la actividad interpretativa, la **STS de 4 de junio de 2013** (IL J 753/2013), en relación con la cláusula del convenio colectivo para el personal laboral al servicio de una comunidad autónoma que establece la obligación de la Administración pública empleadora de realizar dentro del primer trimestre de cada año una convocatoria para la concesión de ayudas para actividades socio-culturales:

«Tratándose en definitiva de la interpretación que, respecto a las obligaciones asumidas en la negociación colectiva por la Administración en orden a la convocatoria pública de esas ayudas económicas, resulta de aplicación la doctrina de esta Sala en virtud de la cual, en materia de interpretación de los contratos y los convenios colectivos, cualquiera que fuera su eficacia, los órganos de instancia gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (así lo han declarado, entre otras muchas, nuestras sentencias de 20-3-1997, rec. 3588/96, 27-9-2002, rec. 3741/01, 16-12-2002, rec. 1208/01, 25-3-2003, rec. 39/02, 30-4-2004, rec. 156/03, 16-1-2008, rec. 59/07, 25-3-2009, rec. 85/08, 9-12-2009, rec. 141/08, 12-7-2010, rec. 71/09, y 10-5-2011, rec. 8/10), «salvo [...] que la interpretación a que hubiesen llegado no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual» [TS 16-1-2008, rec. 59/07]».

JAVIER GÁRATE

IX. SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. FUENTES.
 2. CAMPO DE APLICACIÓN.
 3. ENCUADRAMIENTO.
 4. GESTIÓN.
 5. FINANCIACIÓN.
 6. COTIZACIÓN.
 7. RECAUDACIÓN.
 8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.
 - A) **Reparación del daño.**
 - B) **Caso fortuito.**
 - C) **Enfermedad profesional.**
 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
 - A) **Recargo de prestaciones.**
 - B) **Responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones.**
 - C) **Responsabilidad en orden a las prestaciones.**
 10. ASISTENCIA SANITARIA.
 11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
 12. MATERNIDAD.
 13. REGÍMENES ESPECIALES.
 14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
-

1. FUENTES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La **STS de 19 de junio de 2013, ILJ 852/2013**, versa sobre la prestación de maternidad una trabajadora con alta y baja laboral el mismo día y solicitud posterior de la prestación, que es desatendida por no hallarse aquella en situación de alta o asimilada al alta en la fecha del hecho causante. Recordando la jurisprudencia acerca de «la interpretación del requisito de estar de alta en la seguridad social, o en situación asimilada, con un criterio flexibilizador, carente de rigor formalista, para los supuestos de trabajadores que han estado asegurados con regularidad durante su tiempo de trabajo activo», el tribunal a la hora de analizar la infracción de los artículo 133 ter 1) de la LGSS y 3 del RD 295/2009, de 6 de marzo, hace suyos los argumentos de la sentencia de contraste, sosteniendo que el requisito del alta hay que entenderlo referido al día inmediato anterior al inicio del descanso. Considera que resulta imposible que la fecha de alta y baja coincidan en un mismo día y que debe primar la realidad material sobre la formal, de tal manera que si la trabajadora solicita el descanso y le es concedido el mismo día que ha trabajado, ese día reunía el requisito del alta, constituyendo, en fin, una irregularidad que no debe perjudicar al trabajador, el alta y baja en igual fecha. La sentencia, parte de la distinción entre la fecha de la situación protegida y la fecha de efectos de la prestación, que es el día siguiente del hecho causante, y que realmente es el día que comienza el descanso maternal y el día auténtico de baja.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Concepto de accidente

La **STS de 3 de julio de 2013, ILJ 830/2013** estima el recurso para la unificación de doctrina, reconociendo la calificación de accidente laboral también para la recaída en la lesión que provocó la primera baja. Así, se recuerda la doctrina sobre las recaídas y la protección a otorgar en ellas en estas situaciones y se concluye que al no existir un diagnóstico anterior, ni bajas laborales con anterioridad a la lesión que provocó la primera baja, los argumentos sobre la existencia de una patología preexistente no se pueden aceptar. Y, sobre todo al haberse producido la recaída antes de los seis meses siguientes a la primera baja, nos encontramos ante el mismo proceso de incapacidad temporal, según el artículo 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

B) Indemnización por daños y perjuicios

La **STS de 19 de abril 2013, ILJ 780/2013**, desestima el recurso de casación y confirma como válida la sentencia recurrida, que establece la responsabilidad de la empresa en la reparación del daño teniendo en cuenta la apreciación de las infracciones producidas por la empresa en las normas de prevención de riesgos laborales – más exactamente, de seguridad e higiene en el trabajo, dado el periodo en que debieron producirse. Según el Tribunal, para una valoración distinta, la empresa tenía que haber acreditado la inexistencia de las infracciones que se determinaron a partir de la proyección de los resultados de un informe realizado en 1977 respecto a una actividad laboral que terminó en 1961, o demostrar que no existió una relación de causalidad entre las infracciones y los padecimientos del trabajador (asbestosis derivada de la exposición a amianto), que en 2007 fue declarado en situación de incapacidad permanente, derivada de enfermedad profesional.

C) Enfermedad profesional

La **STS de 5 de junio de 2013, IL J 936/2013** desestima el recurso de casación y considera adecuada la interpretación aportada por la sentencia recurrida al entender que la conducta omisiva de la empresa elevó el riesgo de daño para la salud de los trabajadores y, consecuentemente, existe una relación causal entre los incumplimientos de la empresa y la enfermedad profesional (asbestosis derivada de la exposición a amianto). Por tanto, contrariamente a lo dispuesto en la sentencia de contraste, se considera que los incumplimientos de la empresa han incrementado el riesgo para la salud del trabajador y, en consecuencia, es probable que el daño no se hubiera producido igualmente, de haberse respetado las normas de seguridad. Además, se hace referencia a la jurisprudencia anterior del Tribunal establecida en la STS/IV de 30 junio 2010 que mantiene que, para demostrar la falta de responsabilidad, el empleador (deudor de seguridad) ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible o justificar que aun adoptado las medidas exigibles, el daño no se habría producido.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

La **STSJ de Galicia de 8 de marzo, ILJ 729/2013**, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia –y a su vez la resolución administrativa del Servicio Público de empleo– por la que se declaraba responsable a la recurrente sobre el abono del subsidio de desempleo en proporción al descubierto en el pago de cotizaciones sociales, correspondientes a los salarios de tramitación generados por parte de un trabajador despedido de forma improcedente. En base a doctrina unificada –y cita SSTS 16/05/06, RcuD 3995/04; 03/04/07, RcuD 920/06; 18/09/07, RcuD 3990/06; y 25/09/08, RcuD 2914/07– el Tribunal aprecia la responsabilidad empresarial en los efectos de su incumplimiento sobre la relación jurídica de protección del trabajador, y específicamente en la base reguladora de la prestación y la duración del derecho a ésta. En segundo lugar, atendiendo al principio de proporcionalidad, la responsabilidad se establece, como lo hace la Entidad Gestora, «sobre la diferencia entre lo que se abonaba como base reguladora del subsidio y lo que se tendría que abonar de haberse cotizado por los salarios de tramitación y ese periodo».

La **STSJ Castilla-La Mancha de 6 de junio, ILJ 899/2013**, admite recurso contra la sentencia recurrida en la que se estimaba el derecho de trabajadora gerocultora al recargo de prestaciones de seguridad social ex artículo 123 LGSS. En el caso de autos, la trabajadora sufre accidente de trabajo al cargar con el peso de una interna, no existiendo una grúa que facilitara el desplazamiento de los internos por parte del personal al servicio de la empresa, reconociéndosele primero una incapacidad temporal que deviene posteriormente en permanente total. No se acreditó formación específica en materia preventiva a los trabajadores.

Para el Tribunal, el nexo de causalidad entre la infracción de las normas de seguridad y salud laboral y el resultado dañoso necesario para activarse el recargo de prestaciones se rompe en el momento en el que el accidente se produce fortuitamente, entendiéndose éste «en consonancia con el artículo 1105 del Código Civil aquella situación que no hubiera podido preverse, o que prevista fuera inevitable, excluyéndose en tales casos la responsabilidad empresarial siempre que exista constancia diáfana de la inexistencia de incumplimiento por parte del empleador». Así, en el espacio limitado dónde se produjo el accidente no cabían más medidas de seguridad que las que ya se produjeron ni otras exigibles.

Por el contrario, la **STS de 12 de junio, ILJ 934/2013**, si observa causalidad en el caso de una trabajadora que sufrió un atraco durante su jornada en una sala de recreativas, y por la cual después le fue reconocida una incapacidad permanente absoluta. En la sentencia recurrida se confirma la sentencia de instancia que desestimaba la demanda de la empresa recurrente contra la imposición de recargo de prestaciones de seguridad social. Como sentencia de contraste, la recurrente en casación presenta la STSJ Cataluña de 30 de abril de 1999, en la que no se reconoció el recargo en el caso de otro atraco sufrido por un trabajador en una gasolinera. En ambos casos, las empleadoras habían dado instrucciones sobre cómo actuar en el caso de sufrir un atraco.

Existiendo contradicción entre la doctrina recurrida y la de contraste, el TS confirma como aquella correcta la de la sentencia recurrida, puesto que si el deber de protección del empresario «es incondicionado y prácticamente ilimitado» (STS 8 octubre 2001, Rec. 4403/2000), ello exige que la empresa hubiera informado a la trabajadora de los riesgos del puesto de trabajo correctamente y que hubiera existido una evaluación de los riesgos labo-

rales completa, no habiéndose adoptado concretas medidas de seguridad y de prevención del riesgo: «advertir del riesgo de custodia de valores y decir que en caso de atraco no se ofrezca resistencia (...) no es formación suficiente, porque se le debió dar un protocolo de actuación con las medidas de seguridad a tomar. En el llamado Plan de Emergencia (...), tampoco se contiene una evaluación de los riesgos de atraco, ni de la prevención del mismo, ni de las medidas de seguridad que se tomarán para evitarlo, sino que sólo se dan instrucciones sobre las medidas a tomar con posterioridad, con lo que se incumple la normativa general sobre evaluación y prevención de riesgos laborales y en particular lo dispuesto en el artículo 120 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el RD 2364/1994, de 9 de diciembre, sobre pulsador de alarma, dispositivos electrónicos para detectar el ataque o la entrada de armas, existencia de recinto estanco para el cajero que le proteja de ataques».

En relación al nexo causal entre la infracción y el daño producido, se cita la STS 25 de junio de 2008 (RO 70/2007) para afirmar el carácter de «riesgo laboral» del atraco en conexión con el puesto de trabajo: «Si bien es cierto que cualquier persona puede sufrir un robo en las más diversas circunstancias (...) no es menos cierto que el lugar donde presta servicios –la oficina de la Caja de Ahorros– sufre de forma frecuente, con mucha mayor probabilidad que en otros lugares, y, en ocasiones con una violencia extrema, atracos durante las horas en que permanece abierta al público, concurriendo circunstancias que agravan el riesgo, como es la presencia en ocasiones de numerosos clientes, cuyo comportamiento puede influir en el de los atacadores, la necesaria colaboración que se exige por parte de los atacadores a los empleados que han de facilitar el dinero, abrir la caja fuerte, abrir las cajas de seguridad, etc., y cuyo comportamiento asimismo puede influir notoriamente en que el desenlace del atraco se produzca sin daños a las personas».

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STS de 29 de mayo 2013, ILJ 758/2013**, confirma la sentencia recurrida que consideró no fundada la incomparecencia a un reconocimiento médico de control, falta de comparecencia que motivó la extinción de la prestación de incapacidad temporal. La causa invocada para intentar justificar la incomparecencia, es decir, la existencia de otra cita para una sesión de rehabilitación 1h15 más tarde, no guarda identidad fáctica sustancial con la causa invocada en el caso de la sentencia de contraste, en este caso la imposibilidad de comparecencia por tener que acudir al dentista por una fuerte infección bucal «que precisó abrir la pieza dañada, poner un drenaje y mandar tratamiento antiinflamatorio y antibiótico». Por lo tanto, el Tribunal desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina.

12. MATERNIDAD

La **STS de 24 de junio del 2013, ILJ 849/2013** reitera la doctrina de las STS de 21 de marzo del 2013, que sigue a las anteriores de 24 de abril del 2012 (rcud 818/2011), de 21

de junio del 2012 (rcud 2361/2011) y 22 de noviembre del 2012 (rcud 1298/2011) para mantener que cuando la cuestión del riesgo afecta al tiempo de trabajo, esto es al sistema de turnos y de distribución horaria, solo se aprecia el riesgo si los horarios resultan inadecuados con los periodos de alimentación del lactante, siempre que no pueda paliarse con la extracción de la leche. En este sentido se trata de supuestos en los que no es posible la toma directa y además no es posible la extracción porque no es aconsejable para la madre o el bebe o por otro lado, no es posible la conservación.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STSJ de Castilla y León de 13 de junio de 2013, ILJ 898/2013** contempla un caso en el que un perceptor de prestaciones por desempleo ve como posteriormente el Servicio Público de Empleo Estatal solicita al Juzgado de lo Social la revocación de dichas prestaciones en base a que la persona beneficiaria debía de estar afiliada en el RETA (donde no se pueden causar tales prestaciones, salvando las más modernas y distintas por cese de la actividad) y no en el Régimen General; y ello porque tal beneficiario juntamente con su cónyuge detentaban más del 50% de las acciones de la sociedad en la que cesó la persona interesada. En la instancia el juzgador no concedió al SPEE lo solicitado en base a que no había quedado probada la actividad de gestión o de dirección en la sociedad de la persona demandada, sin entrar a considerar el requisito de no ostentar el control societario al que se refiere la DA-27 LGSS alegando una genérica dificultad probatoria de los hechos negativos. En suplicación, el Tribunal recuerda que la DA-27 LGSS establece una presunción de control societario que eventualmente debe ser destruida, sin que sea posible vaciar de contenido la norma alegando las dificultades probatorias. Por consiguiente, acreditado que el demandado y su cónyuge poseen la mayoría del capital social, y no desvirtuada la convivencia ni aportados otros elementos, procede a considerar que el encuadramiento correcto era en el RETA y procede a anular las prestaciones por desempleo causadas en el Régimen General.

B) Régimen Especial de los Trabajadores del Mar

En la **STSJ-Galicia de 5 de marzo de 2013, ILJ 733/2013** se analiza un supuesto de cálculo de una pensión de jubilación a quien había cotizado varios años en el REMar en España, y posteriormente en Alemania trabajó asimismo enrolado en diversos buques. La pensión se concedió en España aplicando la *pro rata temporis* correspondiente a los períodos cotizados en cada uno de los países. La cuestión controvertida se sitúa en que para el cálculo de la pensión teórica española se consideró la edad real del actor sin considerar las posibles bonificaciones por la actividad desarrollada en el mar.

El Tribunal reitera la doctrina que ya había manifestado el año pasado y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de esta cuestión. El primer lugar, se señala que debe aplicarse el incremento de la jubilación por haber postergado la jubilación computando tal postergamiento no desde la edad ordinaria de 65 años, sino desde la edad ordinaria que para este trabajador en particular resulta de aplicar los coeficientes previstos en el régimen especial. A tal conclusión obliga el correcto entendimiento del artículo

161.1 LGSS y el artículo 3.1 del RD 1132/2002 que específicamente señala que para la aplicación del incremento por haber postergado la jubilación se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan.

En segundo lugar, el Tribunal advierte que la doctrina del Tribunal Supremo varió en el año 2007 mediante una sentencia dictada en Sala General –que ha sido posteriormente reiterada en otras sentencias que se citan– de fecha 17 de julio de 2007 en la que se aplica la jurisprudencia comunitaria según la cual en el cálculo de las pensiones y de sus prorratas deben de tenerse en cuenta todas las cotizaciones ficticias a todos los efectos y no únicamente para el cálculo del importe de la pensión (Sentencia «Barreira» de 3 de octubre de 2002). La razón de fondo, como es habitual en el derecho comunitario, no es otra que la de no perjudicar a quienes hayan ejercido el derecho a la libre circulación en relación a quienes hubieran permanecido íntegramente en España durante su vida laboral se beneficiarían para los efectos de las cotizaciones ficticias.

Por consiguiente, y no sin dejar de aplicar asimismo el convenio bilateral entre España y la RFA por ser norma más favorable, la Sala del TSJ confirma la de la instancia, denegando el recurso interpuesto por la Entidad Gestora, si bien retoca el importe de la base reguladora aplicable.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

La Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2013, ILJ 937/2013, analiza los artículos 2.q) y 3.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer una demanda de conflicto colectivo formalizada, por unas organizaciones sindicales en el ámbito del personal estatutario y funcionario de la administración sanitaria, para el reconocimiento del derecho a unas mejoras voluntarias a la prestación de incapacidad temporal, derecho recogido en un Acuerdo colectivo suscrito en ese ámbito, pero desconocido y negado por la Administración. El conocimiento de los conflictos que puedan derivarse de la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social sólo corresponde a la jurisdicción social cuando se producen en el marco de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo, o cuando se trata de un beneficiario de la Seguridad Social, y estas circunstancias no comprenden al personal estatutario y funcionario de las administraciones sanitarias. Además, el artículo 3. e) de la LRJS excluye expresamente del conocimiento de la jurisdicción social los Pactos o Acuerdos concertados por las administraciones públicas que sean de aplicación al personal estatutario o funcionario de los servicios de salud.

B) Competencia del orden jurisdiccional social

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), de 6 de junio de 2013, IL J 902/2013, declara la competencia de la jurisdicción social para cono-

cer de una demanda, contra una empresa y contra una Mutua, en reclamación de daños y perjuicios en base a una doble circunstancia: a) la posible deficiente asistencia sanitaria prestada por la Mutua, y b) la posible falta de medidas de seguridad que debería haber adoptado la Mutua como servicio de prevención de la empresa. La sentencia considera que el conocimiento de la posible responsabilidad derivada de una deficiente asistencia sanitaria prestada por una Mutua corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, pero, en la medida que la demanda también se fundamenta en una posible falta de medidas de seguridad por parte de la Mutua, declara la nulidad de la sentencia del Juzgado Social que se había declarado incompetente por razón de la materia, y le devuelve el procedimiento para que se pronuncie sobre el fondo de petición contenida en la demanda.

C) **Incongruencia omisiva**

La Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 2013, IL J 776/2013, declara la nulidad de la sentencia dictada por una Sala Social de un Tribunal Superior de Justicia, porque, dicha sentencia, al estimar el recurso del INSS, desestima la demanda al considerar que no se puede calificar al trabajador en el grado de incapacidad permanente total, pero sin pronunciarse sobre la incapacidad permanente parcial, que de forma subsidiaria se había solicitado en la demanda inicial.

D) **Ejecución de sentencia**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 10 de julio de 2013, IL J 896/2013, resuelve el recurso de suplicación contra un Auto dictado, por un Juzgado Social, en ejecución de sentencia, y declara que la sentencia, dictada reconociendo una incapacidad permanente total y condenando al INSS a abonar unas determinadas cuantías económicas desde una determinada fecha, debe ejecutarse en los estrictos términos de su fallo, a pesar de que la prestación que se deba abonar, con efectos retroactivos, en concepto de incapacidad permanente total coincida con un período de tiempo en que el mismo trabajador estaba percibiendo la prestación contributiva por desempleo; sin perjuicio, por supuesto, de que el Servicio Público de Empleo Estatal pueda reclamarle las prestaciones indebidamente abonadas.

IGNASI AREAL CALAMA
SERGIO CANALDA CRIADO
CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA
EUSEBI COLÀS NEILA
ALEXANDRE DE LE COURT
JOSEP FARGAS FERNANDEZ
SIXTE GARGANTÉ PETIT
JULIA LÓPEZ LÓPEZ
NÚRIA PUMAR BELTRÁN
GEORGIANA SÎRBU

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

SUMARIO

1. DESEMPLEO.
 - A) Introducción.**
 - B) Cuestiones generales.**
 - C) Nivel Contributivo.**
 - a) Sujetos beneficiarios.
 - b) Requisitos de acceso a la protección.
 - c) Contenido y modalidades de la prestación.
 - d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.
 - e) Supuestos especiales.
 - f) Compatibilidad e incompatibilidades.
 - D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.**
 - a) Requisitos generales.
 - b) Beneficiarios.
 - a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares.
 - b') Subsidio de prejubilación.
 - c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.
 - d') Otros Subsidios Especiales.
 - c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.
 - d) Compatibilidad e Incompatibilidades.
 - E) Prestaciones accesorias y complementarias.**
 - F) Gestión, Financiación y Pago.**
 - G) Valoración Final.**
2. JUBILACIÓN.
 - A) Jubilación contributiva.**
 - a) Requisitos de acceso a la protección.
 - b) Contenido de la prestación.
 - a') Base reguladora.
 - b') Cuantía de la prestación.
 - c) Dinámica de la protección.

- d) Derecho transitorio.
- e) Jubilaciones anticipadas.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

B) Jubilación no contributiva.

- a) Situaciones protegidas.
- b) Requisitos generales.
- c) Cuantía y dinámica.
- d) Compatibilidad e incompatibilidades.

C) Gestión, financiación y pago.

D) Previsión social voluntaria.

- a) Mejoras voluntarias
- b) Planes de pensiones.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE.

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).

- a) Concepto. Grados y baremos.
 - a') Criterios de valoración: los baremos.
 - b') Incapacidad permanente parcial.
 - c') Incapacidad permanente total.
 - d') Incapacidad permanente absoluta.
 - e') Gran invalidez.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Prestaciones económicas.
 - a') Clases y cuantía de las prestaciones.
 - b') Base reguladora de las prestaciones.
 - c') Responsabilidad del pago de las prestaciones.
- d) Dinámica de la protección.
- e) Compatibilidad e incompatibilidades.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).

- a) Concepto.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Cuantía de la pensión.
- d) Dinámica de la prestación.
- e) Compatibilidad e Incompatibilidades.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA.

A) Requisitos del sujeto causante.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.

- a) Viudedad.
- b) Orfandad.
- c) Pensión en favor de familiares.

- C) Cuantía de las pensiones.
 - D) Dinámica de la protección.
 - E) Régimen de incompatibilidades.
-

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

a) *Sujetos beneficiarios*

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 10 de mayo de 2013**; IL J1048, se resuelve el recurso de suplicación planteado por la representante del trabajador que estima que la condición de Director General– Presidente Ejecutivo de una sociedad cooperativa limitada de consumo, no es óbice para que el mismo tenga derecho a la prestación por desempleo por la que ha estado cotizando durante la vigencia de la relación laboral.

Se entiende por la parte recurrente que se produce la infracción del artículo 97.2, en relación con el 205 apartados 1 y 2, todos ellos de la LGSS, alegando en síntesis que el actor es un trabajador por cuenta ajena, socio de la cooperativa con solo un 0,25% y que es presidente del Consejo Rector pero el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la cooperativa porque tales funciones las lleva a cabo la Asamblea General y añade que en el contrato de trabajo se recoge que prestará servicios bajos los criterios y las instrucciones del órgano superior de gobierno y administración que es la asamblea general porque así lo disponen los estatutos de la cooperativa.

Sin embargo, de los estatutos de la cooperativa obrante resulta que el Presidente de la misma tendrá atribuida en nombre del Consejo Rector la representación de la Cooperativa, ostentando la Presidencia del Consejo y de la Asamblea (artículo 44) y si bien es cierto que los socios de trabajo y los socios trabajadores de las cooperativas tienen su norma propia en la disposición adicional cuarta, también lo es que en este caso el actor había suscrito con la cooperativa un contrato de alta dirección prestando servicios para la misma como Director General-Presidente Ejecutivo y al tiempo era presidente del Consejo Rector de la entidad que es el órgano de gobierno, gestión y representación de la cooperativa (artículo 40.1).

Al respecto hay que decir que la jurisprudencia mantiene la incompatibilidad entre una relación de alto cargo y la de administración social, dando prevalencia a la calificación mercantil, como señala la sentencia del TS de 17/03/03 y las que en ella se mencionan (SS. TS de 29 de septiembre de 1988, 21 de enero de 1991, 18 de marzo de 1991, 29 de abril de 1991, 9 de mayo de 1991, 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994 y 16 de junio de 1998).

Aplicando esta doctrina al caso, debe rechazarse el motivo porque la sentencia recurrida no ha incurrido en la infracción que se denuncia. El demandante, tal como queda dicho, estaba vinculado a la cooperativa con un contrato de alta dirección, y es nombrado Presidente del Consejo Rector, lo que revela, como con acierto ha decidido la sentencia de instancia, que en la situación del demandante la relación de Presidente del Consejo Rector de la cooperativa, con las facultades propias del Presidente de la misma, le hace

estar dentro del ámbito de aplicación del artículo 97.2 k) de la LGSS y, por tanto, no se encuentra incluido en la protección por desempleo.

Tampoco puede ser causa generadora del derecho a la prestación por desempleo el simple hecho de haberse efectuado real y materialmente el pago de cotizaciones por desempleo, puesto que, si el interesado no ostenta tal derecho, el mismo no puede nacer por la sola circunstancia de que se hayan pagado dichas cuotas. Este pago podrá servir de fundamento para el ejercicio de otra clase de acciones, pero no puede otorgar un derecho a quien la ley no se lo reconoce.

Por todo ello, procede confirmar la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión.

b) Requisitos de acceso a la protección

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013**, se resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 20 de marzo de 2012, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de 13 de mayo de 2011.

El Servicio Público de Empleo Estatal, con fecha 5 de abril de 2012 remitió escrito a la recurrente comunicándole la necesidad de devolución de las cantidades percibidas por subsidio por desempleo, por haber estado fuera de España desde el 5 hasta el 30 de mayo de 2009, sin haberlo comunicado al SPEE. La prestación que tenía reconocida ascendía a 630 días, sobre una base de 421,79 € mensuales hasta el 30 de septiembre de 2009 y de 426 a partir del 1 de enero de 2010. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda interpuesta frente al SPEE, resolución que fue confirmada en suplicación, razonando que traslado de residencia no equivale a traslado de domicilio y que dicho traslado de residencia al extranjero existe, a efectos de la prestación de desempleo cuando dura más de quince días.

La parte actora recurre en casación ofreciendo como sentencia de contraste la STSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, de 30 de junio de 2011.

Después de analizar el contenido de la sentencia de contraste el Tribunal Supremo, entiende en este caso, que, efectivamente la doctrina de dicha sentencia deberá ser de aplicación, pero concretada al caso concreto que se les plantea, de manera que la actora no está obligada a devolver las prestaciones recibidas, pero sí se considera suspendido el derecho a la prestación durante el tiempo transcurrido entre el 5 y el 30 de mayo de 2009.

Dicha suspensión o pérdida temporal debe conducir a la parcial estimación del recurso, tratándose por tanto de una pérdida temporal de la prestación de diez días, pues siguiendo con los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2012: «Porque esa causa de suspensión, como vimos, al no estar expresamente prevista en el artículo 212 LGSS, aunque responda a una misma razón común, no debe tener la misma consecuencia contemplada para otras causas de suspensión (artículo 212.2: “... supondrá la interrupción del abono [de la prestación]... y no afectará al período de su percepción...”, salvo que obedeciera a una sanción en los términos de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) sino, como igualmente dijimos más arriba, la pérdida de la prestación correspondiente a los días de exceso de la estancia en el extranjero». Procede, en fin, visto el parecer del Ministerio Fiscal, la estimación parcial del recurso.

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 13 de junio de 2013, IL J 898**, se resuelve acerca del derecho a la prestación por desempleo del actor, que causó derecho a prestaciones por desempleo en fecha 20-4-12 y por un periodo de 120 días con arreglo a una base reguladora diaria de 84,48 euros al haber cesado en la empresa INDUSTRIAS DEL UBIERNA, SA.

SHIVA SC es una sociedad personalista que tiene dos establecimientos abiertos al público en Burgos. El actor tiene una participación en dicha sociedad del 25%; del otro 25% es titular D^a Delia, esposa del demandante con régimen económico matrimonial de separación de bienes; del otro 50% es titular D. Juan Carlos casado con D^a Noelia quien presta servicios en los establecimientos de dicha sociedad estando afiliada al RETA.

Hasta el 31-5-08 estaba afiliado al RETA como trabajador de dicha sociedad el hoy demandante. Desde el 1-6-08 pasa a estar afiliada su esposa.

Para dicha sociedad prestan servicios otras dos personas que están afiliadas al Régimen General.

Mediante resolución de 16-8-12 se dejan sin efecto las prestaciones por desempleo y es requerido el actor para que devuelva las percibidas hasta el 30-6-12 que ascienden a 3.125,01 euros. Formula reclamación previa que es desestimada expresamente por resolución de 16-11-12. Interpone demanda para ante este Juzgado el 13-12-12.

Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandada siendo impugnado por la contraria. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

Frente a la sentencia de instancia, que ha estimado las pretensiones de la demanda, se recurre en Suplicación por la representación de la demandada, con dos motivos de recurso, ambos con amparo en el artículo 193.c) LRJS e interrelacionados entre sí, denunciando infracción de lo dispuesto en el DA 27^a LGSS y del artículo 221.1 de la misma, entendiendo el actor no tiene derecho a la prestación por desempleo pretendida, al deber estar inscrito en el RETA.

El tribunal de instancia considera que no puede aplicarse al actor el contenido de la DA 27^a LGSS, al tratarse de una empresa personalista y no capitalista. Al respecto, destacar: de un lado, no contempla la sentencia recurrida hechos probados o información suficiente para poder valorar, adecuadamente, dicha información; de otro lado, a pesar de ello, el artículo 116 del Código de Comercio, establece una presunción favorable al carácter mercantil de la sociedad afectada, cuando dispone: «El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código». Así pues y por ello, la sociedad participada por el actor debe considerarse –a falta de otra prueba en contrario inexistente– como tal entidad mercantil y con ánimo de lucro. Como consecuencia directa de lo anterior, se podrá aplicar a la misma el contenido de la DA 27^a LGSS, según la cual en su ap. 1.1^o «se considera que el trabajar tiene el control efectivo de la sociedad cuando, al menos, la mitad del capital social esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentra unido por vínculo conyugal», debiendo entonces estar incluido obligatoriamente en el RETA.

Es éste, precisamente, el supuesto que nos ocupa, ya que entre el actor y su esposa poseen el 50% de las acciones de SHIVA, siendo así que entre ambos existe una presunción de convivencia, como requiere la disposición citada, en base al artículo 68 CC. Así pues, conforme a lo expuesto, el actor no tiene derecho a la prestación por desempleo pretendida, al resultar incompatible con su adscripción obligatoria al RETA, conforme dispone el artículo 221.1 LGSS y tal y como sostiene la recurrente.

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 6 de junio de 2013**, se resuelve el recurso de suplicación planteado por el Servicio Público de Empleo Estatal, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social de 11 de febrero de 2013, en la cual se estimaba la demanda presentada por la parte actora contra el Servicio Público de Empleo Estatal.

En dicha sentencia, se declaraba como hecho probado, que a la parte actora le fue reconocido el derecho a percibir la Renta Activa de Inserción prevista en el programa regulado en el real Decreto 1369/2006, de 24 de diciembre por el período comprendido entre el 2-2-12 y el 1-1-13. Que la parte demandada comprobó en fecha de 26-7-12 y a través de la base de datos, que en fecha 26-7-12 había causado baja como demandante de empleo. Como consecuencia de ello, se inició un proceso de exclusión del programa referido mediante comunicación de 20-8-12, en la que se imputaba una presunta situación de irregularidad por el siguiente motivo: «ha dejado de cumplir las obligaciones asumidas en el compromiso de actividad suscrito por Vd., lo que podría constituir una causa de baja definitiva en el programa de renta activa de inserción, según lo dispuesto en el letra a), del número 1, del artículo 9 del real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre». Tras alegaciones de la parte actora en fecha de 12-9-12 en las que refería que había «asistido a los actos a que había sido convocada por el orientador laboral tutor» de acuerdo a mi itinerario personalizado la parte demandada dictó resolución el 13-9-12 por la que se excluía a la parte actora definitivamente en la participación en el programa de renta activa de inserción que tenía reconocido, y ello con efectos de 16-7-12.

Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Ávila el 11 de febrero de 2013 en procedimiento sobre Seguridad Social registrado bajo el número de autos 49/13 por la que se estimaba la demanda interpuesta por Doña Montserrat frente a la Dirección Provincial de Ávila del Servicio Público de Empleo Estatal, se alza el organismo demandado en suplicación.

El Tribunal Supremo, Sala IV, en Sentencia de 3-3-2010 (recurso 1948/09), declara que «la prestación objeto de la litis (Renta Activa de Inserción) tiene un contenido doble, pues no se agota con la ayuda económica, sino que incluye la incorporación del beneficiario en acciones de inserción laboral, para lo cual se le exige una suerte de «contraprestación», formal y expresamente plasmada en el compromiso de actividad, regulado en el artículo 3 del RD 205/2005, que remite al artículo 231.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. A tenor de éste, «se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo».

Por su parte, el artículo 3 de la norma reglamentaria exige en su apartado 3º que los trabajadores deben, para su incorporación y mantenimiento en el programa, cumplir las

obligaciones que implique el compromiso de actividad y aquéllas que se concretan en el plan personal de inserción laboral, además de las expresamente previstas en los apartados a) a h) de dicho apartado.

Si bien es cierto que el procedimiento para sustraer a la aquí demandante de los beneficios otorgados por el plan de renta activa que le fue reconocido no puede estimarse como procedimiento sancionador «strictu sensu», tampoco podemos negar el carácter cuasi-sancionador que al mismo le imprime el hecho de vetar al beneficiario del programa de la renta reconocida, consecuencia de una causa-efecto en el que aquélla deviene constituida por un incumplimiento del beneficiario y éste último con la consecuencia negativa de su exclusión del programa. Ante tal carácter, son aplicables al supuesto enjuiciado las necesarias notas de causalidad de la «sanción» impuesta, proporcionalidad y tipicidad de la misma así como su preceptiva motivación, máxime cuando la misma trae origen en potestad atribuida a la Administración por mor del ordenamiento jurídico.

En el supuesto ahora examinado, hemos de coincidir con el criterio expresado por el Juez a quo, pues a criterio de esta Sala, no cumplió la Administración con la necesaria motivación de la resolución por la que fue comunicada la baja del programa de renta activa, y ello en lo referente a la concreción específica del incumplimiento imputable a la demandante que motivó su exclusión. No puede ampararse aquélla en la referencia genérica al «incumplimiento de las obligaciones asumidas en el compromiso de actividad suscrito por Vd.», pues siendo aquéllas diversas y variadas, como así se desprende del tenor literal del artículo 231.3 LGSS y artículo 3.3 RD 1369/2006, decae el derecho de la beneficiaria de que le sea comunicado el concreto incumplimiento que ha dado origen al procedimiento de exclusión. Y decimos esto porque, a mayor abundamiento, se prevé expresamente en el artículo 9.1.b) del Real Decreto citado, como causa de baja definitiva en el programa el «no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda», ergo si la administración comprobó efectivamente que la aquí demandante no había renovado su demanda de empleo, debió comunicar y amparar su decisión expresamente en la aludida causa del artículo 9.1.b) y no como hizo en la genérica e imprecisa prevista en el mismo precepto legal en su apartado a).

Por último, y aún cuando fuera concedido a la beneficiaria plazo para alegaciones, dicho trámite fue reconocido una vez que ya había sido dictada resolución definitiva de exclusión del programa, y en trámite de reclamación previa a la vía judicial, incumpléndose las previsiones establecidas en el artículo 84 de la Ley 30/92. Por todo ello, y entendiendo esta Sala que concurre en el supuesto enjuiciado la preceptiva motivación suficiente del incumplimiento imputado a la demandante, como así apreció el Juzgador de Instancia, procede confirmar íntegramente su resolución, previa desestimación del motivo de recurso interpuesto y de este último en su totalidad.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

En la **Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2013**, se resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por la representación del trabajador, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14 de junio de 2012, recaída en el recurso de suplicación núm. 2060/2012, que resol-

vió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, dictada el 17 de noviembre de 2011, en los autos de juicio núm. 425/11, iniciados en virtud de demanda presentada por el trabajador contra Servicio Público de Empleo Estatal, acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de los salarios de tramitación con la prestación por desempleo

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2012 revoca la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, que había estimado la demanda del trabajador frente al Servicio Público de Empleo Estatal. Éste, declaró indebida la prestación de desempleo percibida por el trabajador durante el periodo de 21 de mayo de 2005 a 1 de mayo de 2007 (por importe de 18.079,85 euros), resolución que es revocada por la sentencia del Juzgado.

El trabajador –ahora recurrente–, percibió la prestación de desempleo entre el 21 de mayo de 2005 y el 1 de mayo de 2007 (con una interrupción de seis meses durante los cuales estuvo prestando servicios por cuenta ajena). El Ayuntamiento que lo había despedido originariamente le abonó entre el 16 de febrero de 2008 y marzo de 2009 los salarios de tramitación devengados entre el 15 de mayo de 2005 (fecha siguiente al despido) y el 29 de junio de 2006 (fecha del auto aclarando la sentencia del juzgado por el que se condena al Ayuntamiento a pagar una indemnización y los salarios de trámite sin haber lugar a la opción por la readmisión). Por resolución del SPEE de 28 de febrero de 2010 se notifica al demandante la percepción de prestaciones indebidas durante el periodo antes referido (21-05-2005 a 01-05-2007). La sentencia recurrida ha revocado la de instancia y declara conforme a derecho la resolución administrativa, siguiendo la doctrina unificada por la STS de 18 de mayo de 2001. Conforme a dicha doctrina la sentencia recurrida sostiene que efectivamente se ha producido un cobro indebido y el beneficiario no ha procedido a la regularización prevista en el artículo 209.5.a) LGSS, sin que esa interpretación de la norma que hace el Tribunal Supremo exija que haya una coincidencia material en el tiempo entre ambas percepciones sino solamente que los salarios de tramitación abonados correspondan al mismo periodo de percepción de las prestaciones de desempleo.

Disconforme el trabajador con la sentencia dictada por la Sala de suplicación, interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2011 (Rec. 1187/2010). En este caso el trabajador solicita las prestaciones de desempleo el 1 de mayo de 2001 y las viene percibiendo desde esa fecha hasta el 21 de abril de 2004. Por auto del Juzgado de lo Social de 14 de octubre de 2003 se declara extinguida la relación laboral. Posteriormente el SPEE dicta resolución declarando un cobro indebido por el periodo 1 de mayo de 2001 a 21 de abril de 2004, pero la Sala de suplicación acoge la pretensión subsidiaria de la demanda y limita el reintegro al periodo de 1 de mayo de 2001 a 14 de octubre de 2003. La Sala IV confirma esa sentencia tras apreciar previamente identidad entre los supuestos comparados aunque la sentencia de contraste en este caso no se hubiese pronunciado expresamente sobre la posibilidad de devolver solo la parte de percibo simultáneo, porque basa su fallo en que la no regularización del beneficiario obliga a devolver el importe total de las prestaciones percibidas. En síntesis la Sala IV señala que de la situación protegida –el despido– no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, afectada luego por un hecho que exige su regulari-

zación, pero las consecuencias de ese incumplimiento no deben extenderse a un periodo en el que realmente no hubo incompatibilidad, porque, en primer lugar, no se produjo una percepción indebida en ese periodo –a diferencia del anterior incompatible– sino un incumplimiento del beneficiario, y en segundo lugar, porque una vez cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad es desproporcionado exigir la devolución íntegra.

La cuestión litigiosa que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, ha sido resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo en sentencia dictada en Sala General, de fecha 4 de febrero de 2011 (R. 4120/09), y consiste en definitiva, en determinar las consecuencias que sobre la prestación por desempleo reconocida a un trabajador ha de tener el percibo de salarios de tramitación durante un tiempo parcialmente coincidente con aquélla, por aplicación de lo dispuesto en la letra a) del número 5 del artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social.

En el supuesto ahora enjuiciado, del relato fáctico de instancia, incombato en suplicación, resulta que: El trabajador –ahora recurrente–, percibió la prestación de desempleo entre el 21 de mayo de 2005 y el 1 de mayo de 2007 (con una interrupción de seis meses durante los cuales estuvo prestando servicios por cuenta ajena). El Ayuntamiento que lo había despedido originariamente le abonó entre el 16 de febrero de 2008 y marzo de 2009 los salarios de tramitación devengados entre el 15 de mayo de 2005 (fecha siguiente al despido) y el 29 de junio de 2006 (fecha del auto aclarando la sentencia del juzgado por el que se condena al Ayuntamiento a pagar una indemnización y los salarios de trámite sin haber lugar a la opción por la readmisión). Por resolución del SPEE de 28 de febrero de 2010 se notifica al demandante la percepción de prestaciones indebidas durante el periodo antes referido (21-05-2005 a 01-05-2007). El trabajador planteó demanda para que se dejara sin efecto dicha resolución, lo cual fue estimado por la sentencia de instancia, que fue revocada por la sentencia recurrida que declara conforme a derecho la resolución administrativa.

Hemos de estar a lo resuelto por esta Sala IV en doctrina unificadora por elementales razones de coherencia, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, que rectifica de forma expresa la tesis mantenida por la sentencia recurrida, partiendo, de que «no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, la que se obtiene cuando se produce la situación legal de desempleo protegida –el despido– y la que será fruto de la regularización cuando se conozca el título del que derivan los salarios de tramitación», la discrepancia que pudiera apreciarse en la actual regulación de la materia debatida «ha de resolverse partiendo de la realidad de que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida (...), que es el despido (artículo 208.1 c) y 209.4 LGSS) de la que no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después un hecho –la percepción de los salarios de tramitación– que exige su regularización. Por ello, aunque es cierto que incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad gestora la existencia del instrumento legal, del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción indebida de la prestación, sino el incumplimiento de la

referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación».

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 10 de julio de 2013, IL J 896**, se resuelve el recurso de suplicación planteado por el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra el auto que desestimando el recurso de reposición confirmaba el dictado el 19 de noviembre de 2012 por el que se requería al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social a dar cumplimiento en sus propios términos a la indicada sentencia.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social fundamentan su recurso en un único motivo amparado en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el que denuncia infracción del artículo 287 de la Ley Procesal Laboral en relación con el artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; argumentando en esencia la recurrente que ha dado efectivo cumplimiento a la sentencia de 13 de marzo de 2012 cuya ejecución se insta ya que ha procedido a compensar prestaciones a la hora de hacer efectivos los atrasos que correspondían al período del 24 de julio de 2011 hasta la firmeza de la sentencia el 21 de marzo de 2012 a razón del 55% de la base reguladora mensual de 789,35 euros, ocurriendo que en ese mismo período la actora había estado percibiendo la prestación por desempleo, prestación que es incompatible con la de la Incapacidad Permanente Total.

Esta Sala en caso similar al aquí enjuiciado en su sentencia de 25 de enero de 2010 siguiendo el criterio sentado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 1996, decía que no puede variarse en la ejecución de una sentencia los estrictos términos de su fallo o parte dispositiva so pretexto de coincidir el período al que se contrae la ejecutoria con la percepción durante el mismo de otras cantidades ya sea por salarios o ya sea por desempleo, porque si se compensa la prestación reconocida en sentencia con lo percibido por otro concepto incompatible en período coincidente se contraviene lo ejecutoriado; la situación es distinta sin embargo a partir de la fecha de sentencia que reconoce la prestación pues las condenas de futuro están siempre subordinadas a la subsistencia de las condiciones determinantes de las mismas y su subsistencia cabe controlarla en ejecución respecto de hechos que la sentencia no pudo contemplar; el control ha de referirse al eventual período de incompatibilidad posterior que no fue decidido en sentencia; así las cosas no cabe que la entidad gestora compense en el período de 24 de julio de 2011 a 21 de marzo de 2012 la prestación económica por incapacidad permanente total que reconoce a la actora la sentencia cuya ejecución se insta con lo que en dicho período haya podido percibir por la prestación de desempleo, prestación que además por indebida le ha sido reclamada a la actora por el Servicio Público Estatal de Empleo, pudiendo compensarse a partir de dicha fecha la prestación que se abona a la actora por Incapacidad Permanente Total con cualquier otra que resulta incompatible; en definitiva puesto que el Auto que se recurre ordena despachar la ejecución en relación con la prestación económica reconocida con efectos de 24 de junio de 2011, el recurso debe ser desestimado sin perjuicio de la aclaración antes expuesta.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) *Requisitos de acceso a la protección*

Percepción de pensiones en dos Estados miembros distintos

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2013, IL J 707/2013**, resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 20 TFUE, apartado 2, y 21 TFUE, así como de determinadas disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Dicha petición fue presentada en el marco de un litigio entre la Sra. W. y el organismo de la seguridad social de la República de Polonia, (en lo sucesivo, «ZUS») y en ella se plantea la posibilidad de percibir una pensión de jubilación en dos Estados miembros distintos por residencia habitual en los dos

El TJUE recuerda, en primer lugar, que, conforme al artículo 7, apartado 2, letra c), del Reglamento núm. 1408/71, las disposiciones de los convenios de seguridad social que vinculen a dos o más Estados miembros y que aparecen mencionados en el anexo III de dicho Reglamento, seguirán siendo aplicables (pese a la regla general prevista en el artículo 6 de aplicación del Reglamento), siempre y cuando se cumpla alguno de los dos requisitos establecidos en dicho artículo 7: que la aplicación del Convenio de seguridad social sea más favorable para los beneficiarios o que dicho Convenio derive de circunstancias históricas y tenga un efecto limitado en el tiempo. De este modo, el Reglamento núm. 1408/71 sólo es aplicable en la medida en que los convenios bilaterales celebrados antes de su entrada en vigor no se opongan a su aplicación. Sin embargo, también recuerda el TJUE que una disposición de la Unión que, como el artículo 7, apartado 2, de dicho Reglamento prioriza la aplicación de un convenio bilateral no puede tener un alcance que pugne con los principios que inspiran la normativa de la que forma parte, por lo que el Derecho de la Unión no sólo es aplicable a todas las situaciones que, con los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento núm. 1408/71, no estén comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio de Seguridad Social, sino que también lo es cuando las disposiciones de este último no respetan los principios en que se basa dicho Reglamento, en particular, la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas entre los Estados miembros.

Respecto a las Cuestiones prejudiciales plantadas, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que un organismo de seguridad social puede revocar retroactivamente el derecho a una pensión de jubilación percibida por un asegurado que durante muchos años ha dispuesto simultáneamente de dos lugares de residencia habitual en dos Estados miembros distintos, y exigir el reembolso de las pensiones supuestamente percibidas con carácter indebido, por razón de que el asegurado cobra una pensión de supervivencia en otro Estado miembro en cuyo territorio también ha dispuesto de residencia.

El Tribunal de Justicia ya ha declarado que las disposiciones del Reglamento núm. 1408/71 no sólo tiene como finalidad que los interesados, a falta de normativa aplicable,

queden sin protección en materia de seguridad social (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de junio de 1964, Nonnenmacher, 92/63, Rec. pp. 557, 572 y 573), sino que también pretenden que los interesados queden sujetos al régimen de seguridad social de un único Estado miembro, de manera que se evite la acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 1986, Luijten, 60/85, Rec. p. 2365, apartado 12).

Tal principio de la unicidad de la legislación aplicable se refleja, en particular, en el artículo 13, apartados 1 y 2, letra f), del Reglamento núm. 1408/71, así como en el artículo 14 *bis*, apartado 2, de dicho Reglamento (sentencia de 9 de marzo de 2006, Piatkowski, C-493/04, Rec. p. I-2369, apartado 21).

En base a ello, declara el TJUE que, en la medida en que el sistema establecido por el Reglamento núm. 1408/71 considera la residencia como punto de conexión para determinar la legislación aplicable, no puede admitirse, so pena de privar de toda eficacia a las citadas disposiciones, que a efectos del Reglamento núm. 1408/71 una persona disponga simultáneamente de varios domicilios en distintos Estados miembros. Interpretación que queda confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de «residencia» en el sentido de la normativa de la Unión aplicable a los regímenes de seguridad social de los trabajadores migrantes: cuando la situación jurídica de una persona puede vincularse a la legislación de varios Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha señalado que el concepto de Estado miembro en que una persona reside se refiere al Estado en que reside habitualmente y donde se encuentra también el centro habitual de sus intereses (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de febrero de 1999, Swaddling, C-90/97, Rec. p. I-1075, apartado 29 y jurisprudencia citada).

En consecuencia, el TJUE concluye que el artículo 10 del Reglamento núm. 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la aplicación de dicho Reglamento, una persona no puede disponer de modo simultáneo de dos lugares de residencia habitual en el territorio de dos Estados miembros distintos.

Partiendo de ello, procede determinar si el organismo competente de Seguridad Social de un Estado miembro –en este caso, de Polonia– puede legítimamente revocar de modo retroactivo el derecho a una pensión de jubilación y exigir el reembolso de las pensiones supuestamente abonadas con carácter indebido por el hecho de que una persona cobra una pensión de supervivencia en otro Estado miembro en cuyo territorio también ha dispuesto de residencia (Alemania, en el caso que nos ocupa).

En cuanto a la acumulación de prestaciones, recuerda el TJUE que, por una parte, conforme al artículo 12, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71, este último no podrá, en principio, conferir ni mantener el derecho a percibir varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio. Ahora bien, en la medida en que la pensión de jubilación polaca percibida por la Sra. W. en Polonia fue calculada sobre la base de la carrera profesional desarrollada por ella misma en dicho Estado miembro y la pensión de supervivencia alemana se le abona por la actividad ejercida por su difunto esposo en Alemania, no puede considerarse que ambas prestaciones tengan la misma naturaleza.

No obstante, según el artículo 12, apartado 2, del Reglamento núm. 1408/71, salvo en los casos en que dicho Reglamento disponga otra cosa, las cláusulas de reducción estable-

cidas en la legislación de un Estado miembro podrán hacerse valer frente a los beneficiarios de una prestación a cargo de dicho Estado miembro cuando éstos tengan derecho a otras prestaciones de seguridad social, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro (sentencia de 7 de marzo de 2002, *Insalaca*, C-107/00, Rec. p. I-2403, apartado 22), sin perjuicio, no obstante, del respeto de los límites impuestos por el Reglamento núm. 1408/71, entre ellos, en particular, el artículo 46 *bis*, apartado 3, letra d), del Reglamento núm. 1408/71, conforme al cual la prestación debida en virtud de la legislación del primer Estado miembro sólo podrá quedar reducida dentro del límite del importe de las prestaciones debidas en virtud de la legislación del otro Estado miembro.

De cuanto antecede resulta, según el TJUE, que la pensión de vejez polaca de la interesada no puede suprimirse retroactivamente por la existencia de una prestación de supervivencia alemana. Sin embargo, sí puede ser objeto de reducción con el límite del importe de las prestaciones alemanas, en aplicación de una posible norma polaca que prohíba la acumulación. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, en el caso de autos, si tal norma existe. En el supuesto de que en el ordenamiento jurídico polaco exista tal norma que prohíba la acumulación, que no sería contraria al Reglamento núm. 1408/71, procede comprobar, además, si el Tratado FUE se opondría a ella.

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, en relación a las cuestiones prejudiciales planteadas, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

- El artículo 10 del Reglamento núm. 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la aplicación de dicho Reglamento, una persona no puede disponer simultáneamente de dos lugares de residencia habitual en el territorio de dos Estados miembros distintos.
- En virtud del Reglamento núm. 1408/71 y, más concretamente, de sus artículos 12, apartado 2, y 46 *bis*, un organismo competente de un Estado miembro no puede legítimamente, en circunstancias como las del litigio principal, proceder a la revocación retroactiva del derecho a una pensión de jubilación del beneficiario y exigir el reembolso de las pensiones supuestamente pagadas con carácter indebido por razón de que éste cobra una pensión de supervivencia en otro Estado miembro en cuyo territorio también ha dispuesto de residencia. Sin embargo, el importe de dicha pensión de jubilación percibida en el primer Estado miembro puede ser objeto de reducción con el límite del importe de las prestaciones percibidas en el otro Estado miembro en virtud de la aplicación de una posible norma nacional que prohíba la acumulación.
- El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una decisión que ordena la reducción del importe de la pensión de jubilación percibida en el primer Estado miembro con el límite del importe de las prestaciones cobradas en el otro Estado miembro en virtud de la aplicación de una posible norma que prohíba la acumulación, en la medida en que dicha decisión no conduzca, en lo que atañe al beneficiario de tales prestaciones, a una situación desfavorable en relación con la de otra persona cuya situación no presente ningún elemento transfronterizo, y, en caso de constatarse tal desventaja, que esté justificada por consideraciones objetivas y sea proporcionada a la finalidad legítimamente perseguida por el Derecho nacional, circunstancias que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Transferencia de los derechos a pensión adquiridos en un Estado miembro:

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2013, IL J 2013**, resuelve la Cuestión Prejudicial núm. C-233/12 en la que el tribunal remitente pregunta si los artículos 20 TFUE, 45 TFUE, 48 TFUE y 145 TFUE a 147 TFUE y el artículo 15 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que no permita a sus nacionales empleados en una organización internacional situada en territorio de otro Estado miembro, como lo es la

OEP (Oficina Europea de Patentes), transferir al régimen de seguridad social de dicha organización el capital correspondiente a los derechos a pensión que hayan adquirido con anterioridad en territorio del Estado miembro del que son originarios, cuando entre este último Estado miembro y la mencionada organización internacional no exista un acuerdo internacional que contemple esa transferencia.

Recuerda el TJUE que existe jurisprudencia reiterada en el sentido de que un nacional de la Unión que haga uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en un Estado miembro distinto de aquel del que es originario está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE. Asimismo está comprendido dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición un nacional de la Unión que trabaje en un Estado miembro diferente de su Estado de origen y que haya aceptado un empleo en una organización internacional (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2006, Öberg, C-185/04, Rec. p. I-1453, apartados 11 y 12 y jurisprudencia citada), ya que dicho nacional no pierde la condición de trabajador, en el sentido del artículo 45 TFUE, por ocupar un empleo en una organización internacional (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1989, Echernach y Moritz, 389/87 y 390/87, Rec. p. 723, apartado 11).

Al examinar si la circunstancia de que el Sr. Gardella no tenga la facultad de transferir al régimen de pensiones de la OEP el capital correspondiente a sus derechos a pensión puede constituir un obstáculo para la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, procede declarar, con carácter preliminar, que la posibilidad de transferir al régimen de pensiones de la Unión el capital correspondiente a los derechos a pensión adquiridos en virtud de las actividades anteriores, que el Estatuto otorga a los funcionarios y otros agentes de las instituciones de la Unión, no es extensiva a los funcionarios de la OEP ni a las relaciones entre un Estado miembro y una organización internacional como la OEP.

Declara el TJUE que, en lo que atañe a la coordinación de los sistemas de seguridad social entre los Estados miembros, ni el Tratado FUE ni los Reglamentos núm. 1408/71 y núm. 883/2004 han establecido o establecen normas relativas a la transferencia del capital correspondiente a los derechos a pensión ya adquiridos, sino que se basan en el principio de la totalización de períodos, según se desprende del artículo 48 TFUE, tal como éste se concreta en dichos Reglamentos. Así pues, del artículo 45 TFUE, interpretado a la luz del artículo 48 TFUE, no se desprende que los Estados miembros estén obligados a otorgar a los funcionarios de organizaciones internacionales como la OEP la facultad de transferir al régimen de pensiones de dichas organizaciones el capital correspondiente a los derechos a pensión previamente adquiridos, ni que estén obligados a celebrar acuerdos internacionales al efecto.

No obstante, señala el TJUE que, cuando no puede aplicarse el mecanismo de la transferencia, al régimen de pensiones de un nuevo empleador en un Estado miembro, del capital correspondiente a los derechos a pensión previamente adquiridos en otro Estado miembro, privar a un trabajador del derecho a la totalización de los períodos cubiertos bajo la legislación de varios Estados miembros, derecho del que gozarían, en general, en caso de empleo, todos los trabajadores de todos los patronos en un Estado miembro, salvo las organizaciones internacionales, como la OEP, constituiría, en principio, un obstáculo para la libre circulación de los trabajadores, en el sentido del artículo 45 TFUE. La consecuencia de una normativa como la referida es que las personas que hayan ejercido su derecho a la libre circulación y cuyos períodos de empleo o cotización no alcancen el mínimo exigido por la legislación nacional para generar derecho a pensión corren el riesgo de perder la posibilidad de disfrutar de la prestación de vejez, a la que habrían tenido derecho si no hubieran aceptado un empleo, en otro Estado miembro, en una organización internacional, por lo que dicha normativa puede obstaculizar el ejercicio del derecho a la libre circulación. Corresponde al tribunal nacional determinar si la normativa italiana en materia de prestación de vejez tiene o no tal efecto.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta), en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, declara: que los artículos 45 TFUE y 48 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que no permita a sus nacionales empleados en una organización internacional situada en territorio de otro Estado miembro, como lo es la OEP (Oficina Europea de Patentes), transferir al régimen de seguridad social de dicha organización el capital correspondiente a los derechos a pensión que hayan adquirido con anterioridad en territorio del Estado miembro del que son originarios, cuando entre este último Estado miembro y la mencionada organización internacional no exista un acuerdo que contemple esa transferencia. En cambio, cuando no puede aplicarse el mecanismo de transferencia, al régimen de pensiones de un nuevo empleador en un Estado miembro, del capital correspondiente a los derechos a pensión previamente adquiridos en otro Estado miembro, el artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que no permita, a los efectos de generar el derecho a pensión de vejez, tomar en cuenta los períodos de empleo que un nacional de la Unión haya cubierto en una organización internacional situada en territorio de otro Estado miembro, como lo es la OEP.

Falta de cómputo de período de incapacidad laboral como período de seguro

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de abril de 2012, IL J 706/2013, resuelve sobre el asunto C-548/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Arbeidshof te Antwerpen (Bélgica), mediante resolución de 27 de octubre de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 31 de octubre de 2011, en el procedimiento entre Edgard Mulders y Rijksdienst voor Pensioenen.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, letra r), y 46 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Regla-

mento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento núm. 1408/71»). Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Mulders y el Rijksdienst voor Pensioenen (Instituto Nacional belga de la Seguridad Social; en lo sucesivo, «RVP») relativo a la falta de cómputo, para calcular su pensión de jubilación en Bélgica, de un período de incapacidad laboral por la cual percibió una prestación del seguro de enfermedad en otro Estado miembro, en el caso de autos, en los Países Bajos.

Mediante su cuestión, el tribunal remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 1, letra r), y 46 del Reglamento núm. 1408/71 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a que, al calcular la pensión de jubilación en un Estado miembro, la legislación de otro Estado miembro no considere «período de seguro» en el sentido de esas disposiciones un período de incapacidad laboral durante el cual se abonó en ese otro Estado miembro a un trabajador migrante una prestación del seguro de enfermedad de la que se retuvieron cotizaciones en concepto del seguro de vejez, debido a que el interesado no es residente de este último Estado ni ha disfrutado de una prestación similar con arreglo a la legislación del primer Estado miembro, que no podía ser acumulada a dicha prestación del seguro de enfermedad.

El TJUE pone de relieve que, si bien en el momento en que el interesado en este caso dejó de trabajar de modo definitivo, el artículo 13, apartado 2, letra f), del Reglamento núm. 1408/71 –que determina, en particular, la legislación aplicable a quienes hayan cesado definitivamente de ejercer actividad alguna (sentencia de 14 de octubre de 2010, van Delft y otros, C-345/09, Rec. p. I-9879, apartado 46 y jurisprudencia citada)–, no había entrado todavía en vigor, puesto que esta disposición no fue introducida en dicho Reglamento hasta el 29 de julio de 1991, a raíz de la adopción del Reglamento núm. 2195/91, ya antes de esta fecha el Tribunal de Justicia había declarado que, aun cuando el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento núm. 1408/71 no mencionara expresamente el supuesto de un trabajador que no estuviese en activo en el momento en que pretendiese beneficiarse de prestaciones del seguro de enfermedad, esa disposición se refería, en su caso, a la legislación del Estado en cuyo territorio el trabajador había trabajado en último lugar, de manera que un trabajador que dejase de trabajar en el territorio de un Estado miembro y que no se hubiese desplazado para ejercer otra actividad en el territorio de otro Estado miembro, quedaba sujeto a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio hubiese ejercido su última actividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de enero de 1983, Coppola, 150/82, Rec. p. 43, apartado 11, y Ten Holder, antes citada, apartados 13 a 15).

Señala así el Tribunal que, de conformidad con el artículo 1, letra r), del Reglamento núm. 1408/71, los requisitos a los que se sujeta la constitución de los períodos de seguro son definidos exclusivamente por la legislación del Estado miembro con arreglo a la cual hayan sido cubiertos los períodos de que se trate (véanse, en particular, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Iurlaro, C-322/95, Rec. p. I-4881, apartado 28, y de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska, C-440/09, Rec. p. I-1033, apartado 26).

Sin embargo, mantiene una jurisprudencia reiterada que establece que, al fijar esos requisitos, los Estados miembros están obligados a respetar el Derecho de la Unión y, en particular, el objetivo perseguido por el Reglamento núm. 1408/71 y los principios sobre los que éste se basa (sentencia Tomaszewska, antes citada, apartado 27), y los artículos 45 TFUE a 48 TFUE, que consagran la libre circulación de trabajadores (véanse, en este sen-

tido, las sentencias Iurlaro, antes citada, apartado 28, y de 3 de octubre de 2002, Barreira Pérez, C-347/00, Rec. p. I-8191, apartado 23). De ello se deduce que los requisitos a los que someten los Estados miembros la constitución de los períodos asegurados no puede tener por efecto en ningún caso excluir del ámbito de aplicación de una normativa nacional a aquellas personas a las que, en virtud del Reglamento núm. 1408/71, es aplicable esa misma normativa (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de enero de 2012, Salemink, C-347/10, Rec. p. I-0000, apartado 40 y jurisprudencia citada). Tal es el efecto producido por la normativa controvertida en el litigio principal en la medida en que supedita el beneficio del seguro previsto por la AOW neerlandesa a un requisito de residencia que lleva a excluir, para calcular una pensión de jubilación, el cómputo del período de incapacidad laboral sufrida por un no residente.

Como ha afirmado reiteradamente el Tribunal de Justicia, la finalidad de los artículos 45 TFUE y 48 TFUE no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores migrantes llegaran a perder determinados beneficios de seguridad social que les garantiza la legislación de un solo Estado miembro, en especial cuando esos beneficios representan la contrapartida de las cotizaciones que han pagado (véanse, en particular, las sentencias de 21 de octubre de 1975, Petroni, 24/75, Rec. p. 1149, apartado 13, y da Silva Martins, antes citada, apartado 74 y jurisprudencia citada). Estos requisitos se infringen cuando, como ocurre en el litigio principal, la normativa de un Estado miembro excluye como período asegurado para calcular una pensión de jubilación de un trabajador migrante todo el período durante el cual éste cotizó al seguro de vejez, pese a que consta que dicho período habría sido computado de haber tenido el interesado su residencia en ese Estado miembro.

Establece el Tribunal que es irrelevante al respecto que, al existir una norma nacional que impide la acumulación, la prestación del seguro de enfermedad de la que se retuvieron esas cotizaciones no pudiese ser acumulada a una prestación similar que, en el litigio principal, fue abonada al interesado durante dicho período en virtud de la normativa de otro Estado miembro. En efecto, además del hecho de que las autoridades nacionales competentes no aplicaron esa norma nacional que impide la acumulación cuando se abonaron las prestaciones a las que se refiere dicha norma, la cual sólo fue invocada a posteriori para calcular una prestación distinta, en el caso de autos, una pensión de jubilación, subsiste la circunstancia de que, puesto que de la prestación del seguro de enfermedad abonada al interesado por dichas autoridades fueron efectivamente retenidas cotizaciones en concepto del seguro de vejez, estas cotizaciones habrían sido abonadas a fondo perdido si dicha regla pudiera serle opuesta.

A la vista de todas estas consideraciones, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara que los artículos 1, letra r), y 46 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en relación con el artículo 13, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento y con los artículos 45 TFUE y 48 TFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, al calcular la pensión de jubilación en un Estado miembro, la legislación de otro Estado miembro no considere «período de seguro» en el sentido de esas disposiciones un período de incapacidad laboral

durante el cual se abonó en ese otro Estado miembro a un trabajador migrante una prestación del seguro de enfermedad de la que se retuvieron cotizaciones al seguro de vejez, debido a que el interesado no es residente de este último Estado ni ha disfrutado de una prestación similar con arreglo a la legislación del primer Estado miembro, que no podía ser acumulada a dicha prestación del seguro de enfermedad.

Jubilación forzosa. Igualdad entre hombres y mujeres.

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2013, IL J 882/2013**, se pronuncia sobre la Cuestión Prejudicial núm. C-614/11, por la que el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 3, apartado 1, letras a) o c), de la Directiva 76/207 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional, compuesta de una reglamentación laboral que forma parte integrante de un contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la adhesión a la Unión Europea del Estado miembro en cuestión, reglamentación que prevé que la relación laboral se extinguirá cuando se alcance la edad de jubilación –que difiere en función del sexo del trabajador–, es constitutiva de una discriminación prohibida por la citada Directiva cuando el trabajador de que se trate llegue a la edad de jubilación en una fecha posterior a la mencionada adhesión.

Recuerda el TJUE que, en aras de garantizar la observancia de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, las normas de Derecho sustantivo de la Unión deben interpretarse en el sentido de que sólo contemplan situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor en la medida en que de sus términos, finalidad o sistema se desprenda claramente que debe atribuírseles dicho efecto (véase, en especial, la sentencia de 29 de enero de 2002, *Pokrzeptowicz-Meyer*, C-162/00, Rec. p. I-1049, apartado 49 y jurisprudencia citada). Sin embargo, recuerda el TJUE que una norma nueva se aplica inmediatamente a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la antigua norma (sentencias de 10 de julio de 1986, *Licata/CES*, 270/84, Rec. p. 2305, apartado 31, y *Pokrzeptowicz-Meyer*, antes citada, apartado 50). El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que, desde el momento de la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios obligan a los nuevos Estados miembros y son aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en los mencionados Tratados y en el Acta de adhesión (véase la sentencia de 2 de octubre de 1997, *Saldanha y MTS*, C-122/96, Rec. p. I-5325, apartado 13).

Así pues, teniendo en cuenta que las disposiciones del Acta de adhesión no previeron condiciones específicas en cuanto a la aplicación de la Directiva 76/207, salvo una excepción temporal en lo que atañe al trabajo nocturno de las mujeres, el Acta de adhesión vincula a la República de Austria a partir de la fecha de su adhesión a la Unión, de manera que se aplica a los efectos futuros de las situaciones nacidas antes de la adhesión de dicho Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia *Saldanha y MTS*, antes citada, apartado 14).

Por otra parte, se centra el TJUE en determinar si el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que establece que una relación laboral se extingue en virtud de la llegada del contrato de trabajo a su término, tomándose como referencia una edad distinta en el caso de los hombres y en el de las mujeres, es constitutiva de discriminación a los efectos de esa misma Directiva. Debe recordarse, por un lado, que el momento en que llega a su término el contrato

de trabajo de duración determinada controvertido en el litigio principal viene definido mediante remisión a una reglamentación laboral, la DO, que forma parte integrante de dicho contrato de trabajo, y, por otro lado, que la mencionada reglamentación laboral fija, a efectos del nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, una edad distinta en el caso de los trabajadores y en el de las trabajadoras.

Como se recuerda en la Sentencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que la falta de enovación de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede equipararse a un despido (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de octubre de 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, Rec. p. I-6915, apartado 45). Pero no es menos cierto que constituye jurisprudencia reiterada que, en el ámbito de la igualdad de trato, el concepto de despido debe interpretarse en sentido amplio (véanse las sentencias de 16 de febrero de 1982, Burton, 19/81, Rec. p. 555, apartado 9; Marshall, antes citada, apartado 34; de 26 de febrero de 1986, Beets-Propser, 262/84, Rec. p. 773, apartado 36; de 21 de julio de 2005, Vergani, C-207/04, Rec. p. I-7453, apartado 27, y Kleist, antes citada, apartado 26). El Tribunal de Justicia declaró, por una parte, que, en el marco de la Directiva 76/207, el término «despido» debe entenderse en el sentido de que incluye la extinción de la relación de empleo entre el trabajador y el empresario incluso en el ámbito de un régimen de cese voluntario (sentencia Burton, antes citada, apartado 9), y, por otra parte, que una política general de despido que implique el despido de una mujer trabajadora por la única razón de haber alcanzado ésta la edad a la que tiene derecho a la pensión estatal de jubilación—edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional— constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por esa misma Directiva (véanse las sentencias, antes citadas, Marshall, apartado 38, y Kleist, apartado 28).

Por otro parte, según el artículo 2, apartado 2, primer guión, de la Directiva 76/207, constituye «discriminación directa» la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo. En el presente asunto, del artículo 25 de la DO resulta que la relación laboral de los trabajadores se extingue cuando éstos alcanzan la edad de jubilación. Pues bien, en virtud de los artículos 26 y 65 de la DO, la edad de jubilación es de 65 años en el caso de los trabajadores de sexo masculino, mientras que para las trabajadoras es de 60 años.

Así pues, declara el TJUE que, dado que el criterio utilizado en dichas disposiciones hace referencia expresa al sexo de los trabajadores, no cabe sino llegar a la conclusión de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal es constitutiva de una diferencia de trato basada directamente en el sexo. Para determinar si tal diferencia de trato constituye una discriminación prohibida por la Directiva 76/207, es necesario examinar si, en circunstancias como las del litigio principal, los trabajadores y las trabajadoras se encuentran en una situación comparable.

En tales circunstancias, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que la diferencia de trato que establece una normativa como la controvertida en el litigio principal se basa directamente en el sexo y que los trabajadores y las trabajadoras se encuentran en una situación comparable, y, por otro lado, que la Directiva 76/207 no contiene ninguna excepción aplicable a las discriminaciones directas, procede declarar que tal diferencia de trato constituye una diferencia directa basada en el sexo prohibida por dicha Directiva.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara que el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en la versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, compuesta de una reglamentación laboral que forma parte integrante de un contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la adhesión a la Unión Europea del Estado miembro en cuestión, reglamentación que prevé que la relación laboral se extinguirá cuando se alcance la edad de jubilación –que difiere en función del sexo del trabajador–, es constitutiva de una discriminación directa prohibida por la citada Directiva cuando el trabajador de que se trate llegue a la edad de jubilación en una fecha posterior a la mencionada adhesión.

Jubilación parcial. Convenios y acuerdos colectivos de empresa:

La **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 18 de junio de 2013, IL J 2013**, se pronuncia sobre la procedencia de una pensión de jubilación parcial de un trabajador, tras haber acordado con la empresa una jornada a tiempo parcial, concertando aquella un contrato de relevo por tiempo indefinido y a jornada completa, todo ello al amparo del Convenio colectivo de Hostelería y Turismo de Cataluña. La sentencia recurrida entiende, en relación a si el Convenio Colectivo antes citado puede contemplar el acceso a la jubilación parcial una vez promulgado Real Decreto 8/2010 de 20 de mayo, que no cabe instar la jubilación parcial con base en un convenio sectorial, ya que esa posibilidad tan solo beneficia a los trabajadores afectados por compromisos acordados en expediente de regulación de empleo o por medio de convenios o acuerdos colectivos de empresa.

La cuestión que se suscita ha sido resuelta ya por el Tribunal Supremo al conocer del RCU 560/2012, de 16 de diciembre de 2011. La cuestión de fondo se centra en la interpretación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, y, en concreto, a si la referencia que hace dicho precepto a «Convenios» debe entenderse o no hecha únicamente a los Convenios Colectivos de empresa.

Según la interpretación del Tribunal Supremo, en casación de doctrina, de acuerdo con el primer criterio de interpretación que señala el artículo 3 del CC de atender el «significado propio de las palabras» hay que entender que la última parte de la locución «colectivos de empresa» se refiere tanto a los convenios como a los acuerdos, pues el uso de la copulativa «y» en lugar de la disyuntiva «o» obliga a considerarla como un adjetivo que califica los sustantivos «convenios y acuerdos». Con ello, el RD Ley 8/2010 viene a establecer un ámbito más reducido, para la aplicación del beneficio de reducción de edad, que el previsto anteriormente en el apartado 5 de la Disposición Transitoria 17^a de la LGSS, que se refiere a los «convenios y acuerdos colectivos», sin circunscribirlas al ámbito empresarial. Además, la interpretación finalista del precepto conduce a la misma conclusión, puesto que otra interpretación llevaría al absurdo, puesto que si la norma se refiere a todo tipo de Convenios, la reforma operada no tendría mucha razón de ser. El Real Decreto-Ley 8/2010 es un Decreto por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y precisamente de lo que trata con la nueva regulación de la jubilación parcial es precisamente su restricción. Y si la Ley ha decidido que

sólo puedan optar a la jubilación parcial aquellos trabajadores de 60 años cuyos convenios de empresa o acuerdos de empresa sí lo recojan, no es por hacer de peor condición un convenio respecto de un acuerdo de empresa, sino que responde a cálculos económicos elaborados por la Administración de la Seguridad Social». Tal interpretación no viene desvirtuada por lo dispuesto en la Orden TIN 1827/2010 de 6 de julio (BOE 8/7/2010), pues las referencias de la Orden citada a los trabajadores afectados, los representantes unitarios y sindicales o las empresas, tiene su sentido en el hecho de que los convenios de empresa son publicados en el Boletín correspondiente, no así los Acuerdos lo que evidentemente justifica tal proceder.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

Trabajador del mar migrante de la UE. Cotización en distintos países:

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1423/2013, de 5 de marzo, IL J 733/2013**, se plantea la cuestión de si se deben incluir las cotizaciones ficticias y las bonificaciones por edad en la base reguladora de la jubilación de un trabajador del mar migrante de la UE, que ha cotizado en diversos países. Cuestión ésta que ya ha sido resuelta por la Sala en su sentencia de 24 de octubre de 2012, (Rec. 4543/09) y en la que hace referencia a la de 4 de junio de 2012, (Rec. 6024/08).

En el caso que ahora nos ocupa estamos ante un trabajador incluido en el supuesto contemplado en el artículo 161 bis 1 de la LGSS que, aún jubilándose antes de la edad ordinaria (por coeficientes reductores de edad), no anticipa en ningún momento su jubilación, ya que ésa es la edad fijada como edad ordinaria para el colectivo al que pertenece. Lo que supone que en el caso de autos la edad en la que el actor podría haber accedido a su jubilación ordinaria por el cauce del artículo 161 bis 1 de la LGSS sería la de 59 años (65 años-6 por coeficientes reductores). Así, a pesar de haber podido jubilarse de forma ordinaria a los 59 años no lo hace, sino que espera a solicitar su jubilación al momento en el que cumple los 65 años de edad, por lo que no estamos ya ante una jubilación anticipada, sino que estamos ante una jubilación postergada puesto que pudiendo haberse jubilado ya desde los 59 años, el trabajador ha optado por seguir trabajando y cotizando, con el consiguiente beneficio propio y ajeno que ello entraña.

Dos cuestiones plantea la recurrente; por un lado la negativa a la aplicación de bonificaciones por edad, ante el hecho de que la solicitud de jubilación se haya hecho con 65 años cumplidos, lo que se rechaza, por cuanto ya se dijo que la jubilación en el Régimen Especial del Mar no se accede a los 65 años sino a la edad resultante, en su caso de la aplicación de dichas bonificaciones. Si no se admite la posibilidad de aplicar los beneficios del artículo 163.2 de la LGSS se estaría haciendo de peor condición a estos trabajadores frente a los del régimen general, dado que para el cálculo de la prestación se le reduce la edad real en razón a los coeficientes reductores, de forma que se admite como tal la resultante y ficticia de 65 años, pero no se le valoraría a los efectos de incremento de la prestación cuando incluso podrían estar percibiendo el 100% de la misma en razón de la edad ficticia. El artículo 3.1 del Real Decreto 1132/2002 vigente en la actualidad, cuando regula el acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años de edad,

estipula ese incremento adicional sobre la base reguladora (2% si se tiene más de 35 años cotizados) estableciendo específicamente que a efectos del cumplimiento de los sesenta y cinco años se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan. Como señala la STJ de Castilla-León de 3 de junio de 2009, en un supuesto como el presente, en virtud de tal ficción por razón de edad estamos ante una jubilación postergada respecto a la cual la Ley 40/2007 no excluye expresamente la aplicación de los coeficientes reductores, cuando si lo hace respecto a la anticipada.

La segunda cuestión es la negativa igualmente a computar las cotizaciones denominadas ficticias anteriores al año 1970. Al respecto, hay que tener en cuenta que, mediante sentencia de fecha 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 8302) (rec. 3650/2005), dictada en Sala General, se ha procedido por el Tribunal Supremo a revisar la línea jurisprudencial seguida en cuanto a la bonificación de cotizaciones por embarques a los efectos de determinar la prorrata temporis que ha de abonar la Seguridad Social Española, a la vista de lo que ya pudiera considerarse como doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) en esta materia. El TJCE ha interpretado específicamente el artículo 46.b) del Reglamento 1408/71 (LCEur 1997\199) en relación con el artículo 1. r) del mismo Reglamento, sobre la manera que han de tenerse en cuenta para el cálculo de la prorrata las denominadas cotizaciones ficticias, afirmando con carácter general la necesidad de que tales cotizaciones hayan de tenerse en cuenta a tales efectos y en todo caso, no sólo para el cálculo del importe de la pensión, siempre que sean anteriores al hecho causante [STJCE de 3 de octubre de 2002 (TJCE 2002, 273), núm. C-347/2000, dictada en el «caso Barreira»].

En la sentencia «Barreira» se interpretan tales preceptos para resolver la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de Orense sobre la incidencia, en general, de las cotizaciones ficticias de la normativa de Seguridad Social Española en el cálculo de la prorrata y el Tribunal de Justicia afirma que si no se tuvieran en cuenta los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal a la hora de calcular el importe efectivo se perjudicaría al trabajador que ha ejercido su derecho a la libre circulación y que, para la liquidación de sus derechos a pensión, ha de ver totalizados períodos de seguro cumplidos en dos o más Estados miembros. En efecto, el interesado quedaría así privado de la bonificación que se le reconocería de haber efectuado toda su carrera al amparo de la legislación del Estado miembro competente. Además, la referida sentencia argumenta que para la aplicación del artículo 46, apartado 2, del Reglamento n. 1408/71, es necesario remitirse a la definición del concepto de período de seguro contenida en el artículo 1, letra r), del mismo Reglamento, de manera que si los ficticios se han tenido en cuenta para el cálculo de la pensión, es evidente que tienen naturaleza de «períodos de seguro».

Pues bien, esas cotizaciones evidentemente ficticias, muy similares a las de nuestro régimen del mar, tienen para el TJCE la condición de computables para el cálculo de la cuantía teórica de la prestación, y se dice al respecto que «en un caso como el del asunto principal, en que los períodos ficticios reconocidos por la legislación nacional aplicable son anteriores al hecho causante, estos períodos deben incluirse en el cálculo de la cuantía efectiva de la prestación, como se dice expresamente, por otra parte, en las palabras “períodos de seguro cubiertos antes de producirse el hecho causante” que aparecen en la letra b) del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento núm. 1408/71». Por consiguiente, la cuantía efectiva a prorrata debe calcularse teniendo en cuenta todos los períodos ficticios

anteriores a la producción del hecho causante, añadidos a los años de ocupación efectiva o asimilada por la legislación que aplique la institución competente...».

Esta doctrina sentada por el Pleno de la Sala IV del TS, ha sido posteriormente seguida por otras muchas Sentencias del Alto Tribunal, entre otras, por la de 14 de mayo de 2008 (Rec. 2514/06), 3 de junio de 2008 (Rec. 687/07), 30 de septiembre de 2008 (Rec. 1044/07), 5 de noviembre de 2008 (Rec. 3802107) y 29 de abril de 2009 (Rec. 4519/2007).

Finalmente, la recurrente denuncia la infracción del artículo 162,1 y 2 de la LGSS, en relación con la Disposición Adicional 8º del mismo texto legal, y en el artículo 25 apdo, 1, letra a) del Convenio entre la RFA y el Estado Español, negando la aplicación bases máximas, motivo que efectivamente ha de ser estimado, en razón a la reiterada doctrina jurisprudencial en tal sentido. No ignora la Sala la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que, a partir de la Sentencia de 7 de febrero de 1991 (caso Ronfeldt), rechaza la sustitución de los convenios o tratados precedentes a la adhesión de los Estados miembros en la Comunidad, cuando éstos implican «para los trabajadores ventajas superiores a las que derivan de la normativa comunitaria», inclinándose abiertamente por la aplicación de la norma más favorable, con independencia de su origen y rango; de forma que de no existir un Convenio de Seguridad Social aplicable y más favorable, o de no contener normas más beneficiosas, es el Reglamento el aplicable.

Esta es la doctrina proclamada por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 15 de octubre de 1993, 17 de noviembre de 1995 y, recientemente, por la de 15 de marzo de 1999, en el sentido de que la base reguladora de la prestación de jubilación ha de calcularse sobre las bases medidas, sin que a tal efecto pueda entenderse que la modificación del Reglamento 1408/71 por el Reglamento 1248/92 deba conducir a solución contraria, pues no son los principios de primacía y efecto directo informantes del derecho comunitario los que deciden la cuestión, sino el de norma más favorable a los intereses de los trabajadores, en virtud de lo que se viene diciendo y de la jurisprudencia comunitaria que da prevalencia al Convenio Hispano-Alemán sobre las normas reglamentarias de la Unión Europea.

Determinación del porcentaje de la base reguladora:

La cuestión que se plantea en la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 28 de junio de 2013, IL J 2013**, se centra en la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación de los Pilotos de Transporte de Pasajeros y Mercancías, a tenor de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 4 del Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio.

Considera el Tribunal Supremo que, de ninguno de estos dos preceptos, ni tampoco de su examen conjunto, se llega a la interpretación de limitar el cómputo de las bonificaciones de cotización al período de tiempo existente entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad de 65 años, para hallar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión. Más bien al contrario, el tenor literal de lo señalados preceptos abonan la interpretación que sostiene la parte recurrente, en cuanto el precepto –artículo 2.1 del Real Decreto 1559/1986– se refiere al «período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado... el coeficiente que corresponda...», con lo que está poniendo de manifiesto la intención de la norma –además de la finalidad de rebajar la edad de jubilación en virtud de la peligrosidad y penosidad en que se desarrollan los denominados trabajos aéreos– de primar la «contributividad», que es el principio que preside nuestro sistema de Seguridad Social, pues tiempo efectivamente trabajado es también tiempo efectivamente

cotizado, y de ahí, que las bonificaciones de cotización resultantes del artículo 4 en relación con el artículo 2.1 del repetido Real Decreto 1559/1986 deban aplicarse íntegramente sobre el tiempo efectivamente trabajado –en el presente caso como Pilotossin la limitación temporal que aplica el Instituto y que la norma no contempla.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) *Concepto. Grados y baremos*

b') Incapacidad permanente parcial

La **STS de 23 de abril de 2013**, IL J 776/2013 se pronuncia sobre una hipótesis de incongruencia omisiva en la sentencia de instancia relativa a la IP. En la misa se sostiene que la calificación del grado de incapacidad permanente es una cuestión jurídica y, por ello, aunque permanezcan inalterados los hechos probados en instancia, el Tribunal de suplicación puede examinar si es correcta o no la calificación efectuada. Pero considera que se ha incurrido en incongruencia omisiva, pues la sentencia de suplicación no contiene resolución sobre la pretensión de declaración de incapacidad permanente parcial subsidiariamente solicitada. El silencio judicial, en este caso, no se puede interpretar como una desestimación tácita. La incongruencia omisiva o *ex silentio*, se produce cuando «el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales» (con cita de SsTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero 2003/1401). En aplicación de dicha doctrina, el TS estima que en el caso concreto concurre una incongruencia omisiva, «por error», pues pese a pedirse en la demanda subsidiariamente la declaración de incapacidad permanente parcial no se entró en su examen, como era obligado al contenerse en la demanda la referida petición subsidiaria, lo que condujo al quebrantamiento del deber, también impuesto por el propio artículo 359 LEC, en el sentido de que se decida sobre «todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate», decisión ésta que, naturalmente, habrá de venir precedida del oportuno razonamiento, ya que éste viene exigido por el deber de motivación impuesto por el artículo 120.3 CE.

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) *Requisitos del beneficiario*

La **STS de 28 de mayo de 2013**, IL J 760, resuelve una cuestión relativa a la determinación de los ingresos de la unidad económica de convivencia computables a efectos de

acreditar el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes que condiciona el derecho a las pensiones de invalidez no contributiva y su cuantía. Establece que no debe computarse como ingreso el complemento del 50% de la pensión de gran invalidez que cobra el cónyuge de la beneficiaria de la pensión no contributiva, al tener por fin remunerar a la persona que atiende al gran inválido, y no sustituir las rentas del trabajo perdidas. El TS parte de la premisa lo establecido en el artículo 139.4 LGSS, conforme al que se dispone que el complemento tiene un fin: ser «destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda»; por tanto, si «ese es el fin, no cabe duda que el mismo no puede ser computado a los efectos que nos ocupan, porque no tiene por fin compensar la pérdida de la capacidad de ganancia que provoca la gran invalidez, la pérdida de ingresos salariales, sino ayudar al afectado a retribuir a una persona que le ayude a compensar las consecuencias de sus déficits físicos o psíquicos, que le auxilie para que pueda realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer u otros análogos» (artículo 137.6 LGSS). El TS reconoce que las prestaciones contributivas por IP compensan por la pérdida de la capacidad de ganancia y su cuantía se fija en atención al salario perdido por el que se cotizó y a disminución de la capacidad laboral, de forma que la IP para todo trabajo del artículo 137.5 LGSS, se compensa con una pensión vitalicia equivalente al cien por cien de la base reguladora que corresponda. No obstante, cuando se trata de una gran invalidez, la Ley, además de la pensión vitalicia «reconoce un complemento destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda y ayude a realizar los actos que no puede por si mismo». Por ello, considera que, «aunque tengan la misma naturaleza prestacional, no cabe confundir la pensión vitalicia con el complemento, pues la primera compensa con la pérdida de la capacidad de ganancia, por la pérdida de ingresos derivados del trabajo, mientras que el complemento tiene una finalidad distinta: retribuir a la persona que atiende al gran inválido, la que le ayuda a realizar los actos más esenciales de la vida». El complemento constituye, pues, «un añadido, un suplemento que se concede no como prestación económica, sino para facilitar la vida del gran inválido, para que alguien le ayude a moverse, lavarse, etc.». Tras este razonamiento, el TS concluye que para acreditar el requisito de carencia de rentas que establece el artículo 144.1.d) LGSS, no es computable el complemento por gran invalidez contributiva que percibe el cónyuge de la demandante. Considera cierto que el número 5 del artículo 144 dice que se considerarán ingresos y rentas computables los que deriven del trabajo, del capital y los de «naturaleza prestacional», pero, conforme a su argumentación, debe entenderse que la norma se refiere a las prestaciones que compensan por la pérdida de la capacidad de trabajar».

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La cuestión tratada y resuelta a nuestra opinión de forma acertada, en la Sentencia TS (Sala 4) de 25 de junio de 2013, IL J 842/2013, es si una viuda cuyo cónyuge ha fallecido a consecuencia de una enfermedad previa al matrimonio, habiendo durado éste menos de un año (se trataría de un matrimonio contraído 4 días antes del fallecimiento del causante

por enfermedad común), pero con una convivencia (de hecho) que desde sus respectivos divorcios data de más de dos años, tendría derecho a la pensión de viudedad propiamente dicha o, por el contrario, solamente a la prestación temporal de viudedad contemplada en el artículo 174 bis de la LGSS. Pues bien, tal y como señala el alto tribunal, la respuesta depende de la interpretación que se dé a la exigencia, alternativa al plazo de un año de duración del matrimonio del artículo 174.1, párrafo tercero de la LGSS, bien en su primer inciso, o en su segundo inciso, según el cual: «no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años» (por lo que es preciso determinar el alcance de la expresión «en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3» del propio artículo 174 de la LGSS).

Como recuerda la antes señalada sentencia del Tribunal Supremo, citando una anterior de 20 de julio de 2010, «si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan (fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración) se sujeta a haberse acreditado un periodo de convivencia (...) en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años, está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia (por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio), a justificar por el correspondiente empadronamiento (u otro singular medio de prueba)».

Por tanto, el período requerido de convivencia con el causante, sumado al de duración del subsiguiente matrimonio, es el de dos años que establece el art 174.1, último párrafo, de la LGSS, que se cuenta en este caso desde el momento en que ambos miembros de la pareja de hecho pudieron contraerlo, lo que acontecía a partir del divorcio del causante, que en el caso que juzga tuvo lugar el 27 de septiembre de 2005, fecha en la que quedó acreditado que ya existía tal convivencia, cumpliéndose, en consecuencia, a la fecha del fallecimiento de aquél, el requisito correspondiente, puesto que se hallaban casados desde el 24 de diciembre de 2008.

La cuestión debatida en la **Sentencia TS (Sala 4) de 16 de julio de 2013, IL J 909/2013**, ya comentada en números anteriores, es si tiene derecho a la pensión de viudedad la persona integrante de una pareja de hecho cuya convivencia durante más de cinco años con el causante, antes de su fallecimiento, quedó acreditada, así como la concurrencia de los otros requisitos exigidos por el artículo 174.3 de la LGSS, a excepción del exigido al final del párrafo cuarto del citado artículo: la acreditación formal de la existencia de la pareja de hecho mediante inscripción en alguno de los registros específicos existentes o bien mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, con al menos dos años de antelación al fallecimiento (por lo que si no consta dicha inscripción no procede el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad); Dicho criterio va a ser mantenido en la sentencia que analizamos, al no ofrecerse razones que justifiquen un cambio de criterio; dicho criterio se recoge en doctrina reiterada, entre la que cita como destacada la STS de 26 de diciembre de 2011, donde se resume la interpretación que se ha hecho por la Sala Cuarta del TS del artículo 174.3 de la LGSS en los siguientes términos:

a) Que el apartado 3 establece la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo –con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento– la inscripción en el registro de parejas de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público.

b) Que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo (la existencia de la pareja de hecho), tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal –ad solemnitatem– de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio).

c) O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece, no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes (o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho –pensión– únicamente corresponde a las «parejas de derecho»; y no a las genuinas «parejas de hecho».

C) Cuantía de las pensiones

Tras la modificación del 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, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, realizada por el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, la redacción del artículo 38 queda en los siguientes términos: «cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento» (artículo 38.1, antes regulado en el artículo 36.2); sobre esta cuestión, la **STS de 28 de junio de 2013** IL J 840/2013, ante un supuesto de huérfano cuyos padres eran pareja de hecho, pero no estaban inscritos como tales, determina que sí procede incrementar la pensión de orfandad con la de viudedad a la cual no tiene derecho la madre, pues nos encontramos ante una situación de necesidad que justifica el acrecimiento de la pensión y por ello hay que realizar una equiparación entre orfandad absoluta e inexistencia de cónyuge con derecho a pensión de viudedad.

Y esto es así, porque antes de la reforma, el precepto empleaba la palabra «cónyuge» (es decir, se exigía vínculo conyugal y por tanto el incremento dependía de que existiera una viuda que ostentara la titularidad y disfrute de la pensión de viudedad) y no como

ahora que se refiere a «que no exista beneficiario», lo que en la práctica significa extender el beneficio a todas las situaciones en la que pudieran hallarse los progenitores fallecidos (matrimonio, divorcio, pareja de hecho, inexistencia de pareja), pues no hace distinción alguna de las posibles situaciones, y como es principio interpretativo por todos aceptados, donde la ley no distingue, tampoco debe hacerlo el intérprete.

A ello hay que añadir que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 154/2006 de 22 de mayo, aunque en referencia a la indemnización especial a tanto alzado prevista en el inicial artículo 38 del Reglamento General, antes señalado, para el supuesto de que «no existiese cónyuge sobreviviente», resolvió que, a los hijos extramatrimoniales les corresponde también el derecho a incrementar su importe (en las seis mensualidades que hubieran correspondido al cónyuge sobreviviente), en igual manera que a los huérfanos «absolutos», porque: a) a la hora de interpretar una norma jurídica, siempre hay que elegir aquella interpretación que resulte más adecuada para la eficacia de los derechos fundamentales; y b) que directamente conectado al principio de no discriminación se halla el mandato constitucional sobre la protección integral de los hijos y que «en esa unidad familiar el progenitor vivo ni percibe la prestación de Viudedad ni la indemnización a tanto alzado, por inexistencia de vínculo matrimonial con el causante».

El criterio del Tribunal Constitucional ha sido acogido –y extendido a la pensión de orfandad– por la Sala Social del Tribunal Supremo (rectificando así el precedente criterio denegatorio), argumentando al efecto, que «el modo de cálculo del incremento de las pensiones de orfandad cuando no existe cónyuge sobreviviente es en nuestra legislación de Seguridad Social significativamente idéntico al de la pensión de Viudedad que falta», ello quiere decir que «la ley quiere compensar al huérfano o huérfanos en tal situación familiar con una prestación social equivalente a la que tendría el conjunto de la familia de existir cónyuge supérstite, por lo que el incremento de las pensiones de orfandad resulta ser así una renta social sustitutiva de aquella prestación que falta en la unidad familiar cuando no se ha reconocido en la misma el derecho a una pensión de Viudedad» (SsTS 09 de junio de 2008, de 24 de septiembre de 2008 y de uno de diciembre de 2011).

D) Dinámica de la protección

El artículo 178 de la LGSS, establece que el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia (con excepción del auxilio por defunción), es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (en relación con el artículo 43.1 de la LGSS). Ahora bien, uno de los problemas que plantea dicho supuesto, es determinar la fecha a partir de la cual computa el plazo referido de tres meses y que determina la fecha de efectos económicos, sobre todo en los supuestos de declaración de fallecimiento por desaparición del causante: pues en este supuesto, formulada la solicitud de prestación de viudedad dentro del plazo de tres meses, partiendo de la fecha de firmeza del auto en que se declara fallecido al desaparecido, los efectos económicos deben retrotraerse a la fecha en que se declara al trabajador desaparecido como fallecido y es que como señala la **Sentencia TS de 11 de junio de 2013**, IL J 746/2013, no es la fecha de la resolución judicial que declara el fallecimiento, el punto de partida para iniciar el cómputo de los tres meses de plazo para solicitar la prestación y tampoco el día en que

dicha resolución se notifica al interesado (aunque en el caso enjuiciado en la sentencia referencial no se alteraba la solución final dada), sino cuando dicha resolución adquiere firmeza, pues es a partir de entonces cuando puede ejercitar su derecho presentando la correspondiente solicitud (artículo 1969 Código Civil).

Se trata de un supuesto en el que se solicita la prestación de viudedad dentro del plazo de tres meses (el día 28-08-2011), partiendo de la fecha de firmeza del auto en que se declara fallecido al desaparecido (el día 30-06-2011), y por tanto, los efectos económicos deben retrotraerse a la fecha en que se declara al trabajador desaparecido como fallecido (01-01-2005), y es que debe tenerse presente que antes de los diez años de su desaparición no podía instarse la declaración de fallecimiento en los supuestos ordinarios, conforme al artículo 193 CC (que señala que «procede la declaración de fallecimiento:... transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición... los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición»), pues existía, tal y como señala la sentencia arriba indicada, al menos desde tal fecha, la situación de necesidad que justifica la concesión de la prestación (artículo 41 CE), y por los mismos fundamentos por el que contempla expresamente para las declaraciones de fallecimiento de trabajadores que «hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte», supuesto en el que «los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha del accidente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen» (artículo 172.4 LGSS).

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
M^a NIEVES MORENO VIDA
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA
SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES.
 2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) **Procedimiento administrativo sancionador. Impugnación judicial.**
 - B) **Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.**
 - a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales.
 - b) Infracciones en materia de Seguridad Social.
-

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de las novedades normativas y judiciales de mayor interés aparecidas en el último período en materia de Derecho Administrativo Laboral.

a) En el plano normativo, todas las novedades a destacar están relacionadas con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La principal modificación es la introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de emprendedores, por la que se da nueva redacción al artículo 14.3 de la Ley 42/1997, ordenadora de dicha Inspección. Como en la exposición de motivos de la Ley 14/2013 se pone de relieve, con el nuevo tenor del precepto «se elimina la obligación de que las empresas tengan, en cada centro de trabajo, un libro de visitas a disposición de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». En su lugar, será la Autoridad Central de la Inspección la que pondrá a disposición de las empresas, de oficio y sin necesidad de solicitud de alta, un Libro de Visitas electrónico por cada uno de sus centros de trabajo, en que los funcionarios actuantes extenderán diligencia sobre sus actuaciones –visitas y comprobaciones por comparecencia del sujeto inspeccionado–. Para la puesta en marcha y desarrollo de esta medida, la nueva norma se remite a una futura Orden Ministerial.

Como segunda novedad, a efectos de dar cumplimiento a la disposición adicional octava de la citada Ley 42/1997, la Orden ESS/1892/2013, de 8 de octubre, regula el tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con formato digital e incluido en la Sede Electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sin que el acceso de

los ciudadanos a su consulta precise de identificación alguna. Este tablón constituirá el medio oficial de publicación, mediante edictos, de las notificaciones de los actos administrativos dictados en el ámbito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los siguientes supuestos: a) cuando los interesados en el procedimiento sean desconocidos; b) cuando se ignore el lugar de la notificación o el medio por el que ha de practicarse; o c) cuando intentada la notificación, ésta no se haya podido practicar.

Finalmente, resta por indicar que, por Resolución de 4 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría, se ha publicado el anexo del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, precisándose las instrucciones referidas a la colaboración entre estos cuerpos.

b) Junto a lo dicho, a continuación hacemos referencia a las principales sentencias publicadas en materia administrativa laboral en los números 7, 8 y 9 de 2013, de la revista *Información Laboral*. En especial, destacan los pronunciamientos en que se interpreta y aplica el régimen de transitoriedad establecido tras la Ley 36/2011, respecto a la jurisdicción que ostenta la competencia sobre la impugnación judicial de las sanciones administrativas en materia social (**STSJ Aragón de 6 de marzo de 2013, IL J 732/2013** y **STS de 8 de julio de 2013, IL J 924/2013; infra, 2.A**).

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador. Impugnación judicial

En efecto, conforme acaba de indicarse, contamos con dos pronunciamientos judiciales en que se hace aplicación del régimen transitorio establecido por la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social –cuya entrada en vigor se produjo el 11 de diciembre de 2011–, en relación con la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas sancionadoras en el orden social. Recordemos que el artículo 2.º) LJS establece que la jurisdicción social es competente para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical. Por su parte, la disposición transitoria cuarta de esta misma ley atribuye al orden jurisdiccional social el conocimiento de los procesos de impugnación de los actos administrativos en estas materias dictados a partir de la vigencia de la LJS, atribuyendo al orden contencioso-administrativo la impugnación de los actos administrativos dictados con anterioridad a la vigencia de esta ley y manteniéndose también en este orden los recursos contencioso-administrativos ya interpuestos.

Respecto a esta disposición transitoria se plantea la duda de si para su aplicación ha de estarse a la fecha del acto administrativo dictado por la autoridad laboral que impone la sanción o si, por el contrario, la relevante es la fecha de la resolución administrativa denegatoria del recurso de alzada. Con relación a esta cuestión, la **STSJ, S. Social, Aragón de 6 de marzo de 2013, IL J 732/2013**, ofrece un interesante razonamiento, y desde el presupuesto de que, como regla general, para que un acto administrativo sea impugnabile jurisdiccionalmente es necesario que ponga fin a la vía administrativa, declara que, en la

aplicación de la disposición transitoria cuarta LJS, ha de atenderse a la fecha de resolución del recurso de alzada. Por ello, en el caso concreto en que el acto administrativo sancionador era de 29 de noviembre de 2011, pero la resolución administrativa desestimatoria del recurso de alzada se dictó el 27 de enero de 2012, el Tribunal Superior de Justicia concluye que el conocimiento de la demanda de su impugnación corresponde al orden jurisdiccional social. La Sentencia fundamenta estas conclusiones en la siguiente argumentación:

«Es importante reparar en que, cuando la LRJS, a efectos competenciales, ha querido referirse a la resolución inicial, utiliza el concepto jurídico: “acto originario impugnado”. Así, el artículo 10.4.a) de la LRJS, relativo a la competencia territorial [trasunto del artículo 14.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa], atribuye ésta al “*juzgado en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiera dictado el acto originario impugnado*” [...].

Por consiguiente, hay que diferenciar entre la competencia jurisdiccional, respecto de la cual la disposición transitoria cuarta de la LRJS no contiene mención alguna al acto originariamente impugnado, por lo que habrá de estar a la fecha de la resolución del preceptivo recurso de alzada, y la competencia territorial, regulada por el artículo 10.4 de la LRJS, que la vincula, como regla general, al órgano administrativo que dictó el acto originariamente impugnado».

Por el contrario, en atención a las circunstancias temporales del supuesto, la aplicación de la misma disposición transitoria cuarta de la LJS ha llevado a la **STS, S. Social, de 8 de julio de 2013, IL J 924/2013**, a declarar la incompetencia de la jurisdicción social. En este caso, la impugnación judicial recae sobre un Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de agosto de 2011, por el que se imponen dos sanciones a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: una, por incumplir el régimen de autorizaciones para la realización de determinadas actuaciones; y otra, por aplicación indebida del patrimonio de la Seguridad Social. Interpuesto recurso potestativo de reposición en fecha 27 de octubre de 2011, éste no fue resuelto en el plazo establecido de un mes, de ahí que la Mutua presentara recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo después cuando por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de mayo de 2012 se desestimó expresamente el recurso de reposición, procediendo la Mutua a su impugnación ante la jurisdicción social porque así se indicaba en el citado Acuerdo. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que este último Acuerdo no tenía autonomía propia para ser impugnado en un proceso diferente ni podía alterar la atribución de la competencia jurisdiccional sobre el Acuerdo realmente impugnado –el de 19 de agosto de 2011–, que correspondía al orden contencioso-administrativo:

«Es cierto que en el momento de resolverse el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo ya se encontraba en pleno vigor el artículo 2.n) LRJS, pero la realidad es que la competencia para conocer del Acuerdo verdaderamente impugnado, el de fecha 19 de agosto de 2011, firme cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo, es de ése Orden jurisdiccional, pues la resolución del recurso de reposición ratificando íntegramente un acto administrativo que había ya puesto fin a la vía administrativa, dado su carácter meramente instrumental, no tenía autonomía propia a efectos de su impugnación en un proceso diferente, ni podía proyectar sus efectos autónomos sobre la atribución de la

competencia, que correspondía, como se ha razonado, al Orden Contencioso-Administrativo, que ya venía conociendo a través del oportuno recurso, la impugnación del Acuerdo originario del Consejo de Ministros.

De lo razonado se desprende que, ..., la jurisdicción social resulta incompetente para conocer las pretensiones de la demanda que dieron origen a las presentes actuaciones, atendiendo a las razones temporales descritas, ..., sin perjuicio de que, como ya ha ocurrido, se sostenga la pretensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales

En esta materia cabe hacer mención a la **STSJ, S. Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de febrero de 2013, IL J 735/2013**, dictada con ocasión de un procedimiento de oficio iniciado en relación con una infracción administrativa grave del artículo 7.10 LISOS, por incumplimientos laborales de un Ayuntamiento respecto a una trabajadora, consistentes en falta de ocupación efectiva contraria al artículo 4 ET y movilidad funcional descendente irregular vulneradora del artículo 39 ET que afecta al derecho a la promoción profesional. Al margen de ofrecer un amplio repaso de la doctrina sobre la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo curioso de la Sentencia es que declara la inadecuación del procedimiento de oficio iniciado, pues considera que la materia abordada no se encuentra entre las relacionadas en el artículo 149.2 LPL. Lo llamativo sin embargo es que, si se atiende a su tenor, dicho artículo 149.2 LPL sí hacía expresa referencia a la impugnación de actas de infracción sobre alguna de las materias contempladas en el artículo 7.10 LISOS.

Más interés tiene otro pronunciamiento judicial recogido en las revistas comentadas y que, aunque queda fuera del Derecho Administrativo, pertenece también a la esfera sancionadora: nos referimos a la **SAP Albacete, de 2 de septiembre de 2013, IL J 895/2013**, dictada por la jurisdicción penal en relación con el delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el artículo 312.2 CP. Recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, en esta Sentencia se recuerda que este tipo infractor no sólo exige que se emplee a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, sino también que las condiciones en que se realiza el contrato perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos laborales: sin este último requisito, la situación de ilegalidad podría ser sancionada administrativamente, pero no en vía penal. Por ello, aun cuando en el caso enjuiciado los trabajadores extranjeros contratados carecen de permiso de trabajo y residencia y de alta en la Seguridad Social, el órgano judicial constata que el salario acordado con ellos es superior al fijado en el convenio colectivo aplicable, de ahí que no aprecie que sus condiciones de trabajo fueran notoriamente perjudiciales para ellos. La Sentencia, en consecuencia, absuelve del delito tipificado en el artículo 312.2 CP –no así del delito contra la seguridad en el trabajo del artículo 316 CP, ni del delito de lesiones por imprudencia del artículo 152.1 CP–.

b) Infracciones en materia de Seguridad Social

Como cierre de esta crónica hemos de hacer referencia a la **STSJ, S. Social, de Castilla y León/Burgos de 6 de junio, IL J 900/2013**, relativa a la impugnación de una resolu-

ción del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se notificó a una beneficiaria su exclusión del Programa de Renta Activa de Inserción regulado en el RD 1369/2006, por cuanto se constató que había causado baja como demandante de empleo y de ahí que se le comunicara que había dejado de cumplir las obligaciones incluidas en el compromiso de actividad suscrito. La Sentencia indica que este procedimiento de exclusión no tiene carácter sancionador *stricto sensu*, pero sí «cuasi-sancionador», razón por la que considera exigibles las notas de causalidad de la sanción impuesta, proporcionalidad y tipicidad de la misma, así como su preceptiva motivación, recordando en este último punto la jurisprudencia constitucional sobre motivación de las resoluciones administrativas impositivas de una sanción. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia considera que la Administración no cumplió con esa necesaria exigencia de motivación suficiente de la resolución por la que comunica la baja del programa de renta activa, dado que no basta la genérica referencia al «incumplimiento de las obligaciones asumidas en el compromiso de actividad suscrito», pues siendo aquellas variadas y diversas, debía haberse concretado el incumplimiento específico que dio lugar a la exclusión –en concreto, la no renovación de la demanda de empleo–. Asimismo, se pone de relieve el incumplimiento del artículo 84 Ley 30/1992, por cuanto sólo se reconoció a la beneficiaria plazo para alegaciones una vez que ya se había dictado resolución definitiva de exclusión del programa, y en trámite de reclamación previa a la vía judicial. Por ello, la Sentencia confirma la revocación de la resolución administrativa impugnada.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA.
 - A) **Relación laboral. Consultora y asistente técnica.**
 - B) **Conflicto colectivo contra entidad pública.**
 - C) **Responsabilidad de la Mutua por incumplimientos en materia preventiva.**
 - D) **Impugnación acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.**
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **Impugnación actas de infracción de la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.**
 - B) **Modificación de la mejora voluntaria del personal estatutario.**
 - C) **Relación laboral. Inexistencia.**
 - a) Trabajo de colaboración social.
 - b) Montador de instalaciones.
4. EXCEPCIONES.
 - A) **Caducidad.**
 - B) **Cosa juzgada.**
 - C) **Inadecuación de procedimiento.**
 - D) **Falta de legitimación activa.**
 - E) **Falta de legitimación pasiva.**
 - F) **Prescripción.**
5. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
 - A) **Trabajos fijos discontinuos.**
 - B) **Oposición del trabajador a la readmisión ofrecida en el acto de conciliación administrativa.**
 - C) **Error excusable.**

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.
 - A) **Afectación general.**
 - B) **Cuantía litigiosa.**
 7. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.
 - A) **Escrito de interposición.**
 - B) **Falta de contenido casacional.**
 - C) **Falta de contradicción. Sentencias procesales.**
 - D) **Cuestión nueva.**
 8. RECURSO DE REVISIÓN. DOCUMENTOS NUEVOS.
 9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA.
 - A) **Conflicto colectivo. Requisitos para la ejecución directa.**
 - B) **Imposibilidad de modificar los términos del fallo.**
 - C) **Intereses procesales.**
-

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 7, 8 y 9 del año 2013 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) **Relación laboral. Consultora y asistente técnica**

La jurisdicción social es competente para conocer de la demanda de despido planteada por la demandante, quien prestó servicios de consultoría y asistencia técnica para la Administración, a través de tres contratos consecutivos de arrendamiento de servicios. La **STS de 15 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 913/2013 estima que la relación existente entre las partes es de naturaleza laboral, atendiendo a las circunstancias en que se desarrollaba el trabajo que ponían de relieve que la demandante se encontraba dentro del ámbito organizativo de la Administración empleadora, quien supervisaba y dirigía el trabajo que ésta realizaba, así como le facilitaba los medios materiales necesarios para prestar los servicios encomendados.

B) **Conflicto colectivo contra entidad pública**

La **STS de 14 de mayo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 767/2013, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda de conflicto colectivo planteada

frente a una entidad pública autonómica. Ésta se subrogó, vía sucesión de empresa, en la posición de empleadora que hasta entonces ocupaba la sociedad que gestionaba el servicio. La demanda pretende que la entidad pública dé cumplimiento al acuerdo colectivo suscrito por la empresa predecesora y los representantes legales de los trabajadores, consistente en la conversión en indefinidos de los contratos de trabajo temporales que, a la fecha de la firma del acuerdo, contaran con 54 meses de contratación continuada en la empresa.

C) Responsabilidad de la Mutua por incumplimientos en materia preventiva

En un supuesto en el que se analiza la reclamación de indemnización por daños y perjuicios planteada por el demandante con motivo de las lesiones auditivas que padece, la **STSJ de Castilla y León de 6 de junio de 2013**, IL J 902/2013, estima la competencia del orden social para conocer de la reclamación planteada en base al argumento de posibles incumplimientos de la Mutua en materia preventiva.

D) Impugnación acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Sostiene la **STSJ de Aragón de 6 de marzo de 2013**, IL J 732/2013, la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda presentada por la empresa impugnando la sanción administrativa impuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La Inspección había dictado la resolución administrativa que se recurre en vía judicial (y que se corresponde con la resolución administrativa que resuelve el recurso de alzada interpuesto por la empresa contra la resolución administrativa inicial, que es la que pone fin a la vía administrativa) con posterioridad a la fecha en la que entró en vigor la LRJS, norma que atribuye a este orden jurisdiccional el conocimiento y resolución de esta materia.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Impugnación actas de infracción de la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Es incompetente la jurisdicción social para conocer de la demanda interpuesta por la Mutua frente a las sanciones impuestas por la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La **STS de 8 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 924/2013, llega a esta conclusión porque considera que lo que realmente está recurriendo la Mutua es la resolución inicial dictada por la Inspección de Trabajo de fecha anterior a la entrada en vigor de la LRJS. La Mutua recurrió en reposición la resolución inicial y ante la falta de resolución expresa en el plazo legal establecido para ello, interpuso recurso contencioso-administrativo. El TS entiende que la resolución extemporánea del recurso de reposición, de fecha posterior a la entrada en vigor de la LRJS, ratificando el contenido de la resolución inicial y remitiendo el conocimiento del posible recurso judicial al orden social de la jurisdicción, no tiene autonomía propia a efectos de su impugnación en un proceso

distinto al iniciado por la Mutua en el orden contencioso-administrativo, ni para atribuir al orden social de la jurisdicción el conocimiento de la controversia.

B) Modificación de la mejora voluntaria del personal estatutario

La **STS de 5 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 937/2013, declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda de conflicto colectivo presentada frente a la modificación del régimen jurídico de una mejora voluntaria, llevada a cabo unilateralmente por la Administración. La sentencia declara que la competencia es del orden contencioso-administrativo, al afectar el conflicto a todo el personal estatutario y funcionario de la Administración y no estar prevista la mejora voluntaria controvertida ni en contrato de trabajo, ni en convenio colectivo, ni en pacto o acuerdo colectivo negociado por representantes de trabajadores y empresarios; por el contrario, la mejora está tan sólo recogida en un acuerdo negociado entre representantes del personal estatutario y funcionario y la Administración.

C) Relación laboral. Inexistencia

a) Trabajo de colaboración social

Declara la **STS de 9 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 921/2013 el carácter no laboral del contrato suscrito entre la demandante (perceptora de la prestación de desempleo) y la Administración autonómica bajo la modalidad de trabajo de colaboración social, y ello porque la normativa que regula esta figura excluye su posible calificación como laboral.

b) Montador de instalaciones

En la demanda de oficio presentada por la TGSS sobre relación laboral y consiguiente alta y cotización en el RGSS, la **STSJ de Aragón de 27 de marzo de 2013**, IL J 719/2013, declara el carácter no laboral de la relación existente entre la empresa y el profesional que prestaba servicios de montaje. No concurrían en esa relación la nota de dependencia propia del contrato de trabajo, toda vez que era el propio profesional quien organizaba libre y autónomamente su trabajo, no disfrutaba de vacaciones ni permisos por cuenta de la empresa, ni ésta le abonaba los gastos, suplidos o indemnización alguna por los desplazamientos realizados para atender los trabajos encomendados, siendo todos ellos asumidos por el profesional.

4. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 9 de julio de 2013**, Sala Cuarta, analiza el despido de un trabajador de una administración pública. La resolución de la administración notificando el despido contenía información errónea sobre los plazos para su impugnación. La Sala concluye que debe rechazarse la excepción de caducidad, pues lo contrario supondría beneficiar a la administración por sus propias irregularidades. Por el contrario, la **STS de 4 de junio de 2013**,

Sala Cuarta, IL J 752/2013, reitera la doctrina judicial conforme a la cual, la conciliación administrativa previa, interpuesta en aquellos supuestos en que ésta no es exigible legalmente, no suspende el plazo de caducidad. Además, confirma que el plazo de caducidad de 20 días previsto en el artículo 40 ET, resulta aplicable tanto a las acciones individuales como a las colectivas. Es de destacar igualmente la **STS de 3 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 755/2013, que rechaza la excepción de caducidad planteada, al declarar aplicable el artículo 135 LEC (que permite la interposición de escritos sujetos a plazo, hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo) a la interposición de la conciliación administrativa previa a la vía jurisdiccional. La Sala declara interpuesta en plazo la demanda de conciliación administrativa presentada el día 21 del plazo de caducidad. La sentencia tiene un voto particular que rechaza esta interpretación, con base en los siguientes argumentos: (i) el plazo de caducidad de la acción de despido es un plazo sustantivo y no procesal; y (ii) la conciliación se realiza ante un órgano administrativo y no judicial, por lo que no resulta de aplicación la LEC a esos trámites, sino la Ley 30/92. En términos similares, la **STS de 29 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 773/2013, señala que el carácter inhábil del mes de agosto, también resulta de aplicación en el cómputo de los plazos de interposición de la reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social.

B) Cosa juzgada

A pesar de las diferencias entre las instituciones del recargo de prestaciones de la Seguridad Social y de la indemnización adicional por daños derivados de enfermedad profesional, la **STS de 12 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 916/2013, señala que entre dos sentencias sobre las anteriores instituciones, se da la identidad necesaria para apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada, pues la relación causal entre el incumplimiento empresarial y las lesiones, es un elemento común de las dos nociones que opera sobre ambas de la misma forma. En este sentido, aplica los efectos de la cosa juzgada respecto a la relación de causalidad, probada en la sentencia sobre el recargo, a la sentencia sobre la indemnización adicional. La **STS de 1 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 927/2013, extiende el efecto positivo de la cosa juzgada a cuantías devengadas en periodos de tiempo distintos a los previstos en la sentencia cuyo efecto quiere extenderse, confirmando el cambio de criterio iniciado en la **STS de 7 de junio de 2012**, Sala Cuarta, IL J 872/2012. En términos similares, la **STS de 18 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 932/2013, confirma que el efecto positivo de la cosa juzgada se produce también respecto de aquellos pronunciamientos en los que el tribunal haya decidido en sentencia firme, aunque no haya entrado a conocer del fondo del asunto.

C) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 5 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 749/2013, analiza la demanda planteada para la impugnación del proceso de cobertura de dos vacantes conforme al procedimiento establecido en el convenio colectivo aplicable. Al respecto, se declara la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, ya que la demanda de conflicto fue interpuesta cuando ya se habían designado los trabajadores que ocuparían las vacantes. En este sentido, la Sala reitera que los concursos convocados por las empresas para la cobertura de plazas vacantes tienen carácter colectivo, pero solamente mientras se encuentren en las

fases anteriores a su resolución, pudiendo impugnarse por el cauce del conflicto colectivo las bases del concurso, pero no las adjudicaciones de las plazas, porque entonces ya no es el grupo el interesado en el concurso, sino los adjudicatarios de las plazas.

D) Falta de legitimación activa

La **SAN de 29 de julio de 2013**, IL J 887/2013, desestima la excepción de falta de legitimación activa de un sindicato alegada en un procedimiento de conflicto colectivo. La Sala considera que el sindicato demandante contaba con presencia en la representación unitaria de los centros afectados, aunque pudiera ser mínima, por lo que no sería ajustado a derecho rechazar su acceso al proceso. Por el contrario, la **SAN de 17 de julio de 2013**, estima la excepción de falta de legitimación activa de un sindicato, que fue citado en la demanda como interesado y que se adhirió a la pretensión de la parte demandante. El sindicato en cuestión, en ningún momento acreditó su implantación en los órganos unitarios ni sindicales de la empresa, ni siquiera probó su afiliación entre los trabajadores afectados, por la que la sentencia estima de oficio su falta de legitimación activa en el conflicto colectivo.

E) Falta de legitimación pasiva

La **SAN de 17 de julio de 2013** antes citada, declara igualmente la falta de legitimación pasiva de un sindicato en un conflicto colectivo, ya que los trabajadores que representaba no estaban afectados por la modificación concreta pretendida, a pesar de que el acuerdo impugnado afectaba a la totalidad de la plantilla de la empresa.

F) Prescripción

La **STS de 11 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 917/2013 reitera su doctrina conforme a la cual, la interposición de una acción de conflicto colectivo interrumpe la prescripción de las acciones individuales vinculadas a éste, con independencia de que el conflicto colectivo haya sido promovido por la representación patronal o por la representación de los trabajadores. Por su parte, la **STS de 4 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 939/2013, declara que las acciones colectivas de impugnación de convenios colectivos, interrumpen la prescripción de las acciones individuales, de forma análoga a la interrupción que se produce por la interposición de un conflicto colectivo. La sentencia, asimismo, extiende este efecto interruptivo, no sólo a las acciones interpuestas con anterioridad a la impugnación del convenio colectivo, sino también a aquellas que se interpongan en el plazo de un año desde la notificación de la sentencia que hubiese originado la interrupción. La **STS de 28 de mayo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 759/2013, desestima la excepción de prescripción alegada frente a la reclamación de compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas por un trabajador durante 4 ejercicios. El trabajador sufrió sucesivos períodos de baja médica, que concluyeron con la extinción de su contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente total. Entiende el TS que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de las cantidades compensatorias de las vacaciones anuales no disfrutadas durante los años sucesivos, no se iniciaba al final de cada año natural, pues estando vigente el contrato, aun en suspenso, no era posible en ese momento su excepcional compensación en metálico. Con base en este argumento, la Sala concluye que el

plazo de ejercicio de la acción de reclamación se inicia en el momento de la extinción de la relación contractual, primer momento a partir del cual, es posible exigir la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas.

5. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Trabajos fijos discontinuos

La **STS de 2 de julio de 2013**, Sala Cuarta, reiterando doctrina de esa misma Sala declara que los salarios de tramitación se adeudan hasta el día en que finalizó la temporada que motiva la contratación discontinua y, en su caso, los de los periodos posteriores correspondientes a ulteriores campañas con el límite de la fecha en que se notifique la sentencia que declara la improcedencia del despido.

B) Oposición del trabajador a la readmisión ofrecida en el acto de conciliación administrativa

El ofrecimiento de readmisión realizado por la empresa demandada no restablece el contrato extinguido, ni el rechazo por el trabajador implica su dimisión. En consecuencia, si el trabajador no aceptó esa oferta empresarial, la demandada no debió insistir en su oferta, sino sustituirla por la alternativa indemnizatoria y proceder a su consignación, a los efectos de limitar el devengo de los salarios de tramitación hasta dicho momento. Por ello, la **STS de 25 de junio de 2013**, Sala Cuarta, declara que en este supuesto, el devengo de tales salarios hasta el momento de dictarse la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido.

C) Error excusable

La **STS de 18 de junio de 2013**, Sala Cuarta, declara error excusable en el cálculo y consignación de la indemnización por despido improcedente, y que derivó de la equivocación de la empresa en relación con la antigüedad del trabajador. El TS razona que en el presente supuesto concurren indicios de ese error excusable por cuanto existió una compleja situación derivada de sucesión de contratos y de la intervención de distintas empresas empleadoras, diferentes interpretaciones sobre la antigüedad de los trabajadores en análoga situación, la no oposición del actor a las distintas antigüedades que le habían venido reconociendo las sucesivas empleadoras y la voluntad de la empresa demandada de no perjudicar intencionadamente al trabajador.

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Afectación general

La **STS de 4 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 826/2013, casa y anula una sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) que había inadmitido un recurso de suplicación contra una sentencia dictada en sede de conflicto colectivo. El TSJ consideró que el importe de

la reclamación no superaba la cuantía mínima para el acceso al recurso de suplicación. Formulado el recurso de casación para unificación de doctrina, el TS concluye que debió haberse admitido a trámite el recurso de suplicación ya que, salvo prueba en contrario, se presupone la afectación general por «notoriedad» en los procedimientos de conflicto colectivo. Es decir, la previa existencia de un conflicto colectivo acredita por sí misma la concurrencia de un interés general no pacífico.

B) Cuantía litigiosa

La **STS de 31 de mayo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 757/2013, casa y anula una sentencia dictada por el TSJ de Madrid por considerar que no debió admitir un recurso de suplicación en el que la cuantía litigiosa no alcanzaba el *quantum* establecido, sin que pueda tenerse en cuenta la petición de «condena de futuro» que se contenía en la demanda. El TS no admite el argumento de que la principal acción ejercitada era una acción declarativa dirigida al reconocimiento de una determinada antigüedad, a la que se añadía una reclamación de cantidad. El elemento determinante a efectos del recurso no es la previa declaración que se solicita, sino la cuantía efectiva que se reclama.

7. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Escrito de interposición. Inexistencia de relación precisa y circunstanciada

La **STS de 16 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 783/2013, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, por cuanto no se realizó una correcta relación de la contradicción en todos sus motivos. Asimismo, en cuanto a la normativa infringida, el recurso se refería únicamente a una normativa interna de la empresa y a la cita de un artículo del Código Civil. El TS declara que la cita de una infracción debe ir referenciada a una norma con rango de Ley, Reglamento o Convenio Colectivo. Los defectos formales expuestos determinan la desestimación del recurso. En sentido similar, la **STS de 25 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 846/2013, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado, puesto que éste carecía del estudio comparado de la contradicción que requiere el artículo 222 LPL (aplicable en aquél concreto supuesto). El recurso se limita a afirmar que la sentencia recurrida y la de contraste parten de «unos hechos probados prácticamente análogos» pero ni se analizan comparativamente los hechos, ni los fundamentos, por lo que el recurso formulado debe decaer. Por su parte, la **STS de 9 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 814/2013, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al entender que éste adolecía de relevantes defectos formales. El TS considera que no debió admitirse a trámite el recurso ya que ni existía contradicción, ni se citaban los preceptos legales infringidos o la razón por la que el recurrente entendía existente tal infracción, ni porqué debía imperar otra interpretación. En relación con ello, reitera que la exigencia de alegar de forma clara la concreta infracción legal no se cumple con indicar los preceptos aplicables, sino que es requisito ineludible razonar expresa y claramente sobre la pertinencia de la interpretación que postula el recurso.

B) Falta de contenido casacional

La **STS de 29 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 773/2013, pone de manifiesto que carecen de contenido casacional los recursos interpuestos contra sentencias que sean coincidentes con la doctrina del TS, a pesar de que se haya alegado contradicción con la sentencia dictada por otro TSJ. En cualquier caso, el TS concluye que tampoco existía la contradicción alegada entre ambos pronunciamientos.

C) Falta de contradicción. Sentencias procesales

La **STS de 22 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 906/2013, establece que, a los efectos de contradicción en sede del recurso de casación para la unificación de doctrina, no son válidas las denominadas «sentencias procesales», es decir, aquellas que no entran en el fondo del asunto y se limitan a anular las actuaciones con su devolución al órgano de procedencia. Y ello es así, puesto que el contraste debe tener lugar entre las partes dispositivas de las sentencias y no por la diferente fundamentación jurídica.

D) Cuestión nueva

La **STS de 17 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 781/2013, reitera que en el recurso de casación para la unificación de doctrina, no pueden alegarse hechos o cuestiones nuevas que no hubieran formado parte del debate en el recurso de suplicación. Esta circunstancia determina la inadmisión del recurso.

8. RECURSO DE REVISIÓN. DOCUMENTOS NUEVOS

La naturaleza del recurso de revisión es extraordinaria y excepcional, y así lo reitera la **STS de 31 de mayo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 875/2013. En el supuesto de autos el recurrente alegaba que la sentencia recurrida se había dictado en virtud de hechos falsos y como consecuencia de una maquinación fraudulenta, y fundamentaba tal argumentación en que tales hechos no se declararon probados en una sentencia penal posterior. El TS afirma que una sentencia del orden penal posterior a la recurrida no puede servir para revisar ni condicionar las apreciaciones que el juez de lo social realizó sobre la prueba testifical. No habiendo sido declarado falso ningún documento ni existiendo condena por falso testimonio, el recurso de revisión se desestima. En el mismo sentido, la **STS de 4 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 874/2013, reitera que el hecho de que el nuevo documento, en base al cual se pretende la revisión, sea posterior a la sentencia impugnada es por sí mismo un impedimento para que prospere el recurso de revisión.

9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA**A) Conflicto colectivo. Requisitos para la ejecución directa**

La **STS de 18 de junio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 855/2013, se dictó en un procedimiento de conflicto colectivo en relación con la regularización de un complemento por desplaza-

miento. La empresa fue condenada a abonar a los trabajadores afectados por el conflicto las diferencias existentes. El recurrente consideraba que la sentencia no cumplía con los requisitos del artículo 160.3 LRJS para ser directamente ejecutable, puesto que no concretó la cuantía trabajador a trabajador. El TS considera que la sentencia es correcta, ya que no se limitaba a declarar la procedencia de la regularización salarial sino que hacía referencia a los concretos trabajadores y a la cuantía «abstracta» de la diferencia a retribuir. El TS concluye que es la empresa quien tiene documentada y exacta constancia de los importes que abonó y, en consecuencia, puede proceder al recalcularlos. El TS considera que exigir a la sentencia una mayor concreción vaciaría de contenido la actual regulación procesal (artículo 247 LRJS), en la que es la empresa la que debe proceder a la cuantificación individualizada.

B) Imposibilidad de modificar los términos del fallo

La **STSJ de Castilla y León de 10 de julio de 2013**, IL J 896/2013, desestima el recurso de suplicación interpuesto en un incidente de ejecución por considerar que se pretendía la alteración del fallo a ejecutar. En aquel supuesto, se había reconocido a la actora una incapacidad permanente total, y el INSS y la TGSS alegaron que no cabía ejecución puesto que ya habían dado cumplimiento a la condena mediante la compensación de prestaciones. El TSJ considera que ello no es posible, ya que la compensación no constaba en el fallo de la sentencia dictada y que, por lo tanto, debía abonarse la prestación señalada sin perjuicio de que el SPEE solicitase la devolución de la prestación de desempleo en el periodo en el que existiera solapamiento de ambas prestaciones.

C) Intereses procesales

La **STS de 4 de julio de 2013**, Sala Cuarta, IL J 926/2013, analiza la indebida aplicación de intereses procesales (derivados del artículo 576 de la LEC) desde la fecha en que se dictó la sentencia. En aquel proceso, en el que se discutía sobre la movilización o rescate de un plan de previsión social, el TS considera que no proceden los intereses procesales desde la fecha de la sentencia, puesto que ésta no contenía una condena al pago de una cantidad líquida, sino una condena alternativa (la movilización –obligación de hacer, no de dar–, o bien el rescate). A pesar de que el actor optase por el rescate, esta opción se produjo en fecha posterior a la sentencia, y por ello no proceden los intereses desde que ésta se dictó.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
RAÚL BOO VICENTE
ANA NAVASCUÉS SARRATEA
MARÍA ÁNGELA ÁLVAREZ VÁZQUEZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO.
 - A) **Competencia de la jurisdicción social.**
 - B) **Accidente relacionado con la circulación de vehículos de motor y contrato de seguro.**
 - C) **Exoneración de responsabilidad por imprudencia temeraria del trabajador.**
 - D) **Responsabilidad solidaria. Efectos de la actuación procesal de uno de los condenados.**
 - E) **Responsabilidad empresarial por exposición al amianto.**
 2. RECARGO DE PRESTACIONES.
 - A) **Daño sufrido a consecuencia de un atraco en un salón recreativo de máquinas de juego.**
 - B) **Lesión de gerocultora.**
 - C) **Responsabilidad patrimonial del INSS por la pérdida del derecho a percibir el recargo de prestaciones.**
 3. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.
 4. RECONOCIMIENTO MÉDICO OBLIGATORIO.
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en la *Revista de Información Laboral* (edición digital), números 7 (julio de 2013) y 8 (agosto de 2013).

1. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO
 - A) **Competencia de la jurisdicción social**

La STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 28 de febrero de 2013, IL 734/2013, aborda la cuestión competencial planteada por una compañía de seguros, en

relación con una reclamación de daños y perjuicios promovida por los herederos del trabajador fallecido en accidente de trabajo, en la que resulta declarada responsable directa del abono de una suma de dinero. La compañía de Seguros entiende que la competencia es de la jurisdicción civil y no de la social. El Tribunal entiende, sin embargo, que es competente para conocer de dicha reclamación, a la vista de la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de diciembre de 2011. En ella se recuerda que la responsabilidad extracontractual del tercero se inserta en el campo del derecho laboral y, por tanto, en la rama social del Derecho (artículo 1 LPL), aunque no exista vinculación contractual entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo».

En la actualidad, se trata de un asunto zanjado por la vigente Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción social, ya que en su artículo 2.b) se atribuye competencia a la jurisdicción social respecto de *«las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente»*. Dicho precepto no resultaba de aplicación en el supuesto enjuiciado por porque la demanda fue presentada antes de la entrada en vigor de la nueva normativa procesal.

Otro caso competencial es planteado en la **STSJ de Castilla y León de 6 de junio de 2013, ILJ 902/2013**, en la que el objeto de controversia es una reclamación frente a la Mutua por una deficiente asistencia sanitaria prestada y por una potencial falta de medidas a adoptar como servicio de prevención. Ante la falta de competencia declarada por el Juzgado de lo Social, recurre en suplicación el trabajador invocando el referido artículo 2, b) de la Ley de Jurisdicción Social. El Tribunal estima en parte su recurso, confirmando la incompetencia del orden social en lo que respecta a la primera reclamación planteada, pero declara la competencia para conocer de la segunda, si bien no con base en el invocado artículo 2, b) LJS, sino de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 LPL, por razones temporales, ya que cuando se interpuso la demanda que dio origen a las actuaciones todavía no había entrado en vigor la actual normativa procesal.

B) Accidente relacionado con la circulación de vehículos de motor y contrato de seguro

En la citada STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 28 de febrero de 2013, IL 734/2013, se analiza una segunda cuestión que tiene que ver con la responsabilidad directa de la Aseguradora como empresa aseguradora de la empresa principal, en el accidente acaecido cuando el trabajador, al atravesar la vía férrea por un paso a nivel sin barrera con una máquina retroexcavadora, fue arrollado por el tren, que le causó la muerte.

La Aseguradora aduce que se trata de un accidente derivado de hechos relacionados con la circulación de vehículos de motor, porque el fallecimiento del trabajador ocurre cuando el trabajador se hallaba conduciendo una máquina retroexcavadora. Una contingencia que sería susceptible de cobertura por el seguro de automóviles, pero no por el seguro suscrito por la empresa, al hallarse expresamente excluido de la póliza de seguro.

El Tribunal rechaza tal argumento por cuanto considera que en la póliza se incluyó como riesgo asegurado, la actuación del personal de la empresa en el desempeño de su trabajo al servicio de la misma y dentro de la obra indicada, así como la utilización de maquinaria necesaria para el proceso de la empresa, tanto dentro como fuera de las obras, siempre que la misma sea destinada a la actividad reflejada en las Condiciones Particulares, por lo concluye que el acontecimiento en el que se produjo la muerte del trabajador aparece cubierto por la póliza de seguro de empresa.

C) Exoneración de responsabilidad por imprudencia temeraria del trabajador

Continuando con **la citada STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 28 de febrero de 2013, IL 734/2013**, se cuestiona también el que la empresa haya incurrido en responsabilidad alguna con base en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, puesto que la parte recurrente entiende que se está ante una conducta calificable como imprudencia temeraria que excluye la consideración de accidente de trabajo al que produjo la muerte del trabajador

En su razonamiento, la citada decisión trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo acerca del alcance de la responsabilidad civil del empresario, exponiendo la necesidad de que para enervar su responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda la diligencia exigible, previendo incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, lo que impone una clara elevación de la diligencia exigible. Y, por otra parte, recuerda que el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiera producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario, indicando que al empresario corresponde, en todo caso, acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración.

Entrando en el examen del supuesto enjuiciado, la Sala estima que el trabajador cometió una imprudencia temeraria al asumir un riesgo manifiesto, patente e innecesario y grave al cruzar la vía del tren en el paso a nivel con absoluto desprecio de las señales de todo tipo, luminosas y acústicas, que indicaban la proximidad del tren, teniendo en cuenta, además, que el conductor del tren efectuó señales acústicas para advertir de su cercanía, que el tren era fácilmente visible, al tratarse de un tramo llano y recto, sin obstáculo alguno, y que, además, la obra se desarrollaba en un lateral de las vías del tren, sin que fuera preciso el cruce de la misma, por lo que, en suma, excluye la responsabilidad civil de la empresa.

D) Responsabilidad solidaria. Efectos de la actuación procesal de uno de los condenados

En el caso anterior, siendo único recurrente la Compañía aseguradora, y una vez estimado el recurso formulado por la Aseguradora, se suscita el problema de los efectos de la sentencia para los otros condenados al pago solidario de la indemnización. La Sala de lo Social, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2008 de que «los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados, alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta», entiende que la absolución a la entidad recurrente afecta con igual extensión a las empresas que con ella fueron condenadas solidariamente, aun cuando no hubieran formulado recurso, por lo que absuelve a todas.

E) Responsabilidad empresarial por exposición al amianto

La STS de 19 de abril de 2013, ILJ 780/2013, analiza la posible relación de causalidad de las infracciones cometidas por la empresa con la enfermedad de Asbestosis pleuro pulmonar que padece el trabajador, motivo por el cual fue declarado en situación de incapacidad permanente en el grado de total cualificada. En el recurso de casación la empresa plantea que los incumplimientos en virtud de los cuales se le ha condenado a pagar una indemnización al trabajador son anteriores al periodo a aquel en que se tuvo conocimiento de la enfermedad controvertida y de las técnicas adecuadas para su eficaz prevención y que, por tanto, no hay actuación culpable. La Sala de lo Social del Alto tribunal sostiene, por el contrario, que hubo un actuar culposo de la empresa con la consiguiente responsabilidad adicional en la reparación del daño, toda vez que consta acreditado que se produjeron incumplimientos en relación con: a) la limpieza del pavimento por escoba con permanencia en suspensión en el ambiente de las fibras de amianto, b) la manipulación de los sacos de amianto, c) la falta de cierre hermético de las bocas de carga de los molinos, y d) la falta de reconocimientos médicos. Y en vista de que la empresa no combate ninguno de los referidos hechos constitutivos de infracción para excluir su relación de causalidad con la enfermedad del trabajador, el Tribunal termina desestimando el recurso.

En la misma línea, la STS de 5 de junio de 2013, ILJ 936/2013 desestima el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia que confirma la condena de indemnización de daños y perjuicios impuesta a la misma por el Juzgado de lo Social. En este caso, se trata de un trabajador, fallecido en 1984 por insuficiencia respiratoria aguda y neuropatía grave, tras haber prestado servicios por cuenta de la empresa hoy llamada Uralita, SA desde 1958 hasta 1980. Alega básicamente la empresa la ausencia de norma específica que regulara el riesgo derivado del trabajo con amianto hasta finales de 1982. Sin embargo, el Tribunal Supremo le recuerda que la empresa no estaba exenta de la obligación de protección de sus trabajadores y que según los informes del Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el trabajo de los años 1974, 1977, 1979, se advierte la existencia de concentraciones de fibra de amianto que superaban los niveles recomendados en la época, así como la inexistencia o insuficiencia de sistemas de ventilación y la falta de constancia de reconocimientos médicos específicos y completos. De manera que no se adoptaron por la empresa todas las esenciales medidas exigibles y necesarias en la correspondiente época para prevenir o evitar el riesgo, resultando indubitado que el fallecimiento del trabajador lo fue por enfermedad profesional por exposición al amianto».

2. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Daño sufrido a consecuencia de un atraco en un salón recreativo de máquinas de juego

La STS de 12 de junio de 2013, ILJ 934/2013, versa sobre la reclamación de recargo por falta de medidas de seguridad planteada por una trabajadora, auxiliar de caja empleada en un salón recreativo de máquinas de juego y azar que, tras sufrir el atraco por cuatro individuos que portaban grandes cuchillos, le quedó un stress postraumático que motivó el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta más un recargo del 30 por 100 de las prestaciones con cargo a la empresa. El Tribunal Supremo aplicando la doctrina sentada

sobre la materia en sus sentencias de 12 de julio de 2007 y 26 de mayo de 2009, desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida que reconoció el recargo. Y ello por un doble motivo: por un lado, porque la trabajadora no fue informada correctamente de los riesgos del puestos de trabajo y por falta de evaluación de riesgos y de adopción de las medidas de prevención de riesgos; y por otro lado, por la concurrencia de la causalidad indirecta ya que el daño sufrido por la trabajadora guarda relación de causalidad con el trabajo.

B) Lesión de gerocultora

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2013, ILJ 899/2013** se analiza el recurso interpuesto por la empresa (una residencia de ancianos) contra la sentencia que estima la reclamación de recargo presentada por una trabajadora con categoría de gerocultora que se accidentó por sobreesfuerzo cuando al levantar a una anciana residente para cambiarle los pañales, le fallaron las piernas, y para evitar que se desplomara, la trabajadora hizo un sobreesfuerzo, sintiendo un dolor agudo en la espalda, lo que le produjo una grave lesión, siendo declarada en situación de incapacidad permanente total. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia revoca el fallo de instancia que había reconocido el recargo en un 30 por 100, absolviendo a la empresa de los pedimentos de la demanda, pues, tomando en consideración las circunstancias concurrentes del caso, –tres trabajadores en el momento del suceso en el baño de la residencia, e imposibilidad de que hubiera lugar a otras medidas de seguridad–, llega a la conclusión de que no concurre un nexo claro y directo entre un posible incumplimiento de la empresa y el accidente.

C) Responsabilidad patrimonial del INSS por la pérdida del derecho a percibir el recargo de prestaciones

En la **SAN (Sala de lo Contencioso) de 24 de julio de 2013** se plantea una curiosa reclamación de responsabilidad patrimonial ante el INSS por la pérdida del derecho del trabajador a percibir un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. La Inspección de Trabajo hizo la correspondiente petición a la Dirección Provincial del INSS tendente a reconocer el recargo del 50 por 100 de todas las prestaciones económicas que se satisficieran como consecuencia del accidente de trabajo, pero el INSS no inició procedimiento alguno. Cuando 8 años más tarde el interesado presenta su solicitud, resulta denegada, al haber prescrito tal derecho, lo que fue confirmado en vía judicial, quedando privado el trabajador de la percepción de dicho recargo. La Audiencia aprecia la existencia de una inactividad de la Administración al no atender a la petición del Inspector de Trabajo y reconoce la pretensión de indemnización del trabajador, si bien reducido a la mitad, al apreciar concurrencia de culpas en la producción del daño por no haber instado el interesado el inicio del procedimiento antes del transcurso del plazo de prescripción, fijando en un 50 por 100 la responsabilidad de cada uno.

3. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

La actuación que está en el origen de la **STS de 24 de junio de 2013, ILJ 849/2013**, es, una vez más, la decisión de la entidad gestora INSS de denegar la prestación de riesgos

durante la lactancia a una enfermera que prestaba sus servicios en turnos de mañana tarde y noche: La prestación, si bien se reconoció en instancia, fue posteriormente denegada en sentencia dictada en suplicación y contra la misma se interpuso el recurso de casación de unificación de doctrina, que resuelve esta sentencia.

La Sala desestima la pretensión de la trabajadora con base fundamentalmente en la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural. En dicha sentencia la Sala trae a colación una doctrina jurisprudencial fijada al respecto en las SSTS 17 de marzo de 2011, 18 de marzo de 2011, 3 de mayo de 2011, 21 de septiembre de 2011, 22 de noviembre de 2011, 23 de enero de 2012, 25 de enero de 2012, 1 de octubre de 2012, y 21 de marzo de 2011, y, en concreto, por lo que hace referencia a la circunstancia del trabajo a turnos, en la STS de 24 de abril de 2012, donde se declara que «tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero (...) siempre y cuando la incompatibilidad de la toma directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche», circunstancia que se deba en el caso de los tripulantes de cabina de aviones, ya que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como conservación, y que no se aprecia en el presente caso.

4. RECONOCIMIENTO MÉDICO OBLIGATORIO

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Extremadura examina en la Sentencia de 5 de febrero de 2013, ILJ703/2013, el supuesto de un vigilante de seguridad que es despedido por negarse reiteradamente a someterse a un reconocimiento médico exigido por la empresa ante los servicios médicos de un servicio de prevención externo contratado. El trabajador debía vigilar en solitario las instalaciones de unas obras, en un lugar deshabitado y a horas nocturnas. Por otra parte, constituía una exigencia del dueño de la obra donde debía prestar servicios el trabajador el haber pasado el oportuno reconocimiento médico. No obstante, consta que el trabajador había presentado un informe del médico de cabecera en el que se declaraba que no estaba afecto de enfermedad infectocontagiosa, ni mental y que estaba capacitado para hacer su trabajo de vigilante.

El debate se centra sobre el carácter obligatorio o no del reconocimiento médico exigido por la empresa. Invoca el trabajador el carácter voluntario de los reconocimientos médicos establecido como regla general en el artículo 22 LPRL y su derecho a la intimidad que impone a los terceros el deber de abstención de intromisiones. La Sala no atiende, sin embargo, la argumentación del recurrente por cuanto considera que en el supuesto examinado el requerimiento de reconocimiento médico efectuado al trabajador constituye un supuesto de excepción a la voluntariedad que preceptúa el artículo 22, pues, además de cubrir los requisitos exigidos por el referido artículo, lo demandaba la empresa dueña de la obra. En consecuencia, considera injustificada la negativa del trabajador a pasar por el oportuno reconocimiento médico.

Las razones de la obligatoriedad son aportadas por el Tribunal al analizar, desde la perspectiva del artículo 54.2.b) ET, la legitimidad de la orden dada, la justificación de la misma y la gravedad del incumplimiento desde el punto de vista sancionador. Allí se pone

de manifiesto que la justificación de la medida viene dada, aparte de por las condiciones del trabajo (de noche y en solitario), por la circunstancia de que la empresa tenía sospechas, a través del cónyuge del trabajador, de que padecía sordera de un oído. Y se sirve de la STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 2008, para sostener que, ante la sospecha de un defecto de audición, la empresa tenía derecho a comprobar el grado de deterioro acústico a través del oportuno reconocimiento médico, por imperativo del artículo 22.1 y por aplicación del artículo 25.1 LPRL.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNÁIZ
BEATRÍZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO

Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)



Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes

L. A. TRIGUERO MARTÍNEZ

Editorial Comares, Granada, 2012

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

Profesor/Doctor. Departamento de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada)

De reciente publicación en la editorial Comares (mediados de 2012) sale a luz una obra necesaria en la medida en que ofrece un tratamiento totalizador y exhaustivo, a la vez que actualizado, de la compleja problemática suscitada por los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes. La peculiar aplicación de estos derechos se ha venido traduciendo en una disociación casi constante entre las fórmulas jurídicas de su reconocimiento y la realidad jurídica.

La perspectiva de análisis ante una situación tan compleja ha venido definida por una estrategia multidisciplinar. Aunque la perspectiva jurídica es la predominante, a través de diversas disciplinas como el Derecho Internacional, la Filosofía del Derecho, el Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional o el propio Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, otros ámbitos de conocimiento también han sido objeto de consi-

deración por parte del autor (la Ciencia Política, la Economía, la Demografía, la Sociología o la Antropología).

A la hora de identificar la situación y los derechos de los inmigrantes se erige como una cuestión central la identificación de sus derechos sociales: la persona inmigrante extranjera que toma la decisión de trasladarse a nuestro país viene con la finalidad de encontrar un trabajo para optar así a la consecución de un mejor nivel de vida que aquel que dejó en su lugar de origen. Esta persona, como tal, ha de ser acreedora de un conjunto de derechos fundamentales a los que quedan asociados una serie de valores consustanciales a los mismos. Entre ellos es el caso de la dignidad, la igualdad, la libertad o la solidaridad. Desde esta perspectiva los derechos sociales en la medida en que son parte de los derechos humanos fundamentales plantean el objetivo de la corrección de situaciones de desigualdad material. La obra se ciñe, acotando un espacio temporal claramente definido, al periodo que sucede a la consolidación del periodo democrático en España. Anteriormente, y de forma pertinaz, España había sido un país de emigración durante buena parte del siglo XX. Es a finales de este siglo cuando la tendencia se invierte, produciéndose la llegada creciente de trabajadores de otros países. Se da lugar así a la aparición de la primera Ley Orgánica reguladora del fenómeno de la inmigración (LO 7/1985) al tiempo que la inmigración y la extranjería pasan a formar parte del debate político, social, jurídico y económico. Este debate se ha mantenido vivo en los tiempos posteriores. A continuación la Ley Orgánica 4/2000 pronto dejó de manifiesto la necesidad de adaptación de la realidad social al conjunto de profundos cambios sociales y económicos que se habían sucedido a lo largo de los últimos años. Se han de destacar, a los efectos reseñados, las reformas imperativas ordenadas por la doctrina constitucional (SSTC

236 y 259/2007) reconociéndose la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga para todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, el derecho de educación básica y gratuita a todos los extranjeros hasta los 18 años así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita. En la forma apuntada se producen diferentes modificaciones legislativas, entre las que es de destacar la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre. Esta nueva norma vino a recoger un amplio elenco de novedades con el que se pretendía lograr un marco jurídico estable sobre inmigración, que garantice el respeto a los derechos y sea impulsor de una sociedad plural como la española. La nueva regulación legislativa ha buscado una reforma estructural y más estable de la «cuestión social» de la inmigración, haciéndose eco de la pretensión implícita planteada de pasar de una «ley de extranjería a una ley de inmigración». Sin embargo junto al fomento de las oportunidades de integración de los inmigrantes –planteada como eje principal de la política de inmigración– también se incorpora un incremento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones. Aparecen así novedades al amparo del objetivo de la consecución de una inmigración ordenada, legal y vinculada a las necesidades del mercado de trabajo. Sin embargo, la situación de involución normativa que se produce tanto a nivel de la Unión Europea como nacional acaba condicionando un contexto regresivo en lo que se refiere a los derechos sociales de los trabajadores inmigrantes. Es referente al respecto la supresión en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 del Fondo de Integración de las Personas Inmigrantes; la reforma introducida por el Real Decreto Ley 16/2012 de 20 de abril o la aprobación de la Directiva de Permiso Único de Residencia y Trabajo.

En cuanto a la estructura de la obra es de reseñar una primera parte de la misma donde se han planteado y analizado los derechos sociales y la ciudadanía social desde una óptica general, pero sin dejar de lado la perspectiva particular del inmigrante.

En la parte segunda se lleva a cabo un análisis de la teoría general de los derechos sociales de una parte, y de forma referente, desde el marco del Derecho Social del Trabajo mientras que de otra,

desde la perspectiva del Derecho Constitucional y desde la Filosofía del Derecho. Se analizan de forma particular los derechos sociales fundamentales de los inmigrantes en términos de reconocimiento, inclusión y ciudadanía. Se apela a aquellos que alcanzan un reconocimiento a nivel universal y a aquellos que han sido acogidos por los Estados en sus respectivas normas fundamentales y en su normativa interna. Se afronta asimismo un estudio que incorpora la construcción histórica, prolongada hasta la situación actual, de la política sociojurídica de inmigración extranjera, tanto en el ámbito comunitario como en el nacional. Se ofrece, en último término, una glosa que incorpora los rasgos caracterizadores del modelo vigente, atendiendo a la realidad del Estado social autonómico y las propuestas de cambio normativo que se avecinan.

En la parte tercera, se contempla el modelo de reconocimiento, ejercicio y garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales desde la perspectiva referente de la Constitución Española. En este punto alcanza un especial relieve el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional destacándose la comunicabilidad e interdependencia existente entre todos los derechos y atendándose a la prevalencia del carácter de libertad o de prestación que pueda acoger cada uno de ellos. En la concreción de cada uno de estos derechos se atiende a su configuración constitucional, a su definición y alcance legal a la vista no solo de la evolución experimentada, sino también teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por su particular incidencia se analiza el derecho a trabajar y el derecho al trabajo de las personas extranjeras así como la relación de este derecho con la política jurídica de acceso al empleo y la igualdad en las condiciones de trabajo. Se ha abordado asimismo, por su particular relevancia, el derecho a la tutela judicial efectiva cuya trascendencia se desprende no solo de su carácter de derecho fundamental, sino también por constituirse en garantía del conjunto de los restantes derechos e intereses legítimos del inmigrante.

Se ha destacar que el estudio llevado a cabo no se limita a una mera exposición descriptiva y sistemática, sino que en forma añadida incorpora un enfoque reflexivo y crítico tanto respecto del marco normativo vigente como de la interpretación dada por la doctrina jurídica. Se afronta de

este modo un análisis de los derechos fundamentales integrados desde una perspectiva histórica, intentando avanzar en la detección de insuficiencias y disfuncionalidades en el actual modelo de regulación, realizando al efecto las oportunas propuestas de *lege ferenda*.

Estamos en definitiva, ante un trabajo de especial valor añadido, constituyendo el objeto de su análisis una parcela relevante del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Se constata, como afirma el autor, de un derecho regulador de la inmigración y de la extranjería en España que ha alcanzado una consolidación transversal con el paso de los años, ofreciendo una perspectiva clave para el análisis de la inmigración extranjera en nuestro país. Lo expuesto sitúa a esta obra en un lugar de referencia no ya sólo para el conjunto de profesionales y estudiosos del ámbito académico de la materia, sino para el lector inquieto interesado en el tratamiento jurídico legal de la inmigración en España como materia de permanente actualidad.



El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ (Dir.)

CAROLINA SERRANO FALCÓN (Coord.)

Comares, Granada, 2012, 1277 páginas

MANUELA DURÁN BERNARDINO

*Becaria de Investigación FPU del MEC
Departamento de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Granada*

Es una satisfacción poder recensionar este *Comentario del Estatuto de los Trabajado-*

res, publicado en 2012 dentro de la Colección «Comentarios a la legislación social» de la editorial Comares.

Dirigida por José Luis MONEREO PÉREZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada y coordinado por Carolina SERRANO FALCÓN, profesora de la misma disciplina, la obra titulada «El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», destaca entre los prestigiosos comentarios ya existentes por su nuevo enfoque, en el que se estudia desde un planteamiento técnico-jurídico y práctico los problemas que suscita la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, incorporando una referencia a las elaboraciones jurisprudenciales respecto a cada uno de los artículos y materias que analiza.

El estudio técnico-jurídico y jurídico-práctico de esta obra lo realiza un grupo de investigadores especialistas de reconocido prestigio en el mundo del Derecho, formado por Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de distintas Universidades del territorio español, que comentan de forma reflexiva y analítica cada uno de los preceptos que integran nuestro Estatuto de los Trabajadores, atendiendo de forma específica a la concordancia normativa tanto interna como externa al Estatuto de los Trabajadores.

Treinta y dos años después de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores del año 1995, los autores de esta novedosa obra revisan su contenido para adaptarlo a las continuas reformas que desde los años noventa hasta nuestros días han venido modificando con carácter flexibilizador gran parte de sus preceptos, recogándose todas ellas en el comentario al que se le da publicidad. Entre ella, cabe destacar: Ley 63/1997, de 26 de diciembre de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida; Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social;

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; Ley 33/2002, de 25 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, Ley 62/2003, de 39 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo; Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres; Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario la Ley 40/2007, de 20 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. Merecen una mención especial, por su reciente modificación y por su trascendencia imperante, dos reformas de destacada importancia:

La primera, relativa a la relación individual de trabajo. Motivado por la crisis financiera y económica de carácter internacional, el Gobierno inicia la reforma del mercado laboral español a través del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y posteriormente, con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Por la intensa destrucción de empleo del momento, abordan cuestiones relativas al fomento del empleo, el reciente Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, así como el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las perso-

nas que agoten su protección por desempleo. No obstante, como bien se aprecia en el comentario, pese a los numerosos e intensos cambios introducidos, aún no se ha producido una reforma estructural de nuestro sistema jurídico-laboral.

La segunda, centrada en la Negociación Colectiva. Con la intención de atender a las disfunciones que impiden su plena eficiencia y adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo, se aprueba el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, tratándose de la primera gran reforma del sistema de negociación colectiva desde su regulación inicial a principios de los años ochenta.

Además, este comentario recoge las reformas que han afectado al Estatuto de los Trabajadores, bien sea de forma directa o indirecta, refiriéndose de forma destacada a la muy reciente Ley 36/2011 de 11 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social, o la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.

Estas transformaciones ponen de relieve la flexibilidad y relatividad de los conceptos jurídicos históricamente determinados, así como la complejidad de esta norma laboral, que obliga a plantear distintas interpretaciones y numerosos problemas aplicativos para el jurista práctico, haciéndose imprescindible una actividad de interpretación intensa y precisa. Con esta finalidad, este Comentario contribuye decididamente a clarificar el sentido jurídico-positivo de la ordenación normativa, siguiendo muy de cerca, en todo momento, la práctica profusa de la doctrina judicial.

En definitiva, nos encontramos con una obra colectiva realmente novedosa en cuanto a razonamientos técnico-jurídicos y prácticos de candente actualidad en el contexto laboral en el que hoy día nos encontramos, logrando con notable éxito examinar las numerosas reformas que han incidido sustancialmente en el articulado del Estatuto de los trabajadores, así como prestando especial atención a la función práctica de la doctrina jurídica, desde un enfoque riguroso, crítico y planteando en cada uno de sus preceptos profundas reflexiones, donde los autores han sabido aunar sus experiencias como juristas especialistas en esta compleja y cambiante materia. Por tanto, la obra que se ofrece al lector contiene

una visión totalizadora y exhaustiva de los aspectos a considerar en materia jurídico-laboral, que destaca por su claridad expositiva y su carácter riguroso y de orientación jurídico-práctica, que convierten a este comentario del Estatuto de los Trabajadores en una obra de referencia en la materia, máxime cuando se trata de uno de los temas más debatidos en los últimos años y especialmente en la actualidad.

Este tratamiento será sin duda de gran utilidad para todos los juristas y alumnos de los distintos ciclos académicos y de los diversos títulos de Grado, Máster Universitarios y programas de Doctorado, así como para todos aquellos profesionales motivados por el estudio del Derecho del Trabajo. A todos sus destinatarios les permitirá una comprensión global y especializada del desenvolvimiento vital de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, insertada en una disciplina conocida por todos, el Derecho del Trabajo, hoy más que nunca derecho vivo, apegado a la realidad social en la que opera.



El socialismo evolucionista

EDUARD BERNSTEIN

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ (Dir.)

Editorial Comares, Granada, 2011, 137 páginas

MANUELA DURÁN BERNARDINO

*Becaria de Investigación FPU del Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

En la Colección Crítica del Derecho, en su sección Arte del Derecho, dirigida por José Luis MONEREO PÉREZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, se encuentra incluida una

obra clásica del ámbito jurídico-social de carácter fundamental en sus planteamientos, estudio y contenidos, titulada «El Socialismo Evolucionista» de Eduard BERNSTEIN, padre del revisionismo y fundador de la socialdemocracia. Se trata de la versión castellana de E. DÍAZ-RETG, cuya revisión técnica, edición y estudio preliminar ha estado al cuidado del director de esta obra. La lectura reflexiva y pausada de este título proporcionará al lector, ya iniciado o no en la investigación jurídico-social, un bagaje científico fundamental para el conocimiento y comprensión de los diferentes aspectos del socialismo socialdemócrata.

Como el lector podrá comprobar, la obra de la que se da noticia y se invita a su lectura reflexionada, es de máxima relevancia al tratarse de la reedición de una obra clásica en la materia, que sin duda, destaca por su visión totalizadora y analítica entre los trabajos publicados sobre la evolución y consagración del socialismo. Con ella se reafirma y consolida la reagrupación de un gran elenco de destacados libros de autores universales y clásicos de los más diversos ámbitos de la ciencia jurídica, social o filosófica, sobre los que el autor nos proporciona una visión revisionista, que no crítica.

En este sentido, todo jurista, economista o científico social que se aproxime al estudio sistemático y detallado de los pronunciamientos evolutivos del socialismo de BERNSTEIN, encontrará en esta obra un volumen de entidad, estructurado muy coherentemente en un estudio preliminar, tres capítulos, un bloque de conclusiones y una parte posterior, que refuerza su sentido, alcance y contextualización de conjunto.

La obra comienza con un Estudio Preliminar, muy completo en extensión e intensidad de tratamiento, donde el Profesor MONEREO PÉREZ, con una acreditada y reconocida experiencia profesional y un destacado prestigio científico-académico, contextualiza y analiza con gran profundidad los fundamentos doctrinales del socialismo reformista de BERNSTEIN. A tales efectos, describe el contexto histórico e ideológico en el que se enmarcan sus reflexiones críticas y autorreflexivas sobre los fundamentos y presupuestos reales del socialismo, tratándose de un continuador *crítico* del pensamiento clásico de Marx y de

Engels, defensor de que toda teoría social está sujeta a un revisionismo permanente dadas las tendencias evolutivas de la sociedad; resalta significativamente su carácter revisionista, enmarcado en el periodo que media entre 1889-1914, en un continuo debate sobre la cuestión de la reforma y la revolución, como mecanismos contrapuestos para implantar una sociedad socialista en sustitución del capitalismo político; estudia el fundamento de la política reformista de la socialdemocracia alemana y destaca la decisiva influencia que han tenido las distintas corrientes de pensamiento en aspectos fundamentales del pensamiento económico, social y político de BERNSTEIN, especialmente, el socialismo Fabiano, que apuesta por un socialismo democrático-reformista desde el sistema establecido; y por último, hace especial referencia a la presencia del marxismo revisionista de BERNSTEIN en el pensamiento socialista español. Aunque en España fue poco significativo su arraigo a nivel político, sindical y cultural, lo cierto es que sus ideas inspiraban la acción política reformista. Estas notas preliminares permiten al lector adentrarse en el estudio posterior de la obra con mayor conciencia y comprensión global.

Tras éste, y profundizando en las relevantes aportaciones de BERNSTEIN, se destaca su mensaje originario al Congreso de Stuttgart, exponiendo de forma breve y reflexiva el dominio político del proletariado, política y económicamente organizado.

En sí misma, la monografía que se reseña consta de tres capítulos, abordando cada uno de ellos aspectos fundamentales referentes al tema que nos ocupa. En el capítulo primero, titulado «Doctrinas fundamentales del socialismo marxista», Eduard BERNSTEIN expone de manera clara y concisa las proposiciones más importantes de la teoría marxista, consideradas esenciales de su socialismo. A tal fin, en las pocas páginas que lo componen, aunque de gran riqueza en cuanto a sus planteamientos, desarrolla tres epígrafes. En el primero de ellos, titulado «Los elementos científicos del marxismo», procede al examen pormenorizado de los elementos constantes y variables de caracterización de la doctrina marxista, distinguiendo entre el dominio de la ciencia pura y aplicada del socialismo marxista e identificando las partes principales de la ciencia pura marxista.

En el epígrafe B, «La necesidad histórica y la concepción materialista de la historia», se centra en el estudio del elemento más importante de la base del marxismo, la concepción materialista de la Historia, siendo su punto cardinal la economía política al ejercer influencias determinantes en las formas que ésta adopta. Y finalmente, en su epígrafe C, «La doctrina marxista de la lucha de clases y la evolución del capital», examina la teoría de las guerras de clase en general y la guerra de clases entre la burguesía y el proletariado en particular, así como la teoría del mayor valor o plusvalía, con el método de producción en una sociedad burguesa y la descripción de las tendencias del desarrollo de esta sociedad.

Entrando en materia más específica y concreta, el capítulo II, de mayor extensión, se dedica en exclusiva al desarrollo económico de la sociedad moderna. Para lo cual, estudia la significación de la teoría marxista del valor, la distribución de la riqueza en la comunidad moderna –destacando ejemplos ilustrativos de las acciones de propiedad en las empresas centralizadas–, las clases de empresas en la producción y distribución de la riqueza social –siendo tan presentes como necesarias las referencias a estadísticas generales relativas a las clases de empresas industriales más aventajadas en la economía moderna, para un mejor entendimiento de la agrupación y organización de las industrias textiles, comerciales o agrícolas, reflejo del desenvolvimiento social– y el estudio pormenorizado del curso de las crisis económicas peculiares de orden moderno de producción, así como las consecuencias y reacciones que haya que esperar de ellas en el futuro.

Concluye la obra con el capítulo III, relativo a la labor y las contingencias de la democracia social, donde BERNSTEIN examina magistralmente las condiciones políticas y económicas preliminares del socialismo, la capacidad económica de las asociaciones cooperativas –resaltando significativamente su sufrida experiencia en la que, en un principio, se le da prioridad a las cooperativas de producción frente a las de consumo o las puramente de producción, para finalmente apoyar a las sociedades cooperativas obreras de consumo–, la democracia como condición fundamental del socialismo –haciendo referencia a numerosas escuelas, estudia los principios de la democracia y los elementos principales de las

ideas del Socialismo—, cerrando el capítulo con una especial mención a los problemas más urgentes de la democracia social, condicionados por el desarrollo general, la naturaleza de otros partidos, factores ideológicos y objetivos, la disposición de medios y por su concepción del camino adecuado para la consecución de su finalidad.

Para mayor comprensión de estos tres capítulos, Eduard BERNSTEIN culmina su estudio con un aparato de conclusiones, titulado «Tendencias y fin último», donde sistemáticamente reflexiona sobre la gran influencia que ejerce la tradición sobre los juicios relativos a los hechos y a las ideas, donde lo importante es el movimiento de la sociedad, el cambio sin una revolución violenta en búsqueda de mejorar la condición del obrero; se cuestiona si realmente hemos alcanzado el grado de desarrollo de las fuerzas productivas necesario para la abolición de las clases, en una lucha entre el jornal y los beneficios productivos; resarciendo en todo momento la gran masa de inteligencia, sacrificio y de energía del movimiento de las modernas clases obreras en la lucha de la democracia social.

Concluye esta magistral obra con un prefacio de BERNSTEIN, donde nos acerca al socialismo en su sentido más global, a través de una conferencia pronunciada por él mismo el 28 de diciembre de 1918 en Berlín, envuelta en una campaña de instrucción sobre el cometido y las posibilidades de la república instaurada en Alemania en sus primeros y efervescentes días, lo que la convierte sin duda alguna en un documento histórico. Encontrándonos ante la revisión de su opúsculo, dividido ahora por capítulos para su mayor claridad y apreciación, integra su originario contenido, el estudio minucioso del origen y transformación del concepto del socialismo, el liberalismo como etapa previa del socialismo, el socialismo y de la ideología del movimiento obrero, haciendo especial referencia a los obstáculos en el camino hacia el socialismo, y finalizando con un planteamiento de carácter reflexivo sobre el porqué y cómo de la realización del socialismo.

Para concluir, destacar que nos encontramos con una obra monográfica presentada como referente clásico por sus profundas reflexiones críticas y constructivas, que logra con notable éxito plantear las cuestiones claves sobre el socialismo socialdemócrata, desde un enfoque riguroso, crí-

tico y analítico que caracteriza cada uno de sus capítulos. Sin duda, nos encontramos ante un excelente estudio integral y descriptivo del socialismo evolucionista y ético de Eduard BERNSTEIN, defensor de la transformación reformista de la sociedad capitalista para implantar el socialismo por vía democrática.

Con una excelente capacidad de reflexión, la obra ofrecida al lector, contiene una visión totalizadora y exhaustiva de los aspectos a considerar en esta materia, destacando su claridad expositiva y su carácter ejemplificador y analítico, lo que la convierte en una obra de referencia en la materia y de necesaria consulta para todo aquel investigador que tenga la intención de aproximarse a los planteamientos y teorías claves de la corriente del socialismo científico.



Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social

FERNANDO DE VICENTE PACHÉS

M.^a JOSÉ MATEU CARRUANA

Comares, Granada, 2012, 169 páginas

MANUELA DURÁN BERNARDINO

Becaria de Investigación FPU del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada

La prestigiosa colección de *Trabajo y Seguridad Social* de la editorial Comares, dirigida con éxito por José Luis MONEREO PÉREZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, nos ofrece la obra *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social* de la que son autores María José MATEU CARRUANA y

Fernando DE VICENTE PACHÉS. Ambos, Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social de la Universidad Jaime I de Castellón y expertos reconocidos en el estudio, desarrollo y aplicación de las políticas activas de empleo.

La inquietud investigadora de estos autores se vislumbra en el libro que se reseña, donde se analiza el papel que las empresas de economía social desempeñan en el mantenimiento y en la generación de empleo, así como la actuación favorable de las agencias privadas de colocación, en la creación de empleo en empresas de economía social. Todo ello, acompañado de amplias aportaciones teóricas y prácticas para buscar soluciones a una de las peores consecuencias de la actual crisis económica, como es el elevado número de personas en situación de desempleo.

A modo de planteamiento general de la totalidad de la obra se encuentra un interesante e ilustrador Prólogo, a cargo de Juan José BARRERA CERZAL, Ex Director General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y de la RSE, donde el lector interesado encuentra una magnífica introducción al conjunto del libro, en el que se resalta especialmente la relevancia de esta obra en un momento económico como el actual, caracterizado por una constante pérdida de empleo, que exige una continua colaboración y cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de colocación para la búsqueda y obtención de empleo y la creación de puestos de trabajo.

El libro se estructura en cuatro capítulos bien diferenciados. El capítulo I, «Introducción: fundamento de la constitución de agencias de colocación con la forma jurídica de empresa de economía social», se dedica al estudio, desde una perspectiva técnica, de la vertiente generadora de empleo de las empresas de Economía Social, considerada por los autores, la mejor forma jurídica para llevar a la práctica el objeto de las agencias de colocación. En este sentido, se expone los diferentes aspectos que justifican la consideración de las empresas de economía social como instrumento fundamental para la creación de empleo en España –recursos, estructuras, herramientas jurídicas existentes en sus asociaciones, su organización racional, etc.–; se analizan las diferentes novedades introducidas en materia de interme-

diación laboral y agencias de colocación, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, y, más recientemente, por el RD 3/2012, de 10 de febrero y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; para finalizar con un breve pero ilustrador recorrido histórico de las acciones de intermediación y colocación a nivel internacional y europeo, desde una perspectiva de derecho comparado.

El capítulo II «Intermediación laboral y agencias de colocación en España: precedentes institucionales y normativos de las agencias de colocación», se centra en las instituciones precedentes a las agencias de colocación, efectuando un examen cronológico y sistemático de cada una de ellas. Así, en primer lugar, se explican pormenorizadamente los Fondos de Promoción de Empleo, delimitando su marco conceptual y legal, describiendo su importante actuación intermediadora y de creación de empleo en los años 80 (reconocida por la propia Comunidad Europea), para seguidamente plantear la necesidad de recuperar su experiencia –que en un momento precedente se desaprovechó–, para dar vida así a las agencias de colocación. En segundo lugar, se analizan exhaustivamente las Agencias de Desarrollo Local, que nacieron en el año 1999 para tratar de reproducir, sin medios, el modelo teórico precedente, de las que se estudia su marco legal y conceptual, sus fines e instrumentos de gestión, para finalizar destacando su deficiente e inestable actuación. En tercer y último lugar, los autores se centran en las Empresas de Inserción, estudiando su régimen jurídico general, enmarcado en el análisis de diferentes conceptos básicos que las hacen singulares: su ámbito subjetivo, las personas trabajadoras en situación de exclusión social; su relación laboral con los trabajadores en exclusión, condiciones de trabajo; y su metodología de actuación, itinerario de inserción sociolaboral.

Las elevadas tasas de desempleo, exigen la unión de esfuerzos institucionales, gubernativos y sociales para alcanzar, el principal objetivo de hoy día, la creación de empleo. Con la finalidad

de contribuir a ello, en el capítulo III «Análisis del marco normativo y del modelo de intermediación laboral español donde pueden operar las entidades de economía social: Las agencias de colocación y su configuración», se parte del análisis riguroso del marco jurídico vigente en España en relación a la intermediación laboral y a las agencias de colocación, con especial mención a las reformas laborales más recientes y trascendentes en la materia (2010 y 2012), que propician un nuevo concepto, una ampliación funcional, y la incorporación de diferentes formas y requisitos de actuación. Continúa destacando el claro protagonismo que adquieren las agencias de colocación en la práctica, en un contexto en el que es fundamental impulsar seriamente las políticas activas de empleo. Culmina este extenso e interesante capítulo, colmado de numerosas y relevantes valoraciones y propuestas, a considerar, con una especial referencia a las empresas de recolocación y a la idoneidad de las entidades de economía social para constituirse como agencias de colocación y empresas de recolocación.

Cierra la presente obra el capítulo IV, denominado «Puesta en práctica-modelo de una agencia de colocación con forma jurídica de empresa de economía social», donde los autores nos ofrecen, con pretensión demostrativa, una exposición sistemática y ejemplificadora, de cómo sería la puesta en práctica de un modelo de agencia de colocación con forma jurídica de empresa de economía social. Con esta intención, se parte de la descripción e identificación del plan de empresa para las agencias de colocación –idea de negocio, servicio a comercializar, necesidades a satisfacer, ventajas competitivas, principales riesgos–; se define y analiza la estrategia empresarial– cuota de mercado (clientes y usuarios), factores políticos, económicos, sociales y tecnológicos que afectan al sector, la rentabilidad del sector y los competidores potenciales–; para, a continuación explicar de forma detallada y con numerosos esquemas ilustradores, la estructura organizativa de la agencia de colocación y su forma jurídico-fiscal; finalizando con una explicación de su funcionamiento, gestión y plan de marketing.

Con un absoluto dominio del entramado social y jurídico-laboral que envuelve la problemática

de las agencias de colocación en un escenario caracterizado por la precariedad laboral y la pérdida masiva de empleo, los Profesores Mateu Carruana y De Vicente Pachés, presentan un magnífico estudio con un conseguido carácter omnicompreensivo, con el que aportan nuevas y necesarias soluciones al problema del empleo bajo el prisma de la economía social y las agencias privadas de colocación. Se convierte así, esta innovadora y actual obra, en una necesaria y valiosa referencia para todos los agentes implicados, sociales, políticos y económicos, e interesados en la materia que se reseña.



Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.
Albacete, (Bomarzo), 2013

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

La obra que nos presenta la profesora Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de León, con el título *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, es un estudio perteneciente a la colección *BÁSICOS* de Derecho Social, núm. 72, de la Editorial Bomarzo.

El libro aborda con gran rigor y profundidad los permisos parentales que el ordenamiento jurídico español regula, tras las últimas reformas habidas. No solo estudia la legislación nacional (Ley 3/2012, Ley 12/2011, Ley 36/2011, entre otras), también analiza la directivas comunitarias (D 2010/18, D 2010/41, D 92/85, entre otras), así como los documentos internacionales (Convenio

núm. 103 OIT) y las sentencias dictadas por el Alto Tribunal, Tribunal Constitucional, Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados Sociales, así como las publicadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todo ello con la visión que la doctrina iuslaboralista señala al respecto. Por tanto, es una obra completa, que combina la legislación, jurisprudencia y doctrina para obtener las conclusiones que la autora llega en el último capítulo.

Dicho en otras palabras, la obra analiza los obstáculos que el binomio «trabajo y atención a la familia» ha tenido en estos últimos tiempos, como resultado de las grandes reformas que se han dado en los temas de la corresponsabilidad familiar y conciliación de la vida familiar, laboral y personal; en el que, lamentablemente, las exigencias de productividad empresarial priman frente a los derechos parentales, a consecuencia de la crisis económica que se vive actualmente.

No es la primera vez que la profesora Rodríguez Escanciano se adentra en este mundo de los permisos parentales, ya antes dio muestra de su maestría en esta materia, al obtener el accésit del IV Premio Aequitas 2005 por el estudio colectivo: Problemas de la integración laboral de la mujer. Por consecuencia la obra que se presenta es el fruto de la profunda investigación y de la acreditada experiencia de su autora en cuestiones relacionadas con la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

La obra se estructura en siete capítulos. El primero, plantea el camino de la discriminación por razón de género a la redistribución de tareas desde la óptica de la rentabilidad organizativa. En este sentido, señala los hitos legislativos fundamentales, tanto nacionales como comunitarias, que han sido clave en su desarrollo.

El segundo capítulo, estudia las licencias retribuidas vinculadas a circunstancias familiares o personales de las personas trabajadoras, que la legislación señala, a través de la figura de los permisos. La profesora Rodríguez Escanciano clasifica la tipología de dicha institución en dos. Por una parte, el permiso para urgencias familiares, que incluye los siguientes: a) Alumbramiento de hijo a término, accidente, enfermedad grave,

hospitalización, intervención quirúrgica o fallecimiento de parientes próximos, b) Nacimiento de hijo prematuro o que requiera hospitalización tras el parto, c) Lactancia de un hijo menor de nueve meses. Por otra, el permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

El tercer capítulo, titulado la (re)ordenación del tiempo de trabajo, analiza los supuestos que tienen relación con su título, como son la reducción de jornada por razones familiares, cuidado de hijos con cáncer u otra enfermedad grave, la atención del fenómeno de la doble jornada, y flexibilidad horaria.

El cuarto capítulo, tras realizar algunas previsiones, aborda los seis supuestos existentes para la suspensión del contrato de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar: a) Maternidad biológica, b) Extensión temporal, c) La madre como beneficiaria, d) Filiación no biológica, e) Paternidad, f) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

El quinto capítulo, titulado excedencia, analiza todos los casos que esta institución engloba en los siguientes supuestos: a) Voluntaria, b) Por cuidado de hijo, c) Para el cuidado de familiares. Lo relevante es que la excedencia hace posible, según la autora, «que los trabajadores (normalmente trabajadoras) puedan asumir sus responsabilidades parentales durante cierto período de tiempo sin que su decisión suponga la terminación de sus contratos de trabajo o su exclusión del mercado laboral».

En el sexto, aborda la protección jurídico laboral de la violencia de género al señalar y analizar los derechos jurídicos laborales que tienen aquellas mujeres víctimas de dicha lacra: a) Reducción y/o adaptación de la jornada, b) Novación modificativa del lugar de la prestación, c) Interrupción de la prestación laboral, d) Extinción del contrato de trabajo y nulidad del despido, e) Justificación de las faltas de asistencia o puntualidad.

Finalmente, el capítulo séptimo, en cuanto a la naturaleza jurídica, la profesora Rodríguez Escanciano responde a la siguiente pregunta ¿derechos del trabajador o sacrificios a la productividad empresarial? En este sentido, llega a varias respuestas interesantes. Por un lado, señala que es «insuficiente depositar toda la responsa-

bilidad sobre la conciliación de la vida laboral y familiar en el campo de las relaciones laborales».

Por otro, manifiesta que para alcanzar la conciliación es importante «evitar el conflicto entre las partes, generando los menores costes empresariales posibles, convirtiendo los objetivos de conciliación, equidad e igualdad de género en el mercado laboral en un factor de competitividad y excelencia que dinamice el empleo y la actividad empresarial».

Asimismo, propone establecer «prestaciones contributivas o asistenciales para aquellos permisos parentales que no están cubiertos por algún tipo de ayuda que atienda a la pérdida o disminución de las rentas salariales». De igual manera,

aconseja la «dotación de una red pública de cuidado de amplio espectro».

Finalmente, persiste en «asegurar la profesionalización de la asistencia doméstica y a personas de edad avanzada, diseñando los mecanismos sociales adecuado para las mujeres y los hombres que cuiden a familiares mayores enfermos o discapacitados».

Se trata, por consecuencia, de una obra de referencia a tener muy en cuenta en materia de permisos parentales, y cuya consulta resulta imprescindible para quien decida conocer de primera mano el peculiar régimen jurídico de la corresponsabilidad y conciliación de la vida laboral, familiar y personal tras las últimas reformas habidas.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista Justicia Laboral* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista Justicia Laboral* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *redac@lexnova.es*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espa-

cio y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.