

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 55

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

PRECONTRATOS DE TRABAJO, MENORES DE EDAD Y DEPORTE PROFESIONAL: ENTRE LAS DUDAS Y LAS INCERTIDUMBRES

La Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990, establece en su art. 3.1 que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». El art. 32.1 establece que: «Los Estados partes reconocen el derecho al niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpezca su educación, o que sea nocivo para la salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social».

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su art. 24.2 que: «En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial». Más en concreto y con expresa referencia al deporte, el Anexo IV. 13 de la Declaración relativa a las características específicas del deporte y a su función social en Europa, que deben tenerse en cuenta al aplicar las políticas comunes (Niza, 2000), vino a afirmar con rotundidad que: «El Consejo Europeo expresa su preocupación por las transacciones comerciales cuyo objeto son los deportistas menores de edad, incluidos los procedentes de terceros países, por cuanto no se ajustan a la legislación laboral en vigor o ponen en peligro la salud y el bienestar de los jóvenes deportistas. Hace un llamamiento a las organizaciones deportivas y a los Estados miembros para que investiguen tales prácticas, las vigilen y adopten, en su caso, medidas adecuadas».

La tutela del menor aparece refrendada en el derecho interno tanto por el art. 39.4 CE, como por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, aprobada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero que, en su art. 3, precisa que: «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social».

La tutela del «interés del menor» y su delicado equilibrio con los intereses económicos en un contexto tan mercantilizado como el deportivo plantea numerosos problemas. Con carácter general, el equilibrio entre la protección del menor y los derechos de los clubes se regula en la normativa federativa (FIFA y federaciones nacionales) para las categorías

de infantil, cadete y juvenil a través de un juego de capacidades de retención del club y posibilidades de desvinculación voluntaria del jugador: el principio general es que el menor puede cambiar de club al finalizar cada temporada, salvo que el club, en el año en que el jugador cambia de categoría, le dé la posibilidad de que siga jugando en un equipo superior, en cuyo caso puede retenerlo al menos un año. No obstante, la circunstancia de que el menor no pueda ser obligado a ingresar en una asociación o a permanecer en ella contra su voluntad modula las anteriores posibilidades. No sorprende, por ello, que leyes del Deporte de las Comunidades Autónomas de Cantabria, Castilla-La Mancha, Galicia, La Rioja, Madrid, País Vasco y Comunidad Valenciana, prohíban a las entidades deportivas exigir derechos de retención y formación por deportistas menores de dieciséis años.

Este mismo equilibrio se busca al limitar los contratos de trabajo entre 16 y 18 años a una duración máxima de tres años, y prohibiendo los transfer internacionales de los menores de 18 años. En concreto, el art. 19 del Reglamento FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores establece que las transferencias internacionales de jugadores se permiten sólo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años. Se permiten las siguientes tres excepciones: a) Si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol. b) La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre 16 y 18 años de edad. c) El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 km de la misma frontera en el país vecino.

Es en este contexto en el que entran en juego las denominadas «canteras» de los clubes deportivos. Para crear una cantera es necesario realizar inversiones a largo plazo, lo que hace surgir, de inmediato, el deseo de vincular para el futuro a aquellos deportistas menores que destacan por sus especiales cualidades. Todo ello, en mayor o menor medida, porque los clubes encuentran en la formación de jugadores una solución al problema del abastecimiento de los futuros jugadores de elite cuya rentabilidad económica está fuera de toda duda. Es en este punto en el que el equilibrio entre los intereses del menor y los patrimoniales de la entidad deportiva entran en conflicto. Un buen ejemplo de estos problemas es el que plantea la decisión de un jugador menor de edad de abandonar su club antes de firmar como profesional. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 febrero de 2013, Asunto Baena, es un magnífico ejemplo del difícil equilibrio de intereses que entran en juego en este tipo de situaciones.

Raúl Baena siendo menor de edad (13 años) y representado por sus padres, realizó dos acuerdos con el Fútbol Club Barcelona: a) Un contrato firmado el 22 de abril de 2002, como jugador no profesional de dicha entidad con una duración de 10 años, desde el 1 de julio de 2002 hasta el 30 de junio de 2010, en el que se acordaba la rescisión del contrato por voluntad del jugador de abandonar el Club si así lo deseaba antes de la terminación del contrato si pagaba 30.000 €; y b) un precontrato de trabajo suscrito por las dos partes (F.C. Barcelona y Raúl Baena) con fecha 22 de abril de 2002, para asegurar los servicios del jugador como profesional. Se acuerda empezar la relación de trabajo como profesional al finalizar la temporada en la que el jugador cumpliera 18 años, acordándose en caso de que no realizara el contrato laboral con el F.C. Barcelona y el jugador se vinculara a otro Club una indemnización de 3.000.000 € más la actualización del IPC. Por medio de un Acta notarial, el jugador, en 2007, decide rescindir el contrato con el F.C. Barcelona no

realizando el contrato laboral y vinculándose en la temporada 2007/2008 con el equipo de juveniles del Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona, en el que todavía presta servicio. El F.C. Barcelona demanda al jugador por desistimiento de contrato no profesional (30.000 €) más la indemnización prevista en el precontrato laboral de 3.000.000 € más el IPC.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona como la Audiencia Provincial de Barcelona resolvieron a favor de la entidad azulgrana, aunque el Juzgado de Primera Instancia rebajó la indemnización a 500.000 €, decidiendo que la cantidad que reclamaba el F.C. Barcelona era abusiva. El F.C. Barcelona recurrió esa sentencia en la Audiencia Provincial de Barcelona. La misma condenó al jugador al pago íntegro de la indemnización, es decir, los 3.000.000 € más la actualización del IPC, que hace un total de 3.489.000 €, argumentando que esa cantidad es «normal» en el mundo del fútbol según un informe de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, por lo que no es una cláusula abusiva ni desproporcionada. Consideraba el citado pronunciamiento que: «no puede considerarse como abusiva la cuantía indemnizatoria pactada, atendido además que, según resulta de lo actuado, la incorporación del demandado al club se produce con 13 años de edad; se mantiene en el club hasta los 18 años de edad durante ese tiempo el club se hace cargo de sus gastos de alojamiento, manutención, educación, sanidad, y viajes del demandado y de sus padres, [...]; durante este tiempo, asimismo, el demandado recibe la preparación propia de la cantera del «Fútbol Club Barcelona», cuyo mantenimiento supone un gasto considerable para el club, semejante a lo que pudiera ser una sección de investigación y desarrollo de una empresa protegida por las normas sobre propiedad industrial [...]». De lo que concluye que: «no puede decirse que nos hallemos ante una cuantía indemnizatoria desproporcionada, debiendo rechazarse el carácter abusivo de la misma, y por lo tanto la pretensión de nulidad de la cláusula penal pactada en el precontrato de trabajo, procediendo en definitiva la desestimación del motivo de la apelación del demandado».

En contra de dicha resolución se preparó e interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso de casación se articula en los siguientes motivos. En el motivo primero se alega la infracción de los artículos 162.3 y 1255 CC, en relación con los artículos 6 y 7 ET. Argumenta la parte recurrente que el precontrato de trabajo suscrito entre las partes constituye un bien excluido de la administración de los padres al tratarse de un contrato de trabajo de un menor de dieciséis años, lo que está expresamente prohibido por el Estatuto de los Trabajadores, y si, por el contrario, se considera que la suscripción de un contrato de trabajo no está incluida en tal prohibición, el propio Estatuto de los Trabajadores establece la posibilidad de contratar la prestación de un trabajo pero respecto de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, requisitos que en el presente caso no concurren, al contar el demandado al momento de la firma del citado contrato con 13 años y vivir en el domicilio paterno, lo que determina la nulidad del precontrato firmado en su día con la parte actora. En el motivo segundo se alega la infracción de los artículos 166 y 1259 del Código Civil. Argumenta la parte recurrente que los padres del demandado, al suscribir un precontrato con una cláusula penal indemnizatoria tan desmesurada, han gravado los bienes de su hijo de por vida, lo que, en todo caso, se realizó sin la previa autorización del Juez y sin audiencia del Ministerio Fiscal, lo que determina la nulidad del precontrato de trabajo objeto del presente procedimiento. Por último, en el

motivo cuarto, se alega la infracción del artículo 1154 del Código Civil. Argumenta la parte recurrente que para el supuesto de que se considerara válida la suscripción del precontrato y su cláusula penal, se modere ésta última en términos razonables, entendiendo como tales los 30.000 € que el demandado y ahora recurrente ya abonó al actor.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 febrero de 2013, sin embargo, ha cambiado radicalmente la orientación hasta ahora mantenida por los Jueces y Tribunales que habían enjuiciado el caso y otorga plena tutela jurídica a la posición del menor.

Entiende la Sala que «no puede desconocerse la peculiaridad que encierra el objeto de esta práctica de contratación dirigida a los menores de edad que comporta, sin ningún género de dudas, una especial protección y garantía de sus derechos por nuestro Ordenamiento Jurídico [...]» y, añade que, «en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad, de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada». En este sentido, «la adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional».

En segundo término, en concordancia con lo anterior, también señala la sentencia que la cuestión de la validez o nulidad de la relación negocial afecta a la práctica de contratación examinada que, proyectándose como una relación negocial compleja, no obstante, desarrolla una unidad causal en el marco contractual resultante, al menos de forma nítida entre el precontrato de trabajo y el propio contrato de trabajo diseñado a tal efecto. En este caso, entiende el Tribunal Supremo, «la configuración negocial que dio lugar a la celebración de estos contratos respondió a un propósito negocial determinado por la finalidad de asegurar, en exclusiva, los servicios del menor como jugador profesional de fútbol [...] De esta forma el citado precontrato dota de unidad jurídica al entramado contractual realizado garantizando la finalidad del mismo mediante el juego de estipulaciones orientadas a esta finalidad, esto es, la vinculación a una contratación laboral de una duración que sobrepasa, con creces, el derecho de decidir el menor por él mismo (10 temporadas), y la supeditación, en caso de incumplimiento del precontrato, a una cláusula penal de 3 millones de euros».

A lo anterior se añade que «de lo hasta aquí vertido se desprende que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años. (art. 162.1 CC)». A lo anterior se añade que «tampoco resulta descartable, en estos casos, la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el art. 166 CC y, en consecuencia, la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de la validez de dichos contratos. Así, y en el sentido de la tutela patrimonial que inspira este precepto, resulta congruente con la finalidad perseguida requerir la autorización judicial para aquellos actos que, realizados bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros, máxime cuando dicho precepto,

en su párrafo segundo, prevé, con similar filosofía, el recabo de la autorización judicial para la repudiación de herencias, legados y donaciones efectuadas en favor del menor. Por lo demás, como expresamente contempla la Ley de Protección Jurídica del Menor, tanto de la aplicación de los Tratados Internacionales, como referentes interpretativos (artículo tres de la Ley), como de la aplicación del principio de la primacía o preferencia del interés superior del menor, se infiere que la interpretación de este precepto no esté sujeta a una interpretación restrictiva que impida la debida conexión con los textos referenciados, sus principios y disposiciones; sobre todo cuando la responsabilidad patrimonial asumida también afecte o repercuta en el plano extrapatrimonial del interés del menor».

Y, concluye, «en parecidos términos debemos pronunciarnos si recurrimos al concepto de orden público en materia laboral, en donde el presente caso atentaría contra el principio de libertad de contratación que asiste al menor, pues como se ha resaltado el juego de las estipulaciones predispuestas en el precontrato de trabajo, diez años de contrato laboral y una cláusula penal por incumplimiento de tres millones de euros, fue determinante, «de iure y de facto», para que el menor no pudiera decidir por él mismo acerca de su relación laboral en el momento en que debió y pudo hacerlo, ya al cumplir la mayoría de edad, o bien a los dieciséis años, con vida independiente de sus progenitores (artículos 6, 7.b y 49 ET, en relación con el artículo 1583 CC)». La sentencia valora también la existencia en el contrato de una cesión de los derechos de imagen del menor, lo que implica la cesión de derechos fundamentales de especial protección por el ordenamiento jurídico.

La sentencia declara, en el presente caso, «la nulidad del meritado precontrato de trabajo, de 22 abril 2002, con la consiguiente nulidad de la cláusula penal prevista en el pacto quinto de dicho precontrato, por resultar contrario a los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad. Ámbito fundamental que el precontrato vulnera o menoscaba pues el interés del menor, que debería ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, resulta ignorado ante una cláusula penal de tamaño envergadura que impide, como si de un contrato se tratase, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que sólo el menor debe decidir por sí mismo. Ante estas consecuencias, no pueden estimarse las alegaciones o fundamentaciones que resaltan la posibilidad en dicho pacto o estipulación de excepcionar el cumplimiento del contrato de trabajo con base a distintos motivos: razones de estudios, de trabajo ajeno al fútbol o de familia, pues las alternativas que se ofrecen no restablecen el ámbito de decisión del menor respecto de su futuro profesional como jugador de fútbol al contemplarse «sólo si el menor abandonase su actividad deportiva» y, en todo caso, «sin vincularse a otro club de fútbol que no fuera, exclusivamente, el Fútbol Club Barcelona».

Estas consideraciones, termina señalando, «se hacen sin perjuicio del derecho que pudiera asistirle a este club para la reclamación de daños y perjuicios a otras entidades por la vía que resulte pertinente, pero no al menor con base al citado precontrato. Del mismo modo, tampoco se cuestiona por esta Sala la procedencia de la indemnización prevista en la rescisión del contrato del menor de jugador no profesional pues la indemnización contemplada en dicha cláusula, que en realidad lo es de resolución contractual o de desistimiento unilateral, cobra sentido en una actividad formativa del menor por los gastos ocasionados en la misma».

Muchas dudas y problemas se vienen a plantear en este polémico pronunciamiento que ya ha sido calificado como un torpedo que ha impactado en la línea de flotación del sistema de canteras existente en nuestro país. Pero, como decimos, la sentencia ofrece numerosas sombras de duda. Se nos dice que los padres no pueden representar a los hijos en ámbitos que pertenecen al libre desarrollo de su personalidad, si ello es así, en estos casos, ¿se deben activar los mecanismos de autorización judicial cuando se suscriben los compromisos?. Pero surgen también otras dudas: ¿se debería renovar periódicamente el consentimiento expreso del menor para proseguir su formación? o, en fin, ¿sería recomendable propiciar una regulación convencional entre clubes que clarifique el tema?

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Jesús R. MERCADER UGUINA

ÍNDICE GENERAL

Página

EDITORIAL

PRECONTRATOS DE TRABAJO, MENORES DE EDAD Y DEPORTE PROFESIONAL: ENTRE LAS DUDAS Y LAS INCERTIDUMBRES <i>Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina</i>	3
--	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE DERECHOS DE AU- TOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL: EN ESPECIAL EN EL SECTOR DE LA PRENSA <i>María José Aradilla Marqués</i>	13
LOS PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS EN EL DERECHO MIGRA- TORIO <i>José Antonio Fernández Avilés</i>	39
INSTRUMENTOS INFORMÁTICOS DE UTILIZACIÓN GENERALIZADA EN LA EM- PRESA O MEDIOS DE USO PERSONAL Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (COMENTARIO A LA STC 241/2012, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2012) <i>Ana Belén Muñoz</i>	93

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO <i>María Antonia Castro Argüelles</i>	111
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.); Ma- ravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González; Rosa Rodríguez Gutiérrez (Roca Junyent)</i>	135
III. EMPRESARIO <i>Jesús Cruz Villalón; Rafael Gómez Gordillo; Macarena Hernández Bejarano; Patro- cinio Rodríguez-Ramos Velasco; María Sepúlveda Gómez</i>	165

	Página
IV. CONTRATACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer</i>	197
V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN 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>	211
VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i>	251
VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN 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>	265
VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Javier Gárate Castro</i>	273
IX. SEGURIDAD SOCIAL	
<i>Ignasi Areal Calama; Sergio Canalda Criado; Consuelo Chacartegui Jávega; Eusebi Colàs Neila; Alexandre de Le Court; Josep Fargas Fernández; Sixte Garganté Petit; Julia López López; Nuria Pumar Beltrán</i>	285
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>	297
XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra</i>	317
XII. EL PROCESO LABORAL	
<i>Lourdes Martín Flórez; Álvaro Navarro Cuéllar; Sergio Ponce Rodríguez; Inés Ríos García</i>	323
XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernaiz</i>	335

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	345
-----------------------------	-----

Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL: EN ESPECIAL EN EL SECTOR DE LA PRENSA (*)

MARÍA JOSÉ ARADILLA MARQUÉS

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

RESUMEN

El papel de la negociación colectiva en materia de derechos de autor y propiedad intelectual: en especial en el sector de la prensa

En este estudio se analiza el papel que adquiere la negociación colectiva en relación con los trabajadores que tienen la condición de autores asalariados, y que, como tales, les son reconocidos derechos por la Ley de Propiedad Intelectual. En varias disposiciones de esta norma se realizan referencias al autor asalariado, en ellas la premisa principal es la protección de los derechos sobre su obra, siendo el pacto individual entre las partes, la fuente jurídica natural para la transmisión y disposición de estos derechos individuales. Se aborda de qué forma el convenio colectivo adopta el papel de sustitución de dicho pacto y cómo, la sujeción a la ley permite mantener que, en materia de transmisión de los derechos de autor a la empresa, las cláusulas convencionales deben mantener el necesario equilibrio de derechos entre ambas partes de la relación. Acompaña a este trabajo un análisis sobre la implicación que se observa de la negociación colectiva en este terreno, y es el sector de la prensa aquel en el que la mayoría de convenios colectivos contemplan cláusulas en materia de transmisión de derechos de autor, sector que se nutre también con la existencia de los llamados Estatutos de Redacción o fórmulas convencionales entre la empresa y el colectivo de profesionales afectados.

Palabras clave: negociación colectiva, convenio colectivo, propiedad intelectual, prensa, autores

ABSTRACT

Employment relationship and intellectual property: the special configuration of the employee authors

This study analyzes the role that collective bargaining play regarding the agreements for the transmission to the company of the copyrights belonging to the workers. It deals about how the collective agreement adopts the role of substitution of such a Pact and how the transfer of copyrights to the company is carried out. It is also analyzed the involvement of collective bargaining in this area, especially in the press sector, where it is possible to find besides the regulation provided by collective agreements another specific regulation (Estatutos de Redacción), that is to say, particular agreements between the employer and certain professionals of the sector.

Key words: collective bargaining, collective agreement, intellectual property, press, authors

Fecha recepción: 8-10-2012.

Fecha aceptación: 8-10-2012.

(*) Este estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Educación DER2011-23528 «Los derechos de autor en el ámbito de las relaciones de empleo públicas y privadas».

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL AUTOR ASALARIADO EN LA LPI.
- III. EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DEL AUTOR ASALARIADO.
- IV. LOS LÍMITES DEL CONVENIO COLECTIVO.
- V. LA IMPLICACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

1. En el sector de la prensa.

- 1.1. Campos de aplicación personal.
- 1.2. Cláusulas en materia de propiedad intelectual y derechos de autor.

- A) Los derechos de autor en los Estatutos de Redacción.
- B) Los derechos de autor en los convenios colectivos.

2. En otros sectores

I. INTRODUCCIÓN

Para abordar el papel que juega el convenio colectivo en la regulación y salvaguarda de los llamados derechos de autor o derechos derivados de la propiedad intelectual tal como son contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual⁽¹⁾, debe partirse de una serie de premisas que han quedado más o menos asentadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y han sido objeto de elaborados trabajos doctrinales al respecto.

En primer lugar, la condición de autor que pueda atribuirse al trabajador que realiza una actividad creativa, no excluye por sí sola la existencia de una posible relación laboral con el empleador, que se dará si efectivamente están presentes los típicos indicios de laboralidad. Es decir, el hecho de que de la actividad, objeto del contrato de trabajo, derive la creación de una obra protegida por la LPI, no es factor determinante para excluir la relación del autor con el empleador del ámbito del derecho del trabajo. Otra cuestión será que la peculiaridad del trabajador, su condición de autor, conlleva en la gran mayoría de los casos, que el trabajo realizado sea de carácter intelectual y profesional (un periodista, un pintor, un arquitecto...), lo que exige grandes dosis de independencia en su realización, pero bien es sabido que para este tipo de colectivos profesionales (autores o no) el ámbito laboral no está excluido, sino que los indicios de laboralidad se adaptan a la peculiar naturaleza de su actividad. Así por ejemplo, un arquitecto, cuya actividad exige altas dosis de independencia, puede ser sujeto de una relación laboral en la que las notas de subordinación, ajenidad y dependencia estén presentes aunque con ciertas peculiaridades que difuminan alguna de ellas, como la dependencia, por exigencias con-

(1) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

naturales a la propia realización profesional de dicha actividad que condicionan el modo de prestación de servicios.

El reconocimiento de que la relación aunque laboral, sea especial, ha sido utilizado por el legislador reglamentario con algún colectivo afectado por la propiedad intelectual, como es el caso de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, pero no es la sola condición de sujetos a los que alcanzan derechos derivados de propiedad intelectual (por su condición de intérpretes o ejecutantes de una obra) la que justifica que la relación laboral sea especial, pues aunque no es el momento para tratar las peculiaridades que concurren en la persona, en el objeto y en el modo de prestación de servicios de este colectivo que justifican la especialidad de esta relación laboral⁽²⁾, los presupuestos que delimitan su campo de aplicación no coinciden con aquellos que delimitan el concepto de intérprete o ejecutante del art. 105 de la LPI, siendo aquellos bastante más amplios, pues generarán derechos derivados de propiedad intelectual entre este colectivo, solo aquellos cuya obra artística responda al concepto que para ésta fija el artículo 10 de la LPI, además de incluir expresamente a los directores de escena y de orquesta.

Como conclusión a esta primera premisa, la existencia de derechos derivados de la propiedad intelectual por sí sola, ni excluye la relación laboral ni fundamenta la existencia de una regulación especial de la misma. Estamos en presencia de un autor asalariado, cuya relación laboral con el empleador da lugar además, a una serie de derechos derivados de su condición de autor, según la LPI, fuente única de referencia ante el silencio que guarda el Estatuto de los Trabajadores sobre esta doble condición del sujeto, la de trabajador y la de autor.

Como segunda premisa, derivada de la anterior, cabe referirse a la cuestión de si es la realización de la obra por el autor asalariado el objeto de su contrato de trabajo. La naturaleza laboral de la relación existente entre el trabajador y la empresa para la que presta sus servicios lleva implícita, entre otros caracteres, el de la ajenidad, cuyo sentido en el más estricto ámbito laboral, impone que la propiedad natural de los frutos de su trabajo corresponda al empleador. Trasladado al autor asalariado, la obra aparecería como el resultado al que se compromete el trabajador y la ajenidad atribuye a la empresa los derechos de explotación sobre la misma a cambio de la retribución o salario. Otra tesis en cambio, entiende que en el marco del contrato de trabajo se contrata actividad y no un resultado, de manera que es la actividad creativa del autor el objeto del contrato y, si de ella deriva una obra objeto de derechos derivados de la propiedad intelectual, la transmisión de dichos derechos requerirá de una retribución específica⁽³⁾.

Lo cierto es que, no siempre de la actividad del trabajador derivará una obra con las características que la LPI exige para atribuirle derechos de autor, piénsese por ejemplo en

(2) Puede verse al respecto ROQUETA BUJ, R., *El Trabajo de los Artistas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, Ed. La Ley, Madrid, 2006 y RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., *El Contrato laboral del Artista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

(3) El planteamiento doctrinal sobre el objeto del contrato en esta materia puede verse en HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores», *R.L.*, núm. 5, 2001, pp. 51 y ss.

el redactor o fotógrafo de una editorial, si entre sus resultados se encuentra una obra que los convierte en autor conforme a la LPI, esta norma le confiere unos derechos derivados de la propiedad intelectual que tiene sobre la misma que no cabe desconocer. Así, si de la ajenidad propia de la relación que une a las partes del contrato, se deriva que los frutos de dicha actividad corresponden a la empresa, que es la que pone los medios, no hay que olvidar que si la obra convierte al asalariado en autor conforme a la LPI, dicha norma reserva para éste y su obra un marco especial de protección que debe compatibilizarse con los derechos que la empresa deba de retener sobre dicha obra⁽⁴⁾.

Ante la falta de previsión legal al respecto en la normativa laboral, es la LPI la fuente sobre la que argumentar la especialidad que recae sobre el autor asalariado también como norma de referencia para la negociación colectiva.

II. EL AUTOR ASALARIADO EN LA LPI

La Ley de Propiedad Intelectual consciente de la especialidad que incide sobre el autor cuya obra es realizada en el marco de una relación laboral o autor asalariado, frente al autor que desarrolla su actividad por cuenta propia, dedica un artículo a la temática relacionada con la transmisión de sus derechos de autor hacia la empresa (art. 51), por tanto, esto significa que esta norma en ningún caso niega el carácter de autor al sujeto de la relación laboral. Como afirma el Tribunal Supremo, la regulación de la Ley de Propiedad Intelectual es una clara evidencia de que la creación y cesión de una obra de autor se puede llevar a cabo por medio de un contrato de trabajo y, con la consiguiente sujeción a la legislación laboral⁽⁵⁾. Por tanto, al asalariado le son atribuibles una buena parte de los derechos de autor en ella regulados, sin negar la especialidad del carácter de trabajador por cuenta ajena con el que el autor crea su obra y que hace al empresario merecedor de otra buena parte de aquellos derechos de autor. Previamente a la delimitación de qué derechos corresponden a una u otra parte de la relación, conviene aludir someramente a la naturaleza y valor constitucional de dichos derechos.

El derecho de autor es concebido como un derecho único con dos vertientes, la personal y la patrimonial (art.2 LPI) cuya ubicación en el marco constitucional, según doctrina mayoritaria, tiene su mejor encaje en el artículo 33 como un derecho de propiedad, aunque especial, frente a su configuración como un derecho fundamental por vía del art. 20.1.b) de la Constitución, que protege la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; no cuenta por tanto con la especial protección de los derechos fun-

(4) Como señala VALDÉS ALONSO sobre la especialidad que concurre en la nota de ajenidad en la relación laboral de los autores, *el trabajador no es ajeno a la explotación del producto resultante de su trabajo, ni tampoco es ajeno a la utilidad patrimonial que dicha explotación pueda reportar*; VALDÉS ALONSO, A., «Reportero Gráfico, Contrato de Trabajo y Propiedad Intelectual», Documentación Laboral, núm. 78, 2006, p. 182; señala también que, *si en líneas generales, el fin común que persigue el trabajador es que se le remunere su trabajo y el fin del empresario obtener beneficios con la explotación de la obra creada, esta dicotomía se altera cuando de obras de creación se trata, al menos en la vertiente del trabajador...en Propiedad Intelectual y Relación de Trabajo*, Ed. Civitas, 2001, p. 97.

(5) STS de 16 de diciembre de 2008, rec. núm. 4301/2007.

damentales al no considerarse un derecho de la personalidad como lo son, entre otros, el derecho a la propia imagen o a la intimidad, que son derechos predicables de cualquier sujeto a diferencia del derecho de autor⁽⁶⁾. En definitiva, se trata de un derecho cuyo respeto queda sujeto a la legislación ordinaria, especialmente a los postulados de la LPI que, como texto proteccionista de la figura del autor impone una serie de limitaciones afectando, como afirma VALDÉS ALONSO⁽⁷⁾, a la estructura sinalagmática típica del contrato de trabajo.

Así, hay una serie de derechos, los llamados morales, de carácter personalísimo, que corresponden en exclusiva al autor sobre su obra. El artículo 14 de la LPI recoge en este sentido la paternidad de la obra o el respeto a su integridad, como *derechos irrenunciables e inalienables* que se adjudican al autor de la misma y en este terreno no hay regulada especialidad alguna para el autor asalariado que adquiere, por tanto, dichos derechos como cualquier otro autor.

En cambio, los derechos económicos, traducidos como derechos de explotación en sus diferentes modalidades: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, son derechos que originariamente se atribuyen al autor (art. 17 LPI), son independientes entre sí (art. 23 LPI) y admiten ser objeto de cesión, en exclusiva o no (art. 43 y siguientes LPI). Cuando se trata de un autor asalariado, la transmisión de tales derechos de explotación se regula en el artículo 51, que recoge la especialidad cuando la obra ha sido creada en el marco de una relación laboral entre el trabajador-autor y un empresario cuya actividad empresarial lleva implícita la ejecución de alguno o algunos de aquellos derechos de explotación.

Según este artículo:

1. *La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.*

2. *A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.*

3. *En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.*

4. *Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato.*

5. *La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley.*

(6) Sobre las diferentes teorías mantenidas por la doctrina puede verse DE ROMÁN PÉREZ, R., «Naturaleza jurídica del derecho de autor» en AA.VV., *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, Ed. Reus, 2005, pp. 13 y ss.

(7) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y Relación*, p. 112.

En la estructura de la Ley de Propiedad Intelectual se puede distinguir una regulación de aplicación general y un buen número de artículos dedicados a regular la especialidad frente a las disposiciones comunes, como es el caso del citado artículo 51 para el autor asalariado, cuyo apartado cuarto permite además aplicar a estas transmisiones otras disposiciones del articulado de la Ley; no se impide por tanto la posibilidad de aplicación de otros preceptos de esta Ley para conformar el régimen de transmisión de derechos del autor asalariado, si bien, «en lo pertinente» y «siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato» lo que lleva a la necesaria adaptación de las disposiciones comunes a la especialidad que supone la creación de la obra en el ámbito de una relación laboral, y que impone una fórmula de transmisión que no obstaculice a la empresa el ejercicio de su actividad habitual (art. 51.2 LPI) ni atribuya más derechos que los estrictamente necesarios «*En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores*» (art. 51.3 LPI).

En cuanto al campo de aplicación del citado artículo 51, la alusión genérica al autor asalariado invita a aplicar tal régimen a todo aquel que responda a estas características, salvo los creadores de programas de ordenador que quedan excluidos expresamente de este precepto (art. 51.5 LPI)⁽⁸⁾, para ser acogidos en un Título específico de la LPI (Título VII) en el cual, el artículo 97.4 directa y expresamente atribuye la titularidad de los derechos de explotación al empresario, salvo pacto en contrario⁽⁹⁾, configurando así como se verá, un régimen *más favorable al empresario en diversos aspectos, entre los que destaca que los derechos que éste adquiere son todos los patrimoniales o de explotación del programa, y no limitados a sólo los necesarios para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega*⁽¹⁰⁾.

En este orden de cosas, y a efectos de delimitar el campo de aplicación del art. 51, cabe señalar la presencia en la LPI de otras disposiciones que también gozan de especialidad frente al régimen común, cuya relación con el artículo 51 lleva a plantearse si sus ámbitos de aplicación deben o no interconectarse.

Así por ejemplo, el artículo 52 regula la transmisión de los derechos de autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas, reservando para éstos su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se haya insertado, salvo estipulación en contrario. Se trata de un precepto en el que la especialidad viene determinada por el hecho de que la obra se inserta en una publicación periódica y no por la relación entre las partes (autor y empresa), de ahí que cabe entender que el campo de aplicación de este precepto parte de una relación de igualdad

(8) Resultado de la transposición de la Directiva 91/250 CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la Protección Jurídica de los Programas de Ordenador.

(9) «*Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario*», art. 97.4 LPI.

(10) APARICIO VAQUERO, J.P. y DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al Título VII de la Ley de Propiedad Intelectual», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2007, Ed. Tecnos, p. 1311.

entre ambas y no de subordinación o dependencia, especialmente porque su finalidad es la de otorgar unos beneficios al autor (explotar la obra en cualquier forma) que no tienen cabida en la figura del autor asalariado, respecto al que el grado de derechos de explotación cedidos y no cedidos, viene determinado por la actividad habitual de la empresa. Esta interpretación permite mantener que la relación entre ambos preceptos es excluyente, es decir, el 51 queda reservado a todos los supuestos en que exista esa relación de dependencia puesto que trata de cohonestar los derechos de ambas partes de la relación, mientras que el art. 52, dentro de su ámbito material de actuación, afecta a aquellos autores que no mantengan relación laboral o dependiente respecto de la empresa que lleva a cabo la publicación⁽¹¹⁾.

Es evidente, como puede apreciarse, que el régimen de cesión de derechos por el autor tiene un régimen más limitado cuando surge en el entorno de una relación laboral, precisamente porque a la empresa hay que reservarle también ciertos derechos patrimoniales sobre la obra y la transmisión de los mismos se rige por el art. 51 frente a la regulación común. Esta peculiaridad no cabe entenderla, como afirma el Tribunal Supremo, como una renuncia de derechos en el marco del art. 55, según el cual *salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente Título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables*, ya que la opción por la relación laboral frente a la civil, significa la opción por una de las modalidades de transmisión previstas en la LPI sin que suponga, necesariamente, la renuncia de ningún tipo de derechos a la que alude el art. 55 del citado texto⁽¹²⁾.

La misma cuestión interpretativa se pone también de manifiesto con respecto a las obras audiovisuales, a cuya regulación se le dedica un título específico (Título VI), identificando la obra, el autor⁽¹³⁾ y regulando, entre otras cosas, aspectos de la cesión de derechos, sin referencia alguna a la singularidad del autor asalariado, a pesar de que es habitual que en este sector algunas de estas relaciones se encaucen por la vía laboral, por lo que la doctrina se ha planteado si resulta aplicable el artículo 51, incluido en un capítulo sobre disposiciones generales en materia de transmisión de derechos (Título V de la LPI), entendiendo que la relación laboral marca el camino al artículo 51 de la LPI en cualquier caso⁽¹⁴⁾, o alcanzando una solución intermedia que no anule del todo la especialidad de ambas regulaciones, puesto que ambas lo son pero en dos planos distintos, por lo que, como afirma VALDÉS ALONSO, *el art. 88 TRLPI puede servir de marco interpretativo [general] para determinar los posibles límites de la «actividad habitual» del empresario-productor en el art. 51.2 TRLPI*⁽¹⁵⁾.

(11) En este sentido, TORRES LANA, J.A., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ob. cit. pp. 844 y ss.

(12) STS de 29 de marzo de 2001, rec. núm. 1213/1996.

(13) «*Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley: 1. El director realizador. 2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos. 3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra*», art. 87 LPI.

(14) Así se ha señalado por SAIZ GARCÍA respecto de obras audiovisuales cuya creación es frecuente que se realice en el ámbito de un contrato de trabajo, como las creaciones publicitarias, SAIZ GARCÍA, C., *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*; Ed. Aranzadi, 2002, pp. 266 y ss.

(15) VALDÉS ALONSO, A, *Propiedad Intelectual y*, ob. cit., p.324.

Por último la referencia al contrato de trabajo en la LPI vuelve a aparecer en el artículo 110 respecto a la figura del artista intérprete o ejecutante, para atribuirle idénticas limitaciones ya esté sujeto a un contrato laboral o de arrendamiento de servicios, señalando a estos efectos que, *se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas* (interpretaciones o ejecuciones) *los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato*. Añade que tal previsión no será de aplicación a determinados derechos de remuneración. Se trata de un supuesto en el que, en calidad de intérpretes y ejecutantes, se regulan sus derechos en el Libro II de la LPI, como «otros derechos de propiedad intelectual» distintos al derecho de autor, cualidad que no ostentan, no siéndoles de aplicación por tanto del artículo 51 de la LPI.

III. EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DEL AUTOR ASALARIADO

Conforme establece el artículo 51 de la LPI la transmisión de los derechos del autor asalariado al empresario debe realizarse por escrito, rigiéndose por lo pactado en el correspondiente contrato. La formalización de la cesión por tanto, sigue las pautas del régimen común previsto en el artículo 45, que no obstante, en última instancia permite el contrato verbal (*el autor «podrá»*). Tratándose de un autor asalariado el artículo 51 parte también de la regla general de exigencia de forma escrita si bien, ante su falta debe recoger necesariamente la especialidad, aquella que exige tener en cuenta que ambas partes de la relación mantienen derechos sobre la obra, de ahí que incida sobre el alcance de la cesión en aquellos supuestos en los que faltare el pacto escrito de cesión, en tal caso *se presumirá que han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral*.

Es admitido doctrinalmente que dicho pacto de cesión puede contenerse tanto en el contrato de trabajo como fuera de él, a través de un contrato *ad hoc* y que también el convenio colectivo puede entrar a regular la transmisión de los derechos de autor⁽¹⁶⁾.

El carácter personal de este tipo de derechos y la propia literalidad del artículo 51, permiten entender que la autonomía individual sería la fuente natural para disponer de tales derechos; si bien, en el ámbito de las relaciones laborales no cabe olvidarse ni obviar el potencial de la negociación colectiva y el papel que puedan jugar los convenios colectivos en esta materia, materia por otro lado, en la que conviven derechos indisponibles, incluso para el propio autor, junto con derechos de carácter patrimonial, respecto a los cuales la propia Ley marca los límites para su transmisión.

En primer lugar, no hay obstáculos legales para admitir la legitimidad de que esta materia sea abordada en el ámbito de la negociación colectiva, ni desde el Estatuto de

(16) RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «Comentario al artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, ob. cit., p. 842; VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual y*, pp. 149 y ss.

los Trabajadores (art. 85) ni desde el ámbito de la LPI, que no contiene alusión alguna al respecto; por tanto, con el debido respeto a las leyes, en este caso muy especialmente a la Ley de Propiedad Intelectual, los convenios colectivos pueden incorporar cláusulas en materia de derechos de autor.

Si bien, en relación a los derechos morales, en tanto que irrenunciables e inalienables para el autor deben entenderse claramente no disponibles para la negociación colectiva. Recogidos en el artículo 14 de la LPI incluyen, entre otros, el derecho del autor para decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, exigir el reconocimiento de su condición de autor, exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación y retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Son por tanto derechos que la Ley establece como irrenunciables para el autor, por tanto, si fuera el convenio el que viene a sustituir el pacto individual, es la propia Ley y el respeto que a ella le deben los convenios colectivos, la que nos lleva a afirmar que estos derechos podrían simplemente recogerse en un convenio colectivo pero sobre ellos no cabe transacción alguna⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, por lo que a los derechos de explotación se refiere, nada impide en la actualidad que las normas sobre su transmisión sean abordadas en el marco de la negociación colectiva y se constituyan en contenido de los convenios colectivos, pues no hay en principio norma legal que señale lo contrario⁽¹⁸⁾. La libertad de contenido negocial ha sido claramente expresada por el Tribunal Constitucional, referida incluso a la disposición de derechos individuales a través de la negociación colectiva, y según el citado Tribunal *las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual han de solventarse mediante la conjunción de dos principios básicos: ...que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual (que) ha de contar con un margen de actuación...y segundo: que no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva...Entre estos dos principios básicos, la solución de cada problema dudoso planteado es cuestión a realizar caso por caso valorando y ponderando la totalidad de circunstancias concurrentes*⁽¹⁹⁾.

Debemos partir de una realidad y es que los derechos de autor son derechos sobre cuya transmisión el legislador se muestra extremadamente cauto, sopesando, como puede verse a lo largo de todo el articulado de la Ley de Propiedad Intelectual, las posibilidades de transmisión siempre sobre el prisma de la autoría como valor protegido. Según el artículo 2 de la LPI *la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el*

(17) «Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: ...», art. 14 LPI.

(18) «...el contenido material del convenio colectivo puede abarcar todas aquellas materias relativas a la relación individual y colectiva de trabajadores y empresarios que no merezcan reproche legal...», GARCÍA BLASCO, J., «El Contenido del Convenio Colectivo (en torno al artículo 85)», REDT núm. 100, 2000, p. 1484. Al respecto también CAMPS RUIZ, L.M., «El contenido normativo de los convenios colectivos», en AA.VV., *El régimen Jurídico de la Negociación Colectiva en España*, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 253 y ss.

(19) STCO 58/1985, de 30 de abril (BOE 05/06/1985).

derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley», y efectivamente, la ley ha ido señalando dichas especialidades a lo largo de su articulado, siendo una muestra de ello el propio artículo 51 que, sin negar el carácter de autor al trabajador asalariado, regula el régimen apropiado de cesión de derechos en favor de la empresa, y lo hace dejando a salvo la voluntad individual del propio autor expresada mediante pacto individual, y asegurando el equilibrio de derechos entre ambas partes de la relación en ausencia de pacto individual; así mismo, es el legislador el que recuerda en el art. 55 que *salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente Título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables*.

Si aceptamos que la negociación colectiva puede sustituir el pacto individual y disponer de estos derechos con el mismo alcance con que pudiera haberlo hecho el autor, la cláusula convencional al respecto debe velar por asegurar el equilibrio de derechos entre ambas partes de la relación y evitar las cláusulas genéricas de renuncia de derechos para los autores.

La disponibilidad de los derechos de autor por los agentes sociales no debe entenderse de carácter absoluta, hay unos límites connaturales al propio escenario en que dicha negociación se desenvuelve, que es el escenario de la empresa y la actividad de ésta como referente interpretativo de las cláusulas convencionales al respecto. La intención de las partes que negocian el convenio no puede ir mucho más allá en este terreno, más que lo suficiente para asegurar el equilibrio de derechos entre ambas partes de la relación que la LPI, en el artículo 51, pretende salvaguardar.

Por tanto, el convenio colectivo podría, sin rayar la ilegalidad, afrontar la regulación sobre la cesión de estos derechos, con los límites legales establecidos para toda cesión que se produzca sin existencia de pacto individual entre las partes, fuente jurídica natural para la transmisión y disposición de estos derechos individuales. Y si el convenio colectivo adopta el papel de sustitución de dicho pacto debe sujetarse a las condiciones y garantías que impone la propia Ley, especialmente los apartados segundo y tercero del artículo 51 LPI, cuya finalidad es precisamente y como ya se ha señalado, mantener el equilibrio de derechos entre ambas partes de la relación, por lo que, aunque pudiera pensarse que en estas condiciones interpretativas el convenio colectivo en esta materia tendría unas posibilidades muy limitadas para ordenar la transmisión de derechos de explotación establecida entre trabajador y empresario⁽²⁰⁾, las posibilidades en cambio pueden ser más amplias pues la legalidad de la fórmula convencional dependerá de que su interpretación permita mantener dicho equilibrio, de tal manera que resulten nulas por abusivas aquellas cláusulas generales de renuncia de derechos por parte de los trabajadores.

Por otro lado, el nivel de empresa resulta el adecuado para llevar a cabo una regulación que debe tener muy presente la actividad habitual de la misma, mientras que los convenios de ámbito sectorial deberían contener cláusulas que impulsen a la negociación sobre los concretos términos de la transmisión de derechos de autor y otras cuestiones de

(20) VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad Intelectual* y , p. 169.

propiedad intelectual, en general; favoreciendo así que, a nivel de empresa, se aborden pactos específicos con representantes de las categorías de profesionales afectados (no siempre representados entre las partes negociadoras del convenio) cuyo resultado debiera necesariamente ser incluido en el correspondiente convenio colectivo.

IV. LOS LÍMITES DEL CONVENIO COLECTIVO

Delimitar el margen legal de actuación del convenio colectivo en esta materia requiere un repaso por los aspectos más elementales del régimen jurídico de la transmisión de los derechos de autor contemplado en la Ley de Propiedad Intelectual.

Siguiendo la dicción del artículo 51 de la LPI, a falta de pacto, *se presumirá que han sido cedidos en exclusiva*. El régimen común de la cesión en exclusiva, entiende por tal la facultad para el cesionario de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros (art. 48 LPI); asimismo, permite al cesionario transmitir a otro en exclusiva su derecho, para lo cual, se exige, con carácter general, consentimiento expreso del autor (art. 49 LPI). Asimismo, esta cesión coloca al cesionario *en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate*.

En definitiva, el cesionario tiene a su alcance la posibilidad de explotar la obra utilizando cualquiera de los derechos patrimoniales que tiene el autor, salvo que éste se haya reservado alguno, y con el mismo alcance absoluto que tendría el autor, si bien, con la diligencia necesaria para que sus actuaciones resulten efectivas. En cuanto a qué concretos derechos se ceden en exclusiva, quedará determinado en el pacto individual.

Si bien, no es posible trasladar sin más este régimen común al ámbito laboral, en el que el legislador es consciente y se empeña en salvaguardar los intereses de ambos protagonistas de la relación. En este ámbito la cesión de derechos en exclusiva viene limitada por la actividad habitual de la empresa y esta actividad condicionará el alcance de la transmisión en dos órdenes: desde el punto de vista de a qué derecho o derechos económicos afecta y también en cuanto a las posibilidades que adquiera la empresa para transmitir tales derechos a otros.

Por tanto, a falta de pacto individual, en principio los límites para la negociación colectiva los fija la ley, esto significa que el derecho o derechos a explotar en exclusiva, ya sea el de reproducción, distribución, comunicación pública y/o transformación (todos ellos independientes según el art. 23 LPI) será el adecuado a su actividad, uno o varios, pero solo esos recibe la empresa por la existencia misma del contrato de trabajo y por tanto, son solo esos, los que explotará con total diligencia para que sea efectiva dicha explotación y los que exclusivamente, en su caso, podría transmitir. En cuanto al momento temporal en que dicha cesión se produce será, conforme al art. 51.2, en el momento de la entrega de la obra y no por la sola firma del contrato de trabajo; la obra ha de estar «creada» para proceder a la transmisión (51.1), conforme también con el artículo 43.3 de la LPI que regula

la nulidad de la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.

El Tribunal Supremo, en Sentencia sobre calificación de la relación que unía a un colaborador gráfico con la empresa editora⁽²¹⁾, en la búsqueda de indicios de laboralidad y una vez sentado que nada impide que un autor mantenga una relación laboral o asalariada, utiliza el alcance de la transmisión de derechos como elemento indiciario, junto a otros, de que la relación es laboral, así, establece que *sobre la modalización de la ajenidad cuando el resultado del trabajo es una obra de autor es que la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes, que son, respecto de las obras de fotografía periodística, los de explotación de las mismas en atención a su actualidad. Es característica general del derecho de propiedad intelectual la pluralidad y complejidad de facultades de carácter personal y patrimonial que atribuye al autor (artículos 2 y 3 de la Ley de Propiedad Intelectual). Es más, determinadas facultades que componen el derecho de autor de contenido complejo son inalienables o no susceptibles de cesión a terceros. Tal es el caso de las facultades que integran el llamado derecho moral...debe añadirse que, dentro de las facultades de carácter patrimonial de la propiedad intelectual, los llamados derechos de explotación regulados en los artículos 17 y siguientes de la Ley presentan también una gran elasticidad en cuanto a las modalidades de ejercicio (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación), y en cuanto a los contenidos y alcance de los actos de transmisión (duración en el tiempo, ámbito territorial, exclusividad o no de la cesión, etc.). Esta diversidad y elasticidad de contenido del derecho de propiedad intelectual lleva consigo que la verificación de si existe o no ajeneidad en una relación de servicios de autor haya de depender de que los derechos cedidos incluyan los principales derechos de explotación dentro del giro o tráfico económico de la profesión y sector de actividad, o por el contrario tengan una importancia económica accesoria dentro de ellas».*

En definitiva, aquello que para el Tribunal es un indicio de laboralidad, que la empresa reciba los principales derechos de explotación de la obra, nos permite, a su vez, poner límites al alcance de la transmisión, pues no otros derechos debe comprender en principio más que los que exija el tráfico económico de la profesión y del sector de actividad en que el trabajador se ve inmerso.

Así por ejemplo el fotógrafo asalariado que trabaja en una revista, a la firma de su contrato de trabajo, consiente y es conocedor de que su obra, sus fotos, serán explotadas económicamente por la empresa mediante la modalidad de publicación de las mismas en la propia revista, derecho que obtiene la empresa porque la explotación de esa revista es su actividad habitual; la empresa adquiere exclusivamente y en exclusiva, el o los derechos de explotación en ese sentido, mientras que explotar dichas fotos a través de otros formatos, como póster o postales por ejemplo, no es una forma de explotación que se transmita por sí sola, por no formar parte de la actividad habitual. Para ir más allá de los límites que impone la propia actividad de la empresa, sería necesario el consenti-

(21) STS de 31 de marzo de 1997, rec. núm. 3555/1996. Doctrina literalmente recogida en Sentencias posteriores como la STS de 19/07/2010, rec. núm. 2830/2009.

miento del trabajador y en su caso, la debida compensación para garantizar el equilibrio de derechos entre las partes.

En materia de remuneración del autor asalariado y a falta de pacto individual que otra cosa estableciera, cabría mantener que el salario retribuye tanto el desarrollo de la pura actividad creativa del profesional como la cesión de derechos de explotación que la obra creada lleve aparejada, si bien no deben desconocerse dos límites a esta afirmación: solo se entenderán incluidos en la retribución aquellos derechos de explotación principales que correspondan a la empresa en razón a su actividad habitual y siempre que no se produzca una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios que el cesionario obtenga por la explotación de la obra; esta última afirmación ha sido mantenida por el Tribunal Supremo, que ha entendido que en el ámbito de una relación laboral procede también aplicar el artículo 47 de la LPI en el que se establece que *si en la cesión a tanto alzado se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, aquél podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años siguientes al de la cesión*⁽²²⁾.

Por lo que respecta a la posibilidad de que la empresa transmita a otros el derecho o derechos que obtiene en exclusiva, tratándose del autor asalariado, el límite legal vuelve a situarse en la actividad habitual de la empresa. Resolver esta cuestión se vuelve un tema complejo y muy difícil de encajar en el ámbito de un convenio colectivo, pues exige cumplir con las siguientes premisas: la empresa podrá ceder a otro el mismo derecho (y no otro) que le haya sido transmitido, que la actividad habitual de la empresa debe incluir dicho tráfico comercial y que siempre en todo caso, será necesario que el trabajador autor esté informado de a quien se cede y por tanto, quien ostenta el derecho a explotar su obra, puesto que a éste alcanza el deber de hacerlo con la diligencia necesaria y a aquél los derechos morales sobre la misma obra.

En este terreno, el convenio colectivo debe mostrarse prudente y garantizar al autor un adecuado nivel de protección y salvaguarda de sus derechos, en consecuencia, las cláusulas convencionales que regulan la transmisión a la empresa e incluso a otras empresas, de todas las formas posibles de explotación de la obra, resultan claramente abusivas y deben interpretarse bajo el prisma del respeto a la ley, por tanto, bajo el marco interpretativo y limitador de la actividad habitual de la empresa con la que el trabajador mantiene la relación laboral.

A falta de pacto de cesión individual, aquellos derechos económicos que no sean necesarios para la actividad habitual de la empresa quedan en la persona del autor o trabajador, por lo que la cesión de los mismos exige, cuanto menos, su consentimiento expreso pues el apartado tercero del artículo 51 se muestra contundente *en ningún caso podrá el*

(22) STS de 29 de marzo de 2001, rec. núm. 1213/1996. En similar sentido se había pronunciado VALDÉS ALONSO, interpretando que *tanto la regulación de propiedad intelectual (que no desea que el autor sea, en general, ajeno a la trascendencia de su obra) como la normativa laboral (que propugna el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo) llevan a la aplicabilidad del art. 47 TRLPI en el ámbito de los trabajadores-autores*, en *Propiedad Intelectual y...*, ob. cit., p. 139.

empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores, aludiéndose en el primero de dichos apartados al pacto entre las partes. Como se ha señalado, el convenio colectivo podría pretender sustituir dicho pacto individual, y podría articular esta posibilidad y prever que tal ejercicio de disposición sea posible por parte de la empresa, pero no debe descuidarse la necesidad del consentimiento del trabajador y en su caso, la correspondiente compensación económica que salvaguarde el equilibrio de derechos entre las partes.

En definitiva, será el caso concreto, la particular y habitual actividad de la empresa la que marque los límites de la cesión. Si atendemos a la casuística de jurisprudencia y doctrina judicial, al respecto pueden traerse a colación los siguientes ejemplos:

En el primero de ellos, se plantea si el derecho de transformación se entiende comprendido entre los derechos de explotación transmitidos a la empresa, en un caso en el que la obra consistía en el desarrollo de la teoría y práctica del sistema contable español, y la transformación, en la actualización de la obra, siendo la empresa una editorial que encomienda a persona distinta la actualización de la misma. Tener la obra actualizada era una de las finalidades del contrato, tratándose de una materia en la que la legislación es cambiante y debe mantenerse actualizada para su distribución. Según el Tribunal Supremo, no cabe alegar el derecho moral del art. 14.4 de la LPI, que impide la modificación de la obra *ya que ésta, estaba concebida «ab initio» para ser transformada y modificada con el paso del tiempo con el fin de que estuviera la obra actualizada»*⁽²³⁾.

En otro supuesto, el Tribunal Supremo aplica por analogía el artículo 51 de la LPI a una contrata: mediante un contrato de obra se encargó una determinada obra (un sistema informático y una base de datos) para la actividad propia de un periódico; el paso del tiempo y el avance de la técnica llevó a su necesaria actualización, que se adjudicó a empresa distinta, al respecto, el Tribunal señala, haciendo, como se ha señalado, aplicación analógica del art. 51 de la LPI, que *el derecho de explotación de los datos obrantes en las unidades de almacenamiento de resúmenes de prensa y fotografías elaboradas por INFODOC faculta a la SOCIEDAD VASCONGADA DE PUBLICACIONES, a posibilitar, acudiendo en su caso a una empresa de servicios informáticos distinta...un trasvase de los datos en cuestión a unidades de almacenamiento distintas siempre que el mentado trasvase persiga única y exclusivamente una mejor explotación de los datos por las personas que, por cualquier título, prestan sus servicios en la empresa periodística. En otras palabras, siempre que los datos se encuentren afectos al ejercicio de la actividad social propia de la empresa editora de EL DIARIO VASCO, el trasvase...será plenamente lícito al desenvolverse dentro de las facultades de explotación que sobre tales datos posee la empresa editora...*⁽²⁴⁾

Por último, para la Audiencia Provincial de Madrid resulta irrelevante para delimitar la actividad habitual de la empresa, tanto el objeto concreto fijado en los Estatutos de la sociedad como la actividad concreta por la que la empresa esté dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, en un caso en el que ha quedado constatado que *la publicación de contenidos musicales por la demandada no obedece sino a su propia actividad*

(23) STS de 29 de marzo de 2001, Civil, rec. núm. 1213/1996.

(24) STS de 18 de diciembre de 2008, rec. núm. 487/2002.

editorial de elaboración de métodos educativos, los cuales, hoy en día, precisan de un desarrollo propio al tiempo en que vivimos, de forma que el recurso a soportes fonográficos en modo alguno se efectúa fuera de la actividad habitual de la empresa: edición de métodos de educación, la cual no puede venir construida a la mera edición de libros de texto, ..., máxime cuando éstos (los soportes fonográficos) no se comercializan, se acompañan a los métodos educativos, distribución que no implica una actividad económica directa de la empresa⁽²⁵⁾.

V. LA IMPLICACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Tomando como referencia y punto de partida en este estudio el artículo 10 de la LPI, se define el objeto del derecho de autor u obra como *«todas las creaciones originales literarias o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) los libros, folletos...escritos...y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza, b) Las composiciones musicales...y otros⁽²⁶⁾.* Realiza una enumeración, no taxativa, que permite abordar el estudio de la casuística de la negociación colectiva en sectores claramente afectados en los que podríamos encontrar trabajadores cuyo cometido, podría concluir en la elaboración de una obra que reúna los elementos y características propias para ser objeto de protección intelectual. Entre ellos, aquel en el que con más frecuencia se contemplan cláusulas sobre derechos de autor, es el sector de la prensa, mientras que en otros, como el relativo a la actividad audiovisual, el resultado es bastante distinto. En primer lugar, se indaga en el ámbito de aplicación personal de cada convenio con el objeto de comprobar si el colectivo al que pudieran atribuirse derechos de autor, está o no excluido del convenio. Y en segundo lugar, se recogen las más habituales cláusulas presentes en los actuales convenios colectivos sobre el reconocimiento y transmisión de tales derechos.

1. En el sector de la prensa

En este sector profesional, la tardía sustitución de las Ordenanzas Laborales se produce finalmente a través de la negociación de dos amplios convenios sectoriales, de carácter nacional, uno para la prensa diaria y otro para la prensa no diaria. El primero, regula las relaciones de trabajo en empresas dedicadas a la prensa diaria tanto en soporte papel como digital, que no estén afectadas por convenio colectivo propio⁽²⁷⁾; el segundo, relativo a

(25) SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2004, rec. núm. 703/2003.

(26) c) *Las obras dramáticas y, en general, las obras teatrales; d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo tebeos o cómics y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; g) Los gráficos, mapas relativos a la topografía, geografía y, en general, a la ciencia; h) Las obras fotográficas i) Los programas de ordenador...*

(27) III Convenio Colectivo Estatal del Sector de Prensa Diaria, de 3 de diciembre de 2008 (BOE 18/12/2008).

la prensa no diaria, regula las relaciones laborales de empresas que editan publicaciones de aparición periódica no diaria de información general, actualidad o especializadas⁽²⁸⁾. Junto a ellos conviven un gran número de convenios de empresas o grupos de empresas, algunos de los cuales presentan ciertas líneas comunes cuando pertenecen a la misma Comunidad Autónoma

1.1. Campo de aplicación personal

Los convenios estudiados que afectan a este sector, tanto los dos de nivel sectorial, como los de empresa que representan en este sector a la gran mayoría, incluyen en su campo de aplicación personal a periodistas, redactores y reporteros gráficos. Se trata de grupos profesionales que pertenecen al grupo de los Redactores, a cuyo cometido se acuñan términos como «de alto contenido intelectual», «trabajo literario de responsabilidad», o «realización de un trabajo de tipo fundamentalmente intelectual» y junto a ellos, aparecen también los diseñadores gráficos y fotógrafos, además de aquellos que diseñan programas informáticos. A niveles inferiores, los convenios colectivos en este sector son convenios de empresa que acogen en su seno también al colectivo de Redactores. En definitiva, no se trata, por tanto, de un colectivo que quede fuera de convenio con carácter general.

A pesar de ello, en los convenios estudiados se aprecia cierta similitud por lo que se refiere a ciertos sujetos excluidos del convenio. En este sentido, junto a la típica exclusión que afecta al personal de alta dirección se encuentran los profesionales liberales vinculados por contratos civiles de prestación de servicios, los corresponsales o colaboradores que tengan formalizado un contrato civil y los llamados colaboradores a la pieza, *independientemente de que mantengan una relación continua* con la empresa⁽²⁹⁾. Las funciones de los colaboradores a la pieza se realizan para la empresa a modo de colaboraciones y podría ser que, en ocasiones, sin la presencia de las notas básicas de la relación laboral; no obstante, obviamente, no cabe *a priori* excluir necesariamente la relación laboral, sino que será necesario atender al caso concreto y valorar la presencia o no de los indicios

(28) Convenio colectivo Nacional de Prensa no Diaria, de 5 de febrero de 2009 (BOE 24/02/2009). Prórroga por Resolución de 22 de diciembre de 2011 (BOE 9/1/2012).

(29) CC Nacional de Prensa No Diaria, de 5 de febrero de 2009 (BOE 24/02/2009); VII CC de la empresa Unidad Editorial, S.A., de 11 de octubre de 2005, (BOE 31/10/2005); II CC de Diario ABC, de 14 de diciembre de 2010 (BOE 30/12/2010); CC de Ediciones El País, de 23 de enero de 2012 (BOE 03/02/2012). En convenios colectivos de empresas de la Comunidad Valenciana junto a aquéllos, se incluyen además, los *columnistas o colaboradores continuos, que reciban un pago por prestación de servicios, aunque su colaboración fuese periódica o habitual*, en CC de la empresa Editorial Prensa Valenciana, de 11 de octubre de 2011, (DOCV 18/11/2011) y CC de la empresa Editorial Prensa Alicantina, de 20 de abril de 2011 (BOP Alicante 29/04/2011). En otros casos, como el del CC Estatal de Prensa Diaria, se excluye a los colaboradores a la pieza siempre que *no tengan una relación basada en los principios de jerarquía, ajenidad y dependencia independientemente de que mantengan la relación continuada...*» III CC Estatal de Prensa Diaria, de 3 de diciembre de 2008 (BOE 18/12/2008), en el mismo sentido, el CC de la empresa Agencia Aragonesa de Noticias, de 24 de enero de 2012 y CC de las empresas Ediciones Primera Plana, S.A., Grupo Zeta, S.A. y otras, de 30 de marzo de 2007 (BOE 18/04/2007), entre otros. También los hay que no recogen este tipo de exclusiones, como el C.C. de La Vanguardia Ediciones, SLU de 18 de junio de 2012 (BOE 04/07/2012), y un caso particular el del C.C. de Agrupación de Servicios de Internet y Prensa, S.L. de 18 de junio de 2012, que recoge una cláusula genérica que excluye de convenio al *personal contratado expresamente como «fuera de convenio»*, (BOE 03/07/2012).

de laboralidad como han mantenido nuestros Tribunales que han señalado, entre otros aspectos, que el modo de retribución «a la pieza» no es por sí solo indicio suficiente para descartar la laboralidad de la relación, «*Esta forma de retribución, por resultado, si bien no es la habitual en el contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario recogido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores..., que considera tal la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales, cualquiera que sea la forma de remuneración*⁽³⁰⁾ y que, por supuesto, «*la naturaleza laboral o civil/mercantil del vínculo no surge de lo que pueda establecerse en las normas negociadas, sino de la acomodación de las características del paquete de derechos y obligaciones a las disposiciones legales (arts. 1 y 2.1 e) ET) y de desarrollo (RD 1435/1985)*⁽³¹⁾.

Por otro lado, sobre la legitimidad de estas cláusulas de exclusión de colectivos concretos del ámbito de los convenios colectivos, ya señaló el Tribunal Constitucional que «*las partes negociadoras no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación...el principio de igualdad... no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses. Pero a esa exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente*»⁽³²⁾. Por tanto, para no resultar discriminatoria la exclusión, han de tener cierta capacidad de negociación de sus condiciones de trabajo o especialidades en su prestación de servicios que singularizan al colectivo frente al resto del personal sujeto a convenio⁽³³⁾; ciertamente, concurren circunstancias en la prestación de servicios del redactor o periodista que podrían justificar la exclusión de estas relaciones laborales del convenio colectivo, y no solo el hecho de que puedan derivarse para el colectivo derechos de propiedad intelectual, sino la forma misma en que desarrollan sus funciones. Si bien, en los convenios colectivos estudiados del sector de la prensa, no se trata de una categoría excluida de convenio, sino que como

(30) Entre otras, SSTS de 31 de marzo de 1997 y 16 de diciembre de 2008, rec. núm. 3555/1996 y 4301/2007, respectivamente. «*Es por tanto fundamental analizar la casuística que puede presentarse en cada supuesto concreto para determinar cual es la verdadera naturaleza jurídica del vínculo, sin que quepa establecer normas o principios generales para una determinada profesión o actividad, pues el modo y manera de realización de la misma puede diferir normalmente de unos casos a otros y no cabe aplicar en todos ellos una misma calificación*», TSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 16 de marzo de 2006, rec. núm. 1098/2005.

(31) Para un caso de actor de doblaje, STS de 19 de julio de 2010, rec. núm. 2830/2009, entre otras.

(32) STC 136/1987, de 22 de julio (RTC\1987\136).

(33) El Tribunal Supremo consideró legítima la exclusión de los profesores de religión en centros públicos, STS de 9 de octubre de 2003, rec. núm. 103/2002. Y en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 3 de diciembre de 2009, se constata que «*en las funciones encomendadas al demandante (jefe regional de seguridad) concurren circunstancias específicas y condiciones salariales, horarias, de movilidad, confianza, capacitación etc que, además de no poder ser consideradas ordinarias, posibilitan y justifican la existencia de una relación contractual al margen del Convenio*», rec. núm. 325/2009.

hemos visto, solo a algunos se les excluye a pesar de que puedan de hecho mantener idénticas funciones, basándose la exclusión en su condición de colaborador a la pieza, corresponsal o columnista, independientemente de que pudieran constatarse en el caso concreto que concurren las notas de laboralidad. Al respecto, los sindicatos coinciden en hablar de precariedad laboral y desregulación de la profesión, persiguiendo entre otras cosas, forzar la aprobación legislativa del Estatuto del Periodista Profesional y la regulación laboral del periodista a la pieza, exigir la contratación de los y las periodistas que hoy forman plantillas «encubiertas» o «paralelas» y forzar la introducción de Estatutos de Redacción en los convenios de empresa y en la negociación de los convenios sectoriales⁽³⁴⁾. Precisamente, el convenio colectivo estatal del sector de prensa diaria, contiene una recomendación para que las empresas afectadas por el citado convenio negocien un Estatuto de Redacción (*vid. infra*).

En definitiva, los trabajadores del sector de la prensa a los que pudieran atribuírseles derechos de autor no están, por este hecho, excluidos del convenio, ni es usual que se recojan cláusulas que expresamente se remitan al pacto individual para la materia de propiedad intelectual, como sí ocurre respecto de condiciones laborales específicas, concretamente para la fijación de los términos de la libre disposición o dedicación especial que se requiere del personal de redacción para cubrir las necesidades informativas⁽³⁵⁾.

1.2. Cláusulas en materia de propiedad intelectual y derechos de autor

De los convenios analizados en este sector, los de naturaleza sectorial no contemplan una regulación específica sobre propiedad intelectual en general, ni derechos de autor, en particular, solo uno de ellos le dedica una cláusula a la libertad de opinión del personal de redacción⁽³⁶⁾, y el otro recoge la recomendación a las empresas afectadas por el convenio de «realizar las gestiones necesarias para llevar a cabo en el seno de las mismas la confección del Estatuto de Redacción, como forma de regular las relaciones profesionales del colectivo de redactores con la Dirección de las empresas editoras»⁽³⁷⁾. Por tanto, el Estatuto de Redacción en el ámbito de la empresa, es la fuente que el sector de la prensa diaria promociona como adecuada para la regulación de todos los aspectos relacionados con el ejercicio de la profesión de redactor, entre ellos, no cabe duda que cabría incluir toda regulación que tenga que ver con la propiedad intelectual y los derechos de autor, de ahí que requiera que le dediquemos nuestra atención.

(34) Sindicato de Periodistas de Andalucía, documento publicado en spandalucia.com. Similares reivindicaciones son recogidas en el documento sobre Amenaces al dret a la informació: desregulació i precarització als mitjans, Asamblea de Periodistes de Catalunya, Barcelona 7 de junio de 2008.

(35) Se recogen cláusulas en este sentido en el artículo 29 del convenio colectivo de la empresa Editorial Prensa Alicante, y artículo 19 del convenio colectivo de la empresa Editorial Prensa Valenciana, ya citados.

(36) «El personal de redacción no podrá ser obligado a realizar trabajos de carácter informativo en los que emitan opiniones contrarias a sus convicciones; no se les podrá obligar a realizar informaciones inexactas o incompletas ni firmar aquellas en las que se les impida expresar su opinión sobre el tema de que se trate, cuando deteriore la objetividad de la información», art. 75 del CC nacional de Prensa No Diaria, cit.

(37) Disposición transitoria sexta del III CC Estatal de Prensa Diaria, cit.

A) Los derechos de autor en los Estatutos de Redacción

Si descendemos a nivel de empresa, y salvo alguna excepción, los convenios colectivos no contemplan dentro de su contenido los llamados Estatutos de Redacción, sino que éstos, allí donde se han negociado, representan un acuerdo, fuera de convenio, para regular aspectos de la profesión como la libertad de ideología, la cláusula de conciencia, responsabilidad profesional en el tratamiento de la información... y en general todo un elenco de derechos y deberes de los redactores íntimamente relacionados con el ejercicio de su profesión, que favorece la creación de un Consejo de Redacción formado por redactores que son elegidos, por y entre los que pertenecen a dicha categoría, como un órgano que favorece la comunicación y la mediación en las discrepancias que surjan, entre la empresa y el colectivo de redactores. En definitiva, un negocio jurídico entre las partes alejado de las fórmulas de negociación del Estatuto de los Trabajadores, que han sido definidos como *acuerdos suscritos entre los propietarios de determinados medios de comunicación y los periodistas que en ellos trabajan, encaminados fundamentalmente a regular las relaciones profesionales de éstos con la dirección del medio y con la empresa editora*⁽³⁸⁾. En ellos se abordan materias ajenas a las condiciones puramente laborales, que bien pudieran contenerse algunas de ellas en el ámbito del convenio colectivo, como es precisamente y entre otras, la materia que nos ocupa.

Son todavía pocos los medios en los que se han negociado con éxito los llamados Estatutos de Redacción, y no en todos ellos se produce una regulación sobre los derechos de autor y su cesión a la empresa, de hecho, se trata de una materia que se viene recogiendo solo en los más recientes Estatutos de Redacción⁽³⁹⁾.

El pionero fue el del periódico El País (1980) que no contiene mención alguna al respecto, y diez años después el Estatuto del periódico El Mundo se limita a realizar una remisión a la legislación vigente y a promover que los pactos en esta materia *deberán ser desarrollados en los convenios colectivos de la empresa* (art. 9.3). En 1993, se aprueba el de El periódico de Cataluña, dejando constancia expresa de que *los derechos de autor de los textos y material gráfico elaborados para EPC corresponden a sus autores*, sin perjuicio de que puedan ser utilizados por otros medios, para lo cual se señalan determinadas limitaciones: una necesaria negociación entre la Redacción y la empresa para fijar *las condiciones económicas y profesionales*, lo que parece ser una llamada a la negociación *ad hoc* en la que podrían quedar expresamente señalados el alcance concreto de la transmisión, qué derechos de explotación entran dentro de la remuneración salarial y cuales requerirían una contraprestación económica complementaria, así como las obligaciones de la empresa encaminadas a velar por la integridad de los derechos del autor; este Estatuto de Redacción recoge también la imposibilidad de publicación de la obra por otros medios antes de su publicación por la empresa, salvo pacto expreso en contrario, así como el necesario respeto al contenido y firma de sus autores.

Por su parte, en el Estatuto de Redacción de Radio Televisión Valenciana (2000), se identifica claramente qué tipo de derecho es el transmitido, y puesto que se trata en este

(38) ESCOBAR ROCA, G., *Estatuto de los Periodistas, Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación*, Ed. Tecnos, 2002, p. 87.

(39) Algunos de los Estatutos citados pueden consultarse en <www.sindicat.org/spc>.

caso de actividad audiovisual, el derecho de explotación cedido es obviamente, el de reproducción, *Todo miembro de la Redacción de TVV y RAV tiene derecho a la propiedad intelectual del producto de su trabajo. Mediante su vinculación salarial a la Empresa, cede sus derechos de reproducción de este trabajo. Los originales podrán ser reproducidos en otros medios con los que la Empresa llegue a un acuerdo de venta o cesión. De esto se informará a los miembros de la Redacción que hayan intervenido directamente y tendrán que hacer constar sus nombres.* En el Estatuto de Redacción de La Vanguardia (2001) en cambio, el contenido de la cláusula no añade gran cosa al de la norma, *La propiedad moral de los derechos de autor corresponde a los redactores literarios y gráficos. En cuanto a los derechos de explotación de la obra realizada por el personal de la Empresa se estará a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual. No obstante lo establecido en los dos párrafos anteriores, si existiera una regulación expresa de carácter individual se estará a lo que las partes hayan acordado.* Si bien, recoge algunas previsiones de control sobre la actuación de la empresa en esta materia, *La Empresa editora se compromete a no realizar ninguna transmisión comercial a empresas periodísticas que vulneren los principios del presente Estatuto. El Consejo Profesional velará por la correcta aplicación en la Empresa de la normativa vigente sobre Derechos de Autor. Por ello, cualquier discrepancia sobre la correcta aplicación de la citada normativa se dirimirá en el seno de dicho Consejo.*

Por otro lado, contamos con un texto consensuado de Estatuto de Redacción para la Agencia EFE (2006) elaborado a partir de un ejemplar proceso democrático con la expresada finalidad de garantizar la independencia de los periodistas de la Agencia, de titularidad pública, y regular sus derechos y obligaciones profesionales y toda cuestión de índole ética y deontológica que conlleva el desempeño de su profesión⁽⁴⁰⁾. El citado texto establece que el Estatuto tendrá igual rango que el convenio colectivo al que se incorpora como cuerpo normativo independiente (apdo. 127) y que su vigencia será indefinida (apartado 128). Efectivamente esta incorporación al texto del convenio se produce en el convenio colectivo de la Agencia EFE, aprobado por Resolución de 1 de octubre de 2010 (BOE 15/10/2010)⁽⁴¹⁾ y respecto a la propiedad intelectual contiene un reconocimiento expreso y breve de derechos en favor de los profesionales: *Los profesionales de EFE tienen derecho a la propiedad intelectual del producto de su trabajo, cuyos derechos de explotación ceden a la empresa a cambio de sus emolumentos, aunque los términos concretos de la cesión no son identificados* (apdo. 24).

Por otro lado, cabe en este punto dedicado a los Estatutos de Redacción aludir al borrador de la Proposición de Ley del Estatuto del Periodista Profesional⁽⁴²⁾, cuyo artículo 19 contempla extensamente los derechos de propiedad intelectual, comenzando por el reconocimiento de derechos a favor del autor, incluyendo expresamente también los patri-

(40) El texto está disponible en www.agenciaefe.com. Sobre el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de Redacción de la Agencia EFE, RIVAS TROITIÑO, J.M.; RODRÍGUEZ ALONSO, C.C.; CAMPOS PALACIOS, A.; GONZÁLEZ DE ALEDO, A. y RUIZ RUIZ, T., «Estatuto de Redacción de la Agencia EFE, Medio Público e Internacional», en Rev. Estudios sobre el Mensaje Periodístico, vol. 12, 2006. Posteriormente se aprobó en el Congreso de los Diputados una proposición no de Ley para abordar la necesidad de un Estatuto para EFE (2009).

(41) Modificado en parte por Resolución de 18 de febrero de 2011 (BOE 27/04/2011).

(42) Presentada por el Grupo parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y publicada en el Diario del Congreso de los Diputados de 23 de abril de 2004, Serie B, núm. 44-1. Fue aprobada para su tramitación por el pleno del Congreso el 23 de noviembre de 2004.

moniales, y dedicando una parte importante a identificar los términos de la transmisión de los mismos. Según el citado artículo *En los términos del artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, los periodistas son autores de sus textos originales y de las noticias, reportajes y trabajos audiovisuales, sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder a otros. Los periodistas tienen los derechos patrimoniales y morales que el vigente derecho de propiedad intelectual reconoce a los autores.*

En cuanto a la transmisión de derechos, el texto se cuida de garantizar el equilibrio de derechos entre las partes que, como veremos, algunos convenios colectivos no cumplen, así, identifica el cesionario, como exclusivamente aquél que mantiene la relación laboral con el trabajador, llamando al pacto individual respecto a los términos de la cesión a terceros; también, trata de limitar las cláusulas abusivas, ya sean de naturaleza individual ya colectiva, que regulan una cesión genérica en cuanto a los derechos efectivamente cedidos, obligando en este aspecto por tanto a hacer constar expresamente qué derechos son los transmitidos por la sola existencia del contrato de trabajo, que son, precisamente, aquellos que la empresa necesita para el ejercicio de su actividad habitual: *La cesión de los derechos de explotación en el marco de un contrato de trabajo se entenderá hecha para el medio con el que el periodista contrate, siendo necesarios acuerdos específicos para la explotación de estos derechos en otros medios del mismo grupo o su cesión a terceros. Cualquier acuerdo individual o colectivo que establezca una cesión genérica de los derechos de autor de los periodistas sin precisión de su alcance será tenido por nulo de pleno derecho.*

A continuación, regula una serie de garantías para el autor en relación a evitar una pérdida de derechos en casos de transmisiones fuera del territorio español, así como a la responsabilidad que debe adquirir el cesionario frente a conductas indebidas por terceros, pues no cabe olvidar que el artículo 48 de la LPI le confiere legitimación, junto al cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido: *En los supuestos en que el periodista ceda los derechos de explotación, podrá exigir al cesionario que persiga ante los tribunales a los terceros que hagan un uso indebido de estos derechos. El cesionario no podrá ceder los derechos a un tercero radicado en un territorio con un grado de protección inferior al establecido en España o que no reconozca los derechos morales de los autores. Se entenderá que existe una protección homologable a la española cuando el país en cuestión haya suscrito y ratificado el Convenio de Berna y los demás tratados promovidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.*

Se trata en definitiva de una propuesta que tiende a garantizar el equilibrio de derechos entre autor y empresa y además evitaría las cláusulas abusivas que, como veremos, son recogidas en algunos convenios colectivos.

El citado texto propuesto para la futura Ley del Estatuto del Periodista Profesional no ha conseguido alcanzar este rango, la falta de consenso entre los propios profesionales sobre algunos de sus aspectos ha llevado a que se formulen otras propuestas alternativas y a la paralización del proceso. En el documento alternativo, el artículo 19 se ha modificado en parte con la finalidad de evitar que la categoría de obra colectiva en que se pueda

insertarse el trabajo del autor no suponga una disminución de sus derechos de autor y se mantiene el blindaje ante las cláusulas abusivas de transmisión de sus derechos⁽⁴³⁾.

B) Los derechos de autor en los convenios colectivos

Centrándonos nuevamente en los convenios colectivos de empresa, mientras algunos guardan un absoluto silencio sobre la materia, otros la regulan con una muy distinta profundidad.

Los hay que, junto a la reserva de derechos para la empresa, contienen declaraciones expresas en favor de sus trabajadores de reconocimiento de la condición de autor o propietario de los derechos derivados de la propiedad intelectual de sus obras⁽⁴⁴⁾, realizan declaraciones expresas de respeto a la paternidad de la obra⁽⁴⁵⁾ o aluden meramente a la titularidad por el trabajador de los derechos morales sobre la misma⁽⁴⁶⁾.

Si bien, el núcleo principal de este tipo de cláusulas radica en regular los derechos de explotación sobre la obra y los términos de su transmisión a la empresa e incluso a terceros, así como en ocasiones una referencia a la remuneración que por esta transmisión pueda corresponder al empleado⁽⁴⁷⁾. En rara ocasión se encuentran referencias que traten de delimitar el alcance de qué debe entenderse por actividad habitual de la empresa, aspecto que determinará el alcance de la cesión. Al respecto el Diario La Vanguardia señala que la empresa considera cedida la obra *para toda aquella actividad...que se desarrolle de conformidad con el objeto social de la Empresa establecido en cada momento...* (art. 45);

(43) «El periodista es autor de sus textos originales y de las noticias, reportajes y trabajos audiovisuales que realice, teniendo sobre ellos los mismos derechos patrimoniales y morales que la normativa legal sobre propiedad intelectual reconoce a los autores de obras individuales o libros, aun en el supuesto de que la obra en la que se publique el trabajo del periodista tenga el carácter de colectiva e incluso aunque ésta no tenga el carácter de asimilable al libro.

La cesión de los derechos de explotación en el marco de un contrato de trabajo de la obra del periodista se entenderá hecha para el medio con el que el periodista contrate, siendo necesarios acuerdos específicos para la explotación de estos derechos en otros medios del mismo grupo o cesión a terceros, no comprendiendo la misma, en ningún caso, la cesión del derecho de remuneración por copia privada, derecho que corresponderá siempre al periodista profesional.

Cualquier acuerdo individual o colectivo que establezca una cesión genérica de los derechos de autor del periodista sin precisión de su alcance será tenido por nulo de pleno derecho». Texto aprobado por la Conferencia de los Presidentes de las Asociaciones de la Prensa en Madrid (2005), publicado en la Rev. Periodistas FAPE núm. 2, junio-agosto 2005.

(44) C.C. de Editorial Paneurope, SLU de 9 de marzo de 2012 (BOIB 22/03/2012) «Editorial paneurope reconoce a sus trabajadores/as de Redacción el derecho a la propiedad de sus textos y/o trabajos periodísticos...reservándose el derecho a la utilización de este material...», art. 53. Similar reconocimiento inicial en el C.C. de La Vanguardia Ediciones, SLU de 18 de junio de 2012 (BOE 04/07/2012) *La empresa reconoce a los miembros de la Redacción en adelante autores, los Derechos de Propiedad Intelectual, de acuerdo con lo que las leyes establezcan sobre todos aquellos trabajos en adelante obra, elaborados para la Empresa...*, art. 45.

(45) C.C. Corporación de Medios de Andalucía, S.A. de 20 de febrero de 2012 (BOJA 22/03/2012).

(46) C.C. Diario ABC, S.L. de 14 de diciembre de 2010 (BOE 30/12/2010) y C.C. de La Voz de Galicia, S.A., de 21 de febrero de 2012 (BOE 12/03/2012).

(47) Un caso particular es el de aquellos convenios colectivos que regulan una cláusula por la cual la empresa dota un fondo económico anual, que será distribuido por el comité de empresa entre los redactores cuyos trabajos hayan sido, o solo enviados a otras empresas del grupo, o publicados por estas otras empresas; añade uno de estos convenios, que cuando se trate de una empresa que no fuera del grupo, se le abonará directamente al redactor que lo hubiere realizado, C.C. de la Editorial Prensa Valenciana, SA, cit. y C.C. de la Editorial Prensa Alicantina, SAU., cit.

en otros casos más llamativos como el de la empresa Unidad Editorial Información Económica se señala expresamente que *La Empresa ostentará los derechos objeto de la cesión tanto para el ejercicio de su actividad habitual como para cualquier otra actividad que con carácter principal o instrumental decida emprender en cualquier momento* (art. 59)⁽⁴⁸⁾, en una clara extralimitación de los términos legales; lo usual en cambio es no hacer referencia a la actividad habitual o recogerla en los términos literales del art. 51 de la LPI⁽⁴⁹⁾.

En cuanto a la identificación de los derechos de explotación de la obra que se transmiten, optan por fórmulas genéricas de transmisión a favor de la empresa sin contraprestación alguna que venga a compensar los derechos del autor. Es decir, son cláusulas en las que abiertamente se contempla que los derechos cedidos son todos los posibles, en cualquier tipo de formato, medio y soporte posible, durante todo el plazo temporal que permite la LPI y para todo el ámbito mundial⁽⁵⁰⁾, precisamente ese tipo de cláusulas que para el borrador del Estatuto profesional resultarían nulas (*vid. supra*) y que efectivamente resultan abusivas por lo que su interpretación debe mantenerse dentro de los parámetros legales y contextuales, valorando la efectiva actividad habitual de la empresa para fijar el alcance de los derechos de explotación transmitidos.

Por lo que respecta a la transmisión de estos derechos a terceros, debemos partir de que efectivamente es habitual que en empresas dedicadas a la prensa en su sentido más amplio, los trabajos informativos, artículos y fotografías de los redactores y reporteros sean cedidos para su publicación por otros medios de prensa. Este tráfico, ya sea oneroso o no, convierte para este sector la transmisión a terceros de los derechos de explotación, en legítima desde el punto de vista del artículo 51 de la LPI, por cuanto entraría dentro de la actividad habitual de este tipo de empresas que, para completar su publicación, utilizan tanto trabajos de sus colaboradores, asalariados o no, como de personal o profesionales vinculados a otras empresas del sector. Es por ello también habitual, que este tipo de empresas formen grupos de empresas entre las que desarrollar este aspecto de su actividad. Para empresas pertenecientes a un grupo por tanto, convendríamos en que deja de ser habitual en la actividad de cada una de ellas, el tráfico señalado con otras empresas que no forman parte del grupo.

Las cláusulas convencionales al respecto en ocasiones no realizan distinción alguna y de forma genérica señalan expresamente que la empresa, titular de los derechos de explotación (de todos los posibles e imaginables), lo es con carácter pleno y exclusivo y *con capacidad de cesión o licencia a terceros*⁽⁵¹⁾. En otros casos expresamente se limita la capacidad de cesión de la empresa solo a empresas del Grupo añadiendo que *no podrá ceder o vender a un tercero fuera de su grupo editorial ningún material sin autorización y subsiguiente compensación*

(48) C.C. de Unidad Editorial Información Económica, S.L., de 29 de junio de 2010 (BOE 13/07/2010).

(49) Art. 7 del C.C. del Diario El Correo, SAU de 9 de noviembre de 2011 (BOPV 12/03/2012) y art. 25 del C.C. de Editora de Medios de Valencia, Alicante y Castellón de 27 de enero de 2010 (DOGV 26/02/2010).

(50) Entre otros, art. 9 del C.C. de la empresa Agencia Aragonesa de Noticias, S.L., (BO de Aragón 02/01/2009); art. 29 del C.C. de la empresa Prensa Diaria Aragonesa, S.A., (BO de la provincia de Zaragoza, 28/10/2006); art. 17.k) del C.C. de La Voz de Galicia, cit.; art. 59 del C.C. Unidad Editorial Información Económica, cit.; art. 19 del C.C. de Diario ABC, S.L., cit.

(51) C.C. de La Voz de Galicia, cit.; C.C. de ABC, cit.; C.C. de Unidad Editorial Información Económica, cit., etc.

económica del autor/a»⁽⁵²⁾. En algún caso sin embargo la referencia al grupo de empresas se realiza para señalar expresamente que la cesión que se produce en exclusiva lo es, no solo para la empresa, sino también para el resto de empresas del grupo, entendiéndose incluida en la remuneración salarial del trabajador la compensación económica correspondiente a la cesión de derechos de propiedad intelectual a favor de las empresas del grupo, y regulando una aportación para el trabajador de un 50% del importe de la cesión cuando ésta se realice a empresas no pertenecientes a dicho grupo empresarial. En este caso, se observa una clara extralimitación del convenio al imponer la cesión de derechos del trabajador asalariado a empresas con las que éste no mantiene relación laboral y a su vez, esta cesión implica que cada una de ellas está facultada respecto de la obra, tanto para «*su explotación dentro de su habitual actividad editorial, como para su comercialización, venta o cesión a terceros, en exclusiva o no...*»⁽⁵³⁾. El artículo 51 de la LPI no legitima que la presunción de cesión de derechos en él regulada, sea extensible a empresas con las que el asalariado no mantenga relación de subordinación, pues precisamente es la existencia de esta subordinación y de la consiguiente retribución la que fundamenta la cesión de la titularidad de sus derechos como autor y la existencia misma del artículo 51 en el marco de la LPI. Es por tanto la relación entre el autor y quien retribuye su obra y su trabajo, la que legitima las limitaciones que afectan al autor en esta materia (art. 2 LPI), ningún artículo de la LPI permite limitar el derecho de autor a favor de terceros si no es en los casos expresamente en ella previstos.

Por último, sobre la cesión a terceros conviene mencionar el convenio colectivo de La Vanguardia ya que regula muy pormenorizadamente los términos de la cesión en un intento de mantener el equilibrio de derechos entre las partes, así, señala que la empresa realizará las cesiones *únicamente a empresas de prestigio y reconocida solvencia*, y que *se hará cargo de las demandas existentes y futuras derivadas de la cesión de obras que puedan comportar responsabilidad civil por transgresión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen derivadas de la cesión de obras...*; regula además una compensación económica para el autor distinta en función de si la cesión se produce dentro o fuera del grupo de empresas, y para este último caso señala que *la empresa informará adecuadamente a las empresas cesionarias que la cesión se entiende para su explotación por una sola vez y en las condiciones estipuladas, y que cualquier explotación indebida estará sujeta a demanda judicial*; asimismo, para velar por el cumplimiento del pacto al que se ha llegado en materia de derechos de autor se establece una Comisión de Control formada por tres representantes de autores y tres de la empresa, con objeto de resolver las incidencias que se presenten respecto de un pacto cuyas cláusula convencional constituye *un todo orgánico e indivisible, de forma que la eventual declaración de nulidad de alguna de sus partes comportaría la nulidad de su totalidad y consecuente pérdida de vigencia*.

2. En otros sectores

Por lo que se refiere al ámbito de la actividad audiovisual, la identificación del autor viene expresa y taxativamente señalada en la LPI. En ella se dedica un título específico (Título

(52) C.C. de Paneurope, cit.; en C.C. de Prensa Diaria Aragonesa, cit.

(53) Artículo 29 del CC de la empresa Prensa Diaria Aragonesa, S.A., cit.

VI) al régimen jurídico de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales señalando que, en este ámbito, son autores: el director-realizador, los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos y por último, los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra (art. 87). Como se señaló más arriba, no hay en este título referencia alguna a la singularidad del autor asalariado, por lo que concluíamos en que el artículo 51 de la LPI, especial por razón de los sujetos, debe interrelacionarse con la especialidad de la obra audiovisual, siendo el Título VI de la LPI un referente directo en la interpretación del alcance en la aplicación del artículo 51.

Sin embargo, el convenio colectivo de la Industria de la Producción Audiovisual, de carácter estatal⁽⁵⁴⁾, señala en su ámbito personal de aplicación, que quedan excluidos del convenio «*Aquellos trabajadores que, de acuerdo a la Ley de Propiedad Intelectual o a lo pactado en sus respectivos contratos, tengan el carácter de autor, a excepción de los guionistas en relación de dependencia que quedarán sometidos a los términos del presente Convenio Colectivo*». Parece que la autonomía individual impera en este sector, si bien, respecto de los guionistas, la disposición adicional primera del citado convenio contempla la incorporación al mismo de las categorías de guionistas y de animación como un asunto pendiente sobre el que las partes anuncian su compromiso por desarrollar en reuniones periódicas, por tanto, son un colectivo que de momento se mantiene ajeno al convenio de ahí que reivindicar el derecho a formar parte del mismo y a que se reconozcan sus derechos no solo como autores de las obras que realizan para las empresas productoras, sino también como asalariados de las mismas⁽⁵⁵⁾. El citado convenio excluye también a los actores, que se rigen por su propio convenio colectivo.

Respecto de los derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes, establece el art. 110 LPI que «*Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas (interpretaciones o ejecuciones) los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato*». Para este colectivo los derechos que se transmiten están identificados en la norma de ahí que las referencias que se encuentran en los convenios colectivos son relativas a aspectos sobre la retribución, o bien de éstos o bien de otros derechos, y a aspectos sobre la cesión de esos otros derechos. Entre los convenios colectivos que regulan las relaciones entre los productores y los actores que prestan servicios para los mismos, pueden encontrarse cláusulas similares en aquellos destinados a la actividad teatral; así, recogen aquel precepto casi literalmente dejando a salvo el derecho del artista de autorizar la fijación o grabación de sus actuaciones⁽⁵⁶⁾ o exigen su necesaria autorización para proceder a

(54) Aprobado por Resolución de 14 de julio de 2009 (BOE 01/08/2009).

(55) Las legítimas reivindicaciones de este colectivo de autores literarios de medios audiovisuales, pueden verse en <Sindicatoalma.es>.

(56) *Corresponde al artista el derecho exclusivo de autorizar la fijación o grabación de sus actuaciones. Cuando la interpretación o ejecución de la obra se realicen en cumplimiento del contrato de trabajo, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario adquiere sobre la fijación de la actuación los derechos exclusivos para autorizar su reproducción y su comunicación pública. Lo establecido en este apartado se entenderá sin menoscabo de los derechos de remuneración que pudieran corresponder al artista como consecuencia de la*

la grabación del espectáculo, señalando expresamente que se cederán por el actor o la actriz mediante contrato los derechos de propiedad intelectual *susceptibles de ser cedidos*⁽⁵⁷⁾.

Mientras que en el ámbito de las obras audiovisuales, el convenio colectivo regula el contenido mínimo de los contratos de interpretación que deberán celebrar productoras y actores, incluyendo en el mismo la *declaración por medio de la cual el actor, de forma expresa, cede al productor de la obra audiovisual los derechos de fijación, reproducción y distribución de su interpretación fijada, indicando, de forma igualmente expresa, el plazo y ámbito geográfico a que la cesión debe entenderse referida*. Por la cesión de estos derechos el actor percibirá una remuneración adicional que, aunque se calcula sobre un porcentaje del salario, establece que su *determinación individualizada y separada de la salarial pactada deberá constar en el contrato y se hará efectiva al actor de forma separada o junto con el último plazo de pago del salario*; también establece esta cláusula que *deberá constar en el contrato de interpretación la declaración por medio de la cual, el actor, de forma expresa autoriza al productor de la obra audiovisual, la comunicación pública de su interpretación fijada, indicando, de forma igualmente expresa, el plazo y ámbito geográfico a que la autorización debe entenderse referida*⁽⁵⁸⁾.

aplicación de la normativa legal o convencional aplicable, y en particular de la legislación sobre derechos de propiedad intelectual. En ningún caso podrá considerarse que dichos derechos se encuentran incluidos dentro de las cantidades establecidas en las tablas retributivas de este convenio. art. 17.1 del C.C. del Sector de Profesionales de la Danza, Circo, Variedades y Folklore de la Comunidad de Madrid, de 14 de marzo de 2012 (BO Comunidad de Madrid 15/05/2012).

(57) *En caso de grabación audiovisual del espectáculo teatral motivo del contrato para su posterior explotación comercial en cualquier soporte, el/la actor/actriz habrá de dar previamente su consentimiento expreso y, en todo caso, será objeto de un contrato y remuneración distintos del contrato de prestación artística en espectáculos públicos, teniendo derecho a percibir por la grabación al menos los mínimos establecidos al respecto que constan en el Anexo I del presente convenio, o acuerdo económico superior de las partes...La exhibición o comercialización por parte de la empresa en cualquier soporte multimedia sin la preceptiva autorización expresa por escrito del/de la actor/actriz y su retribución adicional expresada anteriormente, podrá ser causa de demanda y rescisión del contrato de trabajo por parte del trabajador si éste estuviera en vigor, teniendo derecho a los correspondientes daños y perjuicios que establece la Ley...*, art.34 del C.C. del Sector de Actores de Madrid, de 21 de julio de 2008 (BO Comunidad de Madrid 13/10/2008). De alcance similar es el art. 8 del C.C. de Actores y Actrices de Teatro de Cataluña, de 27 de noviembre de 2009 (DOGC 22/02/2010).

(58) C.C. Estatal Regulador de las Relaciones Laborales entre los Productores de Obras Audiovisuales y los Actores que prestan sus servicios para las mismas, de 29 de marzo de 2005 (BOE 14/04/2005).

LOS PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS EN EL DERECHO MIGRATORIO^(*)

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

*Profesor Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Instituto de Migraciones
Universidad de Granada*

RESUMEN

Los profesionales altamente cualificados en el Derecho migratorio

La circulación de profesionales altamente cualificados puede ser beneficiosa tanto para los países de origen como de destino. Resulta indispensable potenciarla, pero también resulta cada vez más ineludible una «gestión equilibrada» de tal fenómeno en una perspectiva «global». Este estudio ofrece un análisis jurídico-crítico del régimen vigente en nuestro ordenamiento jurídico en relación a este tipo de inmigración, en el marco del Derecho migratorio de la UE, pero también desvelando las carencias del mismo en una perspectiva de atracción de talento profesional. Una valoración global de la ordenación legal y reglamentaria existente en nuestro país conduce a la consideración de que no colma las exigencias de flexibilidad y agilidad a la hora de proceder a la contratación de mano de obra extranjera cualificada que refuerce la innovación y el desarrollo de nuestro tejido productivo. Se trata de una ordenación demasiado anclada en las exigencias del mercado de trabajo y no tanto en los derechos y preferencias del inmigrante altamente cualificado (la perspectiva «personal» del fenómeno migratorio).

Palabras clave: Trabajadores altamente cualificados; derecho migratorio; política migratoria; autorización de trabajo; integración laboral.

Fecha de recepción: 27-10-2012.

Fecha de aceptación: 28-10-2012.

ABSTRACT

Highly qualified professionals on immigration law

The circulation of highly qualified professionals can be beneficial as much for the countries of origin as for those of destination. It is indispensable to foster it, but it is also essential a “balanced management” of such a phenomenon in a “global” perspective. This study offers a legal-critical analysis of the current regime in our legal system in relation to this type of immigration, within the EU Immigration law framework, but it also analyzes the deficiencies from the attraction of professional talent view. A global assessment of the legal existent regulation in our country leads to considering that it does not fulfil the demands of flexibility and agility when hiring qualified foreigners in order to strengthen the research and development in our industry. It is a planning too much rooted in the demands of the labour market and not so much in the rights and preferences of the highly qualified foreigner (the “personal” perspective of the migratory phenomenon).

Keywords: Highly qualified workers; immigration law; immigration policy; working authorization; labour integration.

(*) El presente trabajo es resultado de la labor investigadora y de las actividades científicas que se desarrollan en el marco del Proyecto de I+D+i: Políticas jurídicas de integración social de la inmigración (DER2010-20068), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

SUMARIO

- I. LA MIGRACIÓN ALTAMENTE CUALIFICADA Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO (MARCO GENERAL).
 1. **La problemática de las migraciones de profesionales altamente cualificados.**
 2. **La política migratoria de la UE relativa a los extranjeros altamente cualificados (antecedentes e intervención normativa).**
 3. **La reforma de la LOEX en materia de trabajo de extranjeros altamente cualificados.**
 - II. CONCEPTO DE TRABAJADOR ALTAMENTE CUALIFICADO (ÁMBITO SUBJETIVO DE LA AUTORIZACIÓN «ESPECIAL»).
 - III. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS TITULARES DE LA AUTORIZACIÓN.
 - IV. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN.
 1. **Requisitos relativos la residencia de los extranjeros.**
 2. **Requisitos en relación con la actividad a desarrollar.**
 - V. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD.
 - VI. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN.
 1. **Solicitud.**
 2. **Instrucción del procedimiento y resolución.**
 3. **Procedimiento en caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo a Comunidades Autónomas.**
 4. **Visado y tarjeta azul UE.**
 - VII. FAMILIARES DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS.
 - VIII. RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS.
 - IX. MOVILIDAD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS TITULARES DE UNA TARJETA AZUL UE EXPEDIDA EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA.
 1. **Tratamiento del trabajador titular de una tarjeta azul UE.**
 2. **Movilidad de los familiares de los trabajadores extranjeros titulares de una tarjeta azul UE expedida en otro Estado miembro de la Unión Europea.**
 - X. ESTATUTO DE RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN-UE PARA TITULARES DE LA TARJETA AZUL UE.
 - XI. EXTINCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN.
 - XII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL SENTIDO POLÍTICO-JURÍDICO DEL TRATAMIENTO PARTICULAR DE LOS TRABAJADORES ALTAMENTE CUALIFICADOS EN EL SENO DE LA POLÍTICA MIGRATORIA.
- BIBLIOGRAFÍA.
-

I. LA MIGRACIÓN ALTAMENTE CUALIFICADA Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO (MARCO GENERAL)

1. La problemática de las migraciones de profesionales altamente cualificados

Lo que se entiende por profesionales altamente cualificados representa a unos colectivos diferenciales en cuanto a la idea estereotipada y simplificadora que se tiene el inmigrante «económico», normalmente ligada a situaciones de pobreza o de quiebra política o social que actúan como factores de impulso a la aventura migratoria. Sin embargo, la motivación que predominantemente origina el desplazamiento de los profesionales altamente cualificados se deriva de la dinámica de globalización de las actividades económicas y científica. Por tanto, no se relaciona exclusivamente con motivos económicos sino que también tiene un papel relevante el imperativo de mejorar las competencias profesionales y el desarrollo profesional del trabajador, y su perfil viene determinado por una población con elevadas credenciales educativas que permiten incorporar talento a los sistemas productivos y a la investigación y desarrollo de los países de destino.

La circulación de profesionales altamente cualificados ha sido históricamente, y continúa siendo, necesaria y puede –en teoría– ser beneficiosa tanto para los países de origen como de destino. Resulta indispensable potenciarla, pero también resulta cada vez más ineludible una «gestión equilibrada» de tal fenómeno en una perspectiva «global». El reverso de la movilidad de talentos aparece cuando existe un rechazo sistemático a volver al país de origen por parte de los científicos o trabajadores altamente cualificados emigrados. Esta contradicción no está resuelta en el modelo actual de gestión de la movilidad internacional del personal altamente cualificado, dado que el fomento y facilitación de las condiciones de acceso y residencia en los países de destino provoca inevitablemente una fuga de cerebros en los países de origen. Mientras que los países desarrollados están en disposición de proporcionar recursos suficientes para atraer nuevamente a sus nacionales, los países en desarrollo tienen mucho más difícil su reincorporación en el sistema nacional⁽¹⁾.

Atraer y retener talento pasa por una mayor inversión en innovación y desarrollo, condiciones laborales más atractivas y una estrategia integrada europea para reforzar los recursos humanos dedicados a la investigación y desarrollo. La historia demuestra que Europa viene siendo una fuente tradicional de recursos humanos altamente cualificados para los EEUU; asimismo, los profesionales muy cualificados no han venido considerando al conjunto de la Unión Europea (UE) como un destino excesivamente atractivo, y ello en el contexto de una competencia internacional cada vez más intensa⁽²⁾. La UE ha sido destino principal de trabajadores no cualificados o de cualificaciones medias, en comparación con destinos como EEUU o Canadá. Con objeto de revertir la situación, la UE debería aplicar hoy, en sintonía con todos sus estados miembros, una amplia estrategia integrada para incrementar los recursos humanos en innovación y desarrollo, como ya se viene

(1) GONZÁLEZ RAMOS, A.M.: «Atrayendo talento: Estrategias de Movilidad de los profesiones altamente cualificados en España», *Sociología y tecnociencia*, núm. 1, vol. 2, 2011, pp. 83-84.

(2) Vid. MAHROUM, S.: «Europa y la perspectiva de adquirir cerebros», *The IPTS Report*, núm. 66, 2002.

realizando a través de diversos programas⁽³⁾. En una economía cada vez más basada en el conocimiento, la inmigración cualificada cobra progresivamente más relevancia y concita un mayor interés por parte de los países desarrollados, que la conciben como un elemento importante de sus políticas de inmigración, pero también como parte de su estrategia de crecimiento económico a más largo plazo.

En todo caso, el reto de la «migración de competencias» o el denominado «nomadismo científico», constituyen una vertiente del fenómeno migratorio que sigue planteando serios dilemas en orden a su ordenación normativa, siempre que se tengan presentes ciertos criterios de solidaridad y equidad. En este sentido, los enfoques pueden variar desde la denominada «fuga de cerebros» hacia una política de «intercambio y circulación de competencias» que favorezca tanto a los países de destino como de origen⁽⁴⁾. El dilema es si se avanzará paulatinamente desde el modelo de fuga de cerebros (*brain drain*) hacia la «movilidad o circulación global de talento» (*brain gain*), y el desarrollo de estrategias donde todos ganen, o bien se incrementará la competencia internacional en este ámbito también.

La ausencia de instituciones que permitan una gobernanza global y consensuada del fenómeno⁽⁵⁾ hace que los vaticinios no sean muy halagüeños, y lo cierto es que se necesita algo más que meros códigos voluntarios de conducta en relación a sectores o países especialmente vulnerables a la fuga de cerebros. Son necesarias políticas de coordinación y cooperación entre los países, tanto a nivel regional como internacional, para lograr así una más equitativa distribución de los beneficios resultantes de la migración de talento⁽⁶⁾. Tales sistemas podrían dar lugar a mecanismos de «reclutamiento activo» de los trabajadores altamente cualificados en función de las preferencias tanto de los países emisores como receptores de trabajadores altamente cualificados.

El reverso de las actuales políticas de inmigración en este ámbito, y en términos de co-desarrollo, es la denominada «fuga de cerebros» que pueda producirse en países menos desarrollados, lo que puede suponer un lastre para su crecimiento económico y social, en la medida de que pierden parte de aquellos trabajadores que pueden contribuir notablemente a su desarrollo. Las consecuencias negativas de la pérdida de personal cualificado para los países de origen podrían compensarse a través de un «diseño circular» de los movimientos migratorios que pueda promover el co-desarrollo, como mecanismo de alivio a la presión migratoria en los países de origen. En todo caso, es de reseñar que el concepto de migración circular debe estar muy bien diseñado en su implementación, en especial para evitar las fricciones y paradojas que puedan plantearse respecto de las políticas activas de

(3) Vid. COMELLA, J.; ALSINA, E.; LÓPEZ, D.; GUADALUPE, M.A.; CASTELLÁ, J.: «La movilidad entre Europa y los Estados Unidos de América», *La Cuestión Universitaria*, núm. 4 (ejemplar dedicado a: «Horizontes en la política científica y movilidad de investigadores»), 2008.

(4) Vid. WICKRAMASEKARA, P.: «Respuestas de política a las migraciones cualificadas: retenciones, retorno y circulación», en *Perspectivas sobre migraciones laborales*, OIT, Ginebra, 2005, pp. 17 y ss.

(5) COUNIHAN, C.R.; MILLER, M.J.: «Competing for global talent in an Age of Turbulence», en AA.VV.: *Competing for global talent*, Kuptsch, C., Pang E.F. (eds.), ILO, Ginebra, 2006, pp. 259 y ss.; con carácter general, vid. AWAD, I.: «La gobernanza «global» de las migraciones internacionales», en AA.VV., Fernández Avilés, J.A., Moreno Vida, M.N. (dirs.), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación normativa*, Comares, 2011.

(6) KUPTSCH, C.; FONG, P. E.: «Introduction», en AA.VV.: *Competing for global talent*, Kuptsch, C., Pang E. F. (eds.), ILO, Ginebra, 2006, p. 8.

integración. Los países con políticas de acogimiento se han mostrado más eficientes desde el punto de vista de la integración no solo social sino profesional del personal altamente cualificado, pues éste puede asumir sus retos profesionales con mayor facilidad en armonía con su vida familiar. Pero estas políticas chocan con la idea de fomentar solamente el movimiento temporal del personal cualificado a fin de no causar un empobrecimiento de cualificaciones en los países de origen.

Los países de origen que generan flujos voluntarios de capital humano tendrían unas consecuencias económicas positivas como alivio de la presión de la superpoblación y el desempleo, la fuente de remesas, la inversión extranjera directa, las transferencias de conocimiento y tecnología, etc. Por otro lado, los inmigrantes cualificados que han adquirido una educación superior o una formación profesional en los países de acogida pueden representar una baza para los países de origen si consiguen transferir sus cualificaciones y servicios. Pero el flujo permanente de recursos humanos, especialmente de mano de obra muy cualificada y de talento, menoscaba el desarrollo de los países menos desarrollados, que no disponen de la capacidad económica ni institucional para reemplazar a esta mano de obra. En cierta medida, se trata de un círculo vicioso, los países en desarrollo no pueden contener los flujos de salida de competencias, y sin embargo, la propia pérdida de trabajadores cualificados actúa como un obstáculo importante para alcanzar el crecimiento. Para las personas formadas en el extranjero es muy difícil volver al país de origen si éste carece de recursos, de un tejido empresarial innovador, de centros de excelencia, etc. Es por ello que algunos países en desarrollo han implementado políticas de «gestión de la diáspora» en vez de retorno respecto a los profesionales altamente cualificados en el extranjero, a través de la creación de redes científicas y profesionales (virtuales y presenciales) que estimulan los lazos con la comunidad de origen y sus instituciones⁽⁷⁾. Las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información pueden coadyuvar al desarrollo de este tipo de políticas.

La experiencia demuestra que prácticamente todos los países del mundo tienden a facilitar la entrada de inmigrantes cualificados⁽⁸⁾. No obstante, el modelo de ordenación específico que se haya elegido está condicionado por la política migratoria «general». Los mecanismos empleados pueden variar: desde una autorización temporal para incorporarse, con un contrato, en un mercado de trabajo restringido; hasta un derecho de entrada, con carácter permanente y sin restricciones, en el territorio de un Estado para buscar un empleo. Por tanto, genéricamente puede decirse que hay políticas nacionales que conciben la inmigración altamente cualificada «por iniciativa del empresario» (como es el modelo de la normativa europea y nacional), y en otros casos, por «iniciativa del inmigrante» (se trata de los países que practican el sistema de puntos)⁽⁹⁾.

(7) Vid. MEYER, J.-B.: «Network Approach versus Brain Drain: Lesson form the Diaspora», *International Migration*, vol. 39, núm. 5, pp. 91 y ss.; PELLEGRINO, A.; VIGORITO, A.: «La emigración cualificada desde América Latina y las iniciativas nacionales de vinculación. Un análisis del caso uruguayo», *Pensamiento Iberoamericano*, n. 4, 2009, pp. 189 y ss.

(8) Vid. OIM: *Informe sobre las migraciones en el mundo 2012. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*, Ginebra, 2010, especialmente pp. 15-18.

(9) Vid. LOWELL, B.L.: *Policies and Regulations for Managing Skilled International Migration for Work*, UN/POP/MIG/2005/03, 23 de junio de 2005; USHAKOVA, T.: «Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea», *RL*, núm. 22, 2011, pp. 102-103.

La situación actual de crisis ha propiciado una tendencia general hacia los programas temporales de inmigración cualificada, que permiten un planteamiento selectivo para una mejor adaptación a las exigencias de los mercados nacionales de trabajo. La contradicción que subyace a estas políticas es la necesidad de mantener incentivos para la atracción de la inmigración altamente cualificada, pero también preservar los intereses del mercado de trabajo nacional, esto es, proteger a los trabajadores nacionales. En todo caso, la capacidad para realizar las evaluaciones precisas de la demanda de trabajadores migrantes en el mercado laboral se considera como un requisito fundamental para la buena gestión de la migración, incluida la altamente cualificada. Así pues, no predominan los modelos que atiendan a la libre iniciativa por parte del inmigrante, sino que la ordenación del flujo migratorio se canaliza conforme a las exigencias de los mercados de trabajo nacionales. Y ello se articula jurídicamente de diferentes maneras: bien estableciendo un mecanismo de cupos (límites numéricos fijos de admisión de trabajadores en un país), que conlleva una cierta previsibilidad y control, pero también supone una rigidez muy importante; o bien con pruebas del mercado laboral (sistemas de puntos). En todo caso, las limitaciones impuestas hacen que los enfoques no se centren en el propio *ius migrandi*⁽¹⁰⁾ del trabajador altamente cualificado, sino que lo hacen prevalentemente en la salvaguarda de la soberanía territorial de los Estados y su potestad para establecer sus propias políticas migratorias, así como de su capacidad para ordenar los flujos migratorios (incluidos evidentemente los motivados por razones profesionales).

Las instituciones de la UE, más en un plano retórico que pragmático, y de forma especial la Comisión Europea, vienen defendiendo la necesidad de moderar los efectos de la fuga de cerebros haciendo uso de los conceptos de migración «circular» y «virtual». Códigos de conducta éticos, ingresos más elevados y fondos de compensación son algunas de las medidas que permitirían evitar la salida de los profesionales cualificados de sus países de origen. Pero lo cierto es que el resultado actual de esta política de inmigración no refuerza ninguna vertiente de «solidaridad» con los terceros países que pudieran verse afectados por este fenómeno migratorio pernicioso para su crecimiento económico⁽¹¹⁾. Es decir, los países emisores no ven compensada la inversión que su sistema educativo ha realizado en la capacitación de los profesionales altamente cualificados. La «migración circular» no deja de ser un mito, un concepto en el que subyace realmente una concepción estrictamente «mercantilizada» de la población trabajadora. Se argumenta también que los países de origen pueden beneficiarse de las remesas de trabajadores migrantes temporales y de los conocimientos y habilidades que pueden traer de vuelta a su regreso. Las migraciones circulares y temporales también han sido a menudo descritas como más favorables para el desarrollo, ya que no dan lugar a una pérdida permanente de las competencias⁽¹²⁾. Sin embargo, algunos documentos internacionales ofrecen una visión más realista, al considerar que, con respecto al impacto de la crisis sobre el posible retorno de los inmigrantes a sus países de origen, no se cree que ello se produzca para una gran número de personas,

(10) Para una concepción universal de este derecho, *vid.* CHUECA SANCHO, Á.G.: «*Ius migrandi* y el derecho humano al desarrollo», *Eikasía: Revista de Filosofía*, núm. 8, 2009, pp. 191 y ss.

(11) *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., Escudero Rodríguez, R. (coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 94-95.

(12) *Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos*, Ginebra, 2010.

ya que la mayor parte de migrantes están establecidos de forma regular y permanente en sus países de destino o acogida, con los mismos derechos y obligaciones que los nacionales, y de ahí que, salvo casos aislados, no se han documentado hasta el momento aumentos importantes en la migración de regreso de los países desarrollados⁽¹³⁾. Por lo que se refiere al aspecto del desarrollo, la Asamblea General de la ONU ha aprobado varias resoluciones de interés en la materia [v. gr. en la Resolución 63/225, reitera la necesidad de examinar la forma en que la migración de personas altamente cualificadas y con educación superior afecta a las iniciativas de desarrollo de los países en desarrollo].

En todo caso, conviene también tener presente que la migración altamente cualificada se concentra cada vez más en unas determinadas aglomeraciones metropolitanas fuertemente conectadas con la economía global (las conocidas como «*global cities*»). Por ello, la competición por los inmigrantes cualificados puede estar marcada por la competencia entre dichas áreas y ello puede generar tensiones entre las mismas y los Estados a la hora de gestionar las políticas migratorias. La interacción de las grandes empresas multinacionales en el fenómeno es también un elemento importante en el análisis de este tipo de flujos migratorios. En concreto, pueden aflorar tensiones entre las políticas más o menos restrictivas de los Estados y las de las autoridades locales, como ya sucede en parte en relación a las políticas de integración⁽¹⁴⁾. Todo ello pone de manifiesto las limitaciones que una perspectiva exclusivamente estado-céntrica tiene en relación a la complejidad y la amplitud de actores involucrados en el movimiento global de talento⁽¹⁵⁾.

2. La política migratoria de la UE relativa a los extranjeros altamente cualificados (antecedentes e intervención normativa)

Interesa destacar que la inmigración cualificada en España no había merecido hasta tiempos recientes una atención especial. Nuestro país ha vivido de espaldas hacia este tipo de inmigración, pues los esfuerzos se han dedicado preferentemente hacia la gestión de los problemas de gestión de mano de obra poco o nada cualificada⁽¹⁶⁾. Era la mano de obra que necesitaban los sectores productivos entonces con pujanza en nuestro país. El fenómeno ha dado lugar a la conocida «infratilización» de la mano de obra extranjera en nuestro país («infratilización de capacidades») así como también es explicativo de la escasa movilidad profesional ascendente del conjunto de los trabajadores inmigrantes. No obstante, antes del agravamiento de la crisis económica, en España existían sectores especialmente deficitarios de trabajadores con formación de nivel superior, como el caso

(13) Se trata del Informe del Secretario General de la ONU: *Migración internacional y desarrollo*, 2010, UN Doc. A/66/203, de 2 de agosto de 2010.

(14) LLUNA TABERNER, V.D.: «Las políticas de inmigración cualificada en los países desarrollados», comunicación presentada en el *VII Congreso Migraciones Internacionales en España: movilidad humana y diversidad social*, Bilbao, 2012, pp. 6-7.

(15) COUNIHAN, C.R.; MILLER, M.J.: «Competing for global talent in an Age of Turbulence», *cit.*, pp. 260 y ss.

(16) FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, p. 509.

de los profesionales de la medicina, lo que aconsejaba tomar medidas que incentivaran el acceso de este colectivo a nuestro mercado de trabajo⁽¹⁷⁾.

La reforma del marco normativo en esta materia es consecuencia de una política migratoria de la UE tendente a promover la llegada a Europa de profesionales altamente cualificados que faciliten la activación de la economía europea⁽¹⁸⁾. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que el Consejo debe adoptar medidas de política de inmigración relativas a las condiciones de entrada y residencia, las normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y permisos de residencia, y las medidas que definan los derechos y condiciones en que los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros (*vid.* art. 79 TFUE). Así pues, los cambios en el Derecho interno no responden a un intento aislado de regulación de autorizaciones para los profesionales altamente cualificados, sino una exigencia derivada del marco normativo de la UE en materia migratoria⁽¹⁹⁾. Ya dentro de la Estrategia de Lisboa (2000)⁽²⁰⁾ se sentaron las bases sobre las que contextualizar las medidas para atraer a más trabajadores altamente cualificados procedentes de terceros países para su incorporación y permanencia en el mercado laboral como parte de un enfoque basado en las necesidades de los Estados miembros⁽²¹⁾.

Como antecedente más inmediato, el Consejo Europeo de diciembre de 2006 aprobó el Plan de Política en materia de inmigración, entre cuyos objetivos se encontraba la definición de las condiciones de admisión aplicables a determinadas categorías de inmigrantes, en el convencimiento –ya presente el Programa de La Haya de 2004– de que la migración legal desempeñará un importante papel «en el refuerzo de la economía basada en el conocimiento de Europa y en el impulso del desarrollo económico». Para la consecución de este objetivo se encomienda a la Comisión el desarrollo de propuestas legislativas específicas que en materia de migración legal que incluyera procedimientos de admisión capaces de responder rápidamente a las fluctuantes demandas de trabajo migratorio en el mercado laboral, entre las que se encontraba la relativa a los trabajadores altamente cualificados.

(17) *Vid.* AA.VV.: «La inmigración cualificada en España: mercado, regulación y situación actual en España», en *XVI Encuentro de Economía Pública*, Granada, 2009.

(18) Para un análisis de los sistemas comparados de atracción de trabajadores altamente cualificados, *vid.* IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: «Sistema de «blue-card» o «sistema de puntos»: una comparación entre los sistemas de atracción de trabajadores altamente cualificados del Reino Unido y de la Unión Europea», en AA.VV., *VI Congreso sobre las migraciones en España*, A Coruña, 17-19 de septiembre de 2009, 2010, pp. 130-143.

(19) En este sentido, ROMERO CORONADO, J.: «Residencia y trabajo de profesionales extranjeros altamente cualificados», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010, p. 699.

(20) Un interesante balance de los resultados de dicha estrategia puede verse en MAGNUSSON, L.: «Dopo Lisbona? L'Europa sociale al bibio», *Quaderni Rassegna Sindacale*, n. 1, 2010, pp. 7 y ss.; BARBIER, J.-C.: «Per un bilancio critico della Strategia di Lisbona», *Revista delle Politiche Sociali*, n. 4, 2009, pp. 55 y ss.

(21) *Vid.* SERRANO GARCÍA, J.M.: «Política comunitaria de inmigración», en AA.VV., Serrano García, J. M., Mendoza Navas, N., (coords.), *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 37-64; SHAAPER, M.; WYCKOFF, A.: «Movilidad del personal altamente cualificado: un panorama internacional», *Revista CTS*, núm. 7, vol. 3, 2006, p. 150.

La Comisión presentó la *Comunicación sobre el plan de política en materia de migración legal* [COM (2005) 669] en la que se propuso la adopción de determinadas medidas legislativas. De todas maneras, se abandona el enfoque, presente en la Propuesta de Directiva de 2001 [COM (2001) 386 final]⁽²²⁾, basado en la idea de establecer un marco legislativo global que regule las condiciones de admisión de todos los nacionales de terceros países que deseen entrar en los mercados laborales de los Estados miembros de la UE. De este modo, ante la desidia de los propios Estados miembros, el Consejo opta por proponer un conjunto de medidas complementarias y la Comisión se decanta por adoptar una iniciativa que únicamente se refiera a las condiciones y los procedimientos de admisión de un reducido número de categorías de inmigrantes económicos. Precisamente, una de estas categorías venía constituida por los trabajadores extracomunitarios muy cualificados. El 11 de diciembre de 2007 se presenta la *Comunicación sobre las directrices integradas para el crecimiento y el empleo*, en la que la Comisión puso de relieve la necesidad de fomentar en la UE la movilidad de los trabajadores altamente cualificados, no sólo provenientes de terceros países, sino también de los que son ciudadanos de la UE y en particular los procedentes de los Estados miembros que se adhirieron en 2004 y 2007⁽²³⁾. En la materia que nos ocupa, los objetivos fueron la instauración de un estatuto jurídico para los trabajadores de terceros países ya admitidos y la simplificación de los procedimientos para los solicitantes, estableciéndose condiciones específicas de admisión para, entre otros, los trabajadores muy cualificados⁽²⁴⁾.

En el plano político, el impulso definitivo a una normativa común sobre inmigración cualificada se produce con ocasión de la aprobación del *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*. En este acuerdo, aprobado por en el Consejo Europeo de 15 de octubre de 2008, se propone reforzar el poder de atracción de la Unión Europea para los trabajadores altamente cualificados. La Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio de 2009) (en adelante, Directiva) es consecuencia práctica de esta orientación de la política migratoria comunitaria, sentando las base definitivas para el establecimiento de un procedimiento abreviado de admisión de los trabajadores muy cualificados de terceros países aplicable a todos los Estados miembros⁽²⁵⁾.

Con todo ello se pretendía dar cumplida respuesta a uno de los retos esenciales desde la perspectiva del desarrollo de la UE, esto es, la atracción y mejor utilización de los recursos humanos muy cualificados procedentes de terceros países. Como puede comprobarse, en el trasfondo de estas medidas existe una finalidad claramente económica, basada en la idea de incrementar la competitividad de la economía de la UE. Téngase en cuenta que,

(22) Relativa a las condiciones de entrada y de residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia.

(23) Es por ello que posteriormente la Directiva 50/2009/CE ha establecido la obligación de los Estados miembros de respetar el principio de preferencia comunitaria tal y como se define en las disposiciones pertinentes de las actas de adhesión.

(24) Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006.

(25) FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», en AA.VV., Monereo Pérez, J. L. (dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, p. 504.

cuando para ciertos sectores de actividad se necesitan profesionales altamente cualificados (el aumento creciente de necesidades de empleo en sectores que requieren un alto nivel formativo) sin que los nacionales, comunitarios o residentes legales puedan atender dicha necesidad en los mercados nacionales de trabajo, el acudir a la contratación de profesionales extranjeros puede ser una solución más rápida y menos costosa que la implementación de medidas de capacitación o reciclaje profesional que requieren un periodo prolongado de tiempo formativo, experiencia profesional y recursos económicos para su aplicación⁽²⁶⁾. Por tanto, se trata de reforzar la reconversión económica en una línea en la que la innovación y el conocimiento sean capaces de compensar la desventaja competitiva que soportan las empresas europeas en términos de mayores costes salariales.

La finalidad de la Directiva europea consiste en la captación de «cerebros» de terceros países, porque este tipo de inmigración se entiende que favorece los intereses económicos de las empresas europeas, a fin de que, como señala la propia Directiva, «la Comunidad se convierta en un destino más atractivo para estos trabajadores procedentes de todo el mundo, y contribuir a la competitividad y el crecimiento económico» (Considerando 7 del Preámbulo de la Directiva), estableciéndose para ello un procedimiento de admisión abreviado y reconociéndoles unos derechos económicos y sociales iguales a los que disfrutaban los nacionales del Estado miembro de acogida en una serie de ámbitos. Además, la norma trata de favorecer la movilidad -o libre circulación- de dicho colectivo entre los Estados miembros de la UE. Pero todo ello salvaguardando el principio de preferencia comunitaria en cuanto al acceso al mercado de trabajo (*cf.* art. 12.5 Directiva).

Las reglas sobre el personal altamente cualificado se instalan en la nueva idea presente en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, de contraponer la inmigración escogida o selectiva (*immigration choisie*) y la inmigración sufrida o no querida (*immigration subie*) tratando de potenciar la primera, haciendo a la UE más atractiva para inmigrantes altamente cualificados y estudiantes que eventualmente vendrán mano de obra cualificada.

Por otra parte, existía también la necesidad de establecer una política común básica de admisión de trabajadores muy cualificados. Hasta la Directiva europea, los Estados miembros disponían de regímenes jurídicos dispares en relación a la admisión de trabajadores muy cualificados. Por otra parte, tales regímenes –en el caso de que existieran– no ofrecían ninguna facilidad a los trabajadores muy cualificados de terceros países que necesitasen o desearan trasladarse a otro Estado miembro por motivos de empleo, y por consiguiente, segmentaban el mercado laboral de la UE e impedían una (re)distribución eficiente de la fuerza de trabajo necesaria. En consecuencia, el establecimiento de un marco normativo común en este ámbito trata de reforzar la expectativas de atracción de trabajadores muy cualificados en el seno de la UE⁽²⁷⁾. Se trata de un marco normativo –el de la Directiva– que deja ciertos márgenes de decisión a cada Estado miembro en cuanto a la transposición de la misma, pero que establece unas condiciones comunes de entrada, residencia y trabajo para este colectivo que trata de hacer atractivo el mercado de trabajo europeo para estos

(26) En este sentido, *vid.* ROMERO CORONADO, J.: «Residencia y trabajo de profesionales extranjeros altamente cualificados», *cit.*, p. 702.

(27) *Cf.* MOLINA NAVARRETE, C.; ESTEBAN DE LA ROSA, G.; ARCE JIMÉNEZ, E.: *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al RD 2393/2004, de 30 de diciembre*, CEF, Madrid, 2005, pp. 37-64.

trabajadores en el entorno global o, al menos, evitar incertidumbres en cuanto al régimen jurídico aplicable. Por consiguiente, la norma europea se inspira en la idea de evitar que los inmigrantes muy cualificados tengan que enfrentarse a sistemas de admisión muy diferentes, así como abre la posibilidad de trasladarse sin excesivas dificultades de un país a otro para trabajar, sin procedimientos excesivamente lentos o complejos.

En todo caso, la Directiva se entiende sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros: de mantener o crear nuevos permisos de residencia nacionales con cualquier fin de empleo [aunque dichos permisos de residencia distintos de la tarjeta azul UE no otorgarán el derecho de residencia en los demás Estados miembros que establece la Directiva –art. 3.4–]; de determinar los volúmenes de admisión de nacionales de terceros países que entran en su territorio con fines de empleo altamente cualificado [que puede ser causa de inadmisión de las solicitudes –arts. 6 y 8.3 Directiva–]; de la posibilidad de denegar los permisos de residencia con fines de empleo en general, o bien para determinadas profesiones, sectores económicos o regiones.

Para alcanzar estos objetivos, las medidas adoptadas por la UE pretenden establecer unas reglas de juego equitativas a escala comunitaria que faciliten y armonicen la admisión de este tipo de trabajadores mediante el fomento de la distribución y redistribución de éstos en el mercado de trabajo de la UE. Como instrumentos para ello, se trata de simplificar el sistema de admisión mediante un procedimiento abreviado, que permita la reagrupación familiar inmediata, y la creación de una base de datos sobre equivalencias de cualificaciones. Esta opción se entiende que fomenta y facilita la migración de trabajadores muy cualificados de terceros países a la UE. En esta dirección se encaminan también otras medidas como la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, o la Directiva 2005/71/CE del consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Así pues, se trata de favorecer la incorporación de estos trabajadores con la creación de un procedimiento común abreviado y flexible para la admisión de inmigrantes muy cualificados procedentes de terceros países, así como unas condiciones de residencia atractivas para ellos y para los miembros de sus familias, que incluyan ciertas facilidades para los que deseen trasladarse a un segundo Estado miembro por razones de empleo muy cualificado. El objetivo de la Directiva y de la norma de transposición interna es establecer esas condiciones favorables de entrada y residencia por más de tres meses en el territorio nacional de los Estados miembros de nacionales de terceros países, para fines de empleo altamente cualificado como titulares de una tarjeta azul UE y de los miembros de sus familias. En todo caso, nada impide que sean de aplicación posibles disposiciones más favorables del Derecho de la UE, incluidos los acuerdos dentro de la UE o entre la UE y sus Estados miembros o uno o varios terceros países, así como los acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados con uno o varios terceros países. También se puede ver afectada la aplicabilidad de esta regulación por el derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones más favorables para las personas a las que se aplica la norma (art. 4 Directiva). A este respecto, importa destacar que se quedaron fuera de participar en la adopción de la Directiva y, por tanto, no quedan vinculados por ella ni sujetos a su

aplicación: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Tales países han quedado fuera de la aplicación de la Directiva de la tarjeta azul y han puesto en marcha sus propios sistemas de puntos para la selección de inmigrantes cualificados. Este elemento, junto con el dato de que la Directiva se basa en el modelo de «demanda de los empleadores», cuya efectividad depende en gran medida de la transposición que de la misma lleven a cabo los Estados miembros, hace que difícilmente se pueda hablar de una política verdaderamente común para la atracción de inmigrantes cualificados⁽²⁸⁾.

La mejor manera de que los profesionales muy cualificados encuentren atractivo el proyecto migratorio hacia la UE es establecer un marco adecuado que favorezca su integración efectiva en la sociedad y en el mercado de trabajo de estos trabajadores de terceros países. Por consiguiente, se deben garantizar una condiciones favorables de entrada, derechos de trabajo y residencia, reagrupación familiar inmediata y adquisición más rápida del estatuto de larga duración de la UE. Por ello, uno de los objetivos básicos de estas medidas de admisión y residencia es el respeto de los derechos fundamentales, al reconocer y garantizar los derechos de los inmigrantes muy cualificados y los miembros de sus familias como trabajadores y residentes en la UE, incluidas las garantías procesales y el derecho a la vida familiar⁽²⁹⁾. Se trata de ofrecer lo que se denomina el «paquete de inmigración global», en el que se incluyen medidas adicionales como la reagrupación familiar, las políticas de integración, la movilidad comunitaria, etc. a lo que podrían sumarse elementos como el acceso a la ciudadanía y la mayor o menor aceptación del fenómeno migratorio por parte de las sociedades de destino⁽³⁰⁾.

De todos modos, las restricciones que permite la Directiva a los Estados miembros hacen que esta filosofía de partida pueda fácilmente desvirtuarse a través de las normas de transposición. Resulta criticable que, comparando ciertos aspectos, el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante (núm. 093 del Consejo de Europa), de 24 de noviembre de 1977, ofrezca un régimen más favorable a los trabajadores inmigrantes de los Estados partes que el régimen acordado para los trabajadores inmigrantes altamente cualificados procedentes de terceros países en el marco de la UE⁽³¹⁾.

3. La reforma de la LOEX en materia de trabajo de extranjeros altamente cualificados

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX), tuvo entre sus finalidades la transposición adecuada y com-

(28) En este sentido, LLUNA TABERNER, V.D.: «Las políticas de inmigración cualificada en los países desarrollados», *cit.*, p. 4.

(29) *Vid.* TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 43.

(30) *Vid.* PAPADEMETRIOU, D.: *Talent, competitiveness and migration*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Bielefeld, 2009.

(31) USHAKOVA, T.: «Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea», *cit.*, p. 100.

pleta de numerosas Directivas comunitarias en materia de inmigración⁽³²⁾. Como se indica el propio Preámbulo de la Ley de reforma, la misma tuvo entre sus objetivos centrales el perfeccionamiento del sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales con destino a España, reforzando la relación directa entre la capacidad de acogida de trabajadores migrantes y la demanda del mercado laboral. Este objetivo conllevaba también la alteración del sistema de admisión de trabajadores extracomunitarios de España, en particular a través de la transposición de Directivas comunitarias, que –como se pone de manifiesto con claridad– escogen un «*modelo selectivo*» de migración laboral.

Fruto de ello, se incorporó un nuevo artículo (art. 38 ter) a la LOEX, dedicado al régimen jurídico del que denomina «profesional altamente cualificado». En realidad, se trata de un nuevo tipo de autorización de residencia temporal y trabajo. También la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2009, encomendaba al Gobierno una adaptación reglamentaria de la Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural.

Con anterioridad a la reforma legislativa, y ante el vacío legal existente, se habían adoptado diversas Instrucciones sobre los profesionales altamente cualificados cuya finalidad fue fijar el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requirieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural. Se trataba de un primer intento por dotar a nuestra regulación de extranjería de normas específicas aplicables al empleo de alta cualificación, sobre todo se debe destacar su valor simbólico como primera medida que toma en consideración la importancia de la contratación de trabajadores extranjeros de alta cualificación, como factor productivo clave e instrumento para la mejora de la competitividad de nuestro país, la contribución a la creación de puestos de trabajo o a la materialización de inversiones en territorio español en un contexto de internacionalización de la economía española. La Instrucción derogada tenía una afectación parcial al colectivo para el que ahora se destina la regulación de una autorización de residencia y trabajo especial. La medida fue acompañada por la creación de la Unidad de Grandes Empresas, con la intención de agilizar la entrada en nuestro país de trabajadores altamente cualificados, que desempeñen actividades profesionales

(32) Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: «El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 39-40; RAMOS QUINTANA, M.I.: «Migraciones laborales: las paredes maestras de la «Reforma 2009» de la Ley de Extranjería en España», *TS*, núm. 240, 2010, p. 68; AGUELO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A.G.: «El nuevo Reglamento de Extranjería», *RDMyE*, núm. 26, 2011, p. 80; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Estudio preliminar. Veinticinco años de Legislación sobre Extranjería e Inmigración en España», en AA.VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 36-37.

de interés social, laboral o de investigación. A dicha Unidad podían presentar solicitudes los empleadores que necesitaran directivos, técnicos de alta cualificación, científicos o profesores universitarios, en cuya contratación concurrieran razones de interés nacional.

Esta regulación preexistente se caracterizaba por establecer condiciones bastante restrictivas de acceso a nuestro mercado de trabajo⁽³³⁾. Globalmente valorada, se estaba ante una norma claramente instalada en la línea de estimular medidas de inmigración selectiva aplicables a determinados grupos de inmigrantes, al mismo tiempo mostraba cautelas a la hora de flexibilizar el proceso de contratación de los trabajadores extranjeros de alta cualificación. Algunas de sus tachas en este sentido son también predicables de la nueva ordenación. El proceso era demasiado complejo, burocratizado y lento, si lo que se pretendía verdaderamente era potenciar la inmigración cualificada, dado que las condiciones impuestas eran excesivas⁽³⁴⁾. La Instrucción estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2011, fecha de entrada en vigor del nuevo Reglamento de Extranjería.

Así pues, la nueva norma legal –y su correlativo desarrollo reglamentario– supone la transposición a nuestro Derecho interno de la Directiva. El precepto ha sido desarrollado por el Capítulo V del Título IV del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante, RELOEX), titulado «Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul UE». En dicho capítulo se regula un procedimiento expreso que, en teoría, garantiza mayor agilidad para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y garantiza, expresamente, la movilidad de los profesionales altamente cualificados dentro de la Unión Europea, tal como ordena la LOEX y la propia Directiva europea. En concordancia, la Resolución de 28 de febrero de 2007 fue derogada por la disposición derogatoria única del actual RELOEX.

II. CONCEPTO DE TRABAJADOR ALTAMENTE CUALIFICADO (ÁMBITO SUBJETIVO DE LA AUTORIZACIÓN «ESPECIAL»)

Inicialmente interesa destacar que este régimen específico solamente es de aplicación a los nacionales de terceros países (vulgarmente denominados «extracomunitarios»), dado que no se pueden establecer límites de residencia y trabajo a los nacionales de países miembros de la UE por aplicación del principio de libre circulación de trabajadores. En efecto, el ámbito personal se reduce a los nacionales de un tercer país entendiendo por tales a cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión (art. 2 Directiva). Estos nacionales de terceros países son los que deben solicitar la admisión en el territorio de uno de los Estados miembros para fines de empleo altamente cualificado (art. 3 Directiva).

Tras la entrada en vigor de la Reforma de 2009 de la LOEX, y a los efectos del nuevo precepto (art. 38 ter LOEX) se entiende por «*profesional altamente cualificado*» a «*quie-*

(33) Sobre el contenido de dicha norma, *vid.* FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, pp. 511-512.

(34) En este sentido, GONZÁLEZ RAMOS, A.M.: «Atrayendo talento: Estrategias de Movilidad de los profesiones altamente cualificados en España», *Sociología y Tecnología*, núm. 1, vol. 2, 2011, p. 81; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 511.

nes acrediten cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente» (art. 38 ter. 1 LOEX). El concepto combina pues dos elementos alternativos a la hora de definir el empleo de alta cualificación: por un lado, la exigencia de una cualificación de enseñanza superior; de otro, una eventual experiencia profesional equivalente. Como puede verse, se trata de una delimitación general que, en realidad, remite a la norma reglamentaria para el desarrollo de este concepto estipulativo.

En todo caso, es de señalar que la norma no utiliza la noción técnico-jurídica de trabajador (*ex art. 1.1 LET*), refiriéndose más ampliamente a la noción vaga e imprecisa⁽³⁵⁾ —en términos técnico-jurídicos— de «profesionales». La denominación no se cohonestaba con la normativa de Derecho internacional de las migraciones que utiliza el concepto de «trabajador». Ello inicialmente podría tener una equívoca lectura interpretativa tendente a la inclusión en el concepto de relaciones profesionales de carácter civil o mercantil, lo que luego vendría desmentido por el propio desarrollo reglamentario (*v. gr.* al exigir las condiciones laborales previstas en la normativa laboral, referirse a «empleador», «trabajador», «contrato de trabajo», etc.). Pero interesa destacar que ni la LOEX ni su reglamento utilizan la expresión «trabajador por cuenta ajena», que sería técnicamente la expresión correcta y precisa. De ahí que la utilización de este término («profesional»), carente de significación jurídica precisa en nuestro ordenamiento, haya recibido una muy justificada crítica doctrinal, pues puede inducir a confusión en relación al tipo de trabajadores que están incluidos en este régimen de residencia y trabajo «preferencial»⁽³⁶⁾. Por su parte, la Directiva (aunque rubricada en referencia al «empleo cualificado») sí que es más precisa en sentido técnico-jurídico, al señalar en su art. 2 b) que por «empleo altamente cualificado» se refiere a la «persona «protegida como empleado en virtud del Derecho Laboral nacional y/o de acuerdo con los usos nacionales, que desempeña un trabajo real y efectivo para otra persona o bajo la dirección de otra persona, recibe una remuneración por ello...». Esto determina claramente que quedarían excluidos los nacionales de terceros países que desean ejercer una actividad por cuenta propia⁽³⁷⁾, que tendrían otros procedimientos específicos de admisión. Aclaración que actúa como criterio de «interpretación correctiva» de nuestro Derecho nacional, y que se corrobora con una interpretación sistemática del desarrollo reglamentario del que se deduce que se articula bajo el paradigma regulativo del trabajo por cuenta ajena.

Conforme a la remisión legislativa, es el art. 85.2 RELOEX —en línea con el concepto contenido en el art. 2 g) de la Directiva— el precepto que determina qué debe entenderse por «cualificación de enseñanza superior», estableciendo que se entenderá por la misma «aquella derivada de una formación de enseñanza superior, de duración mínima de tres años y que proporcione el nivel de cualificación necesario para ejercer una profesión

(35) FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 513.

(36) BENLLOCH SANZ, P.: «Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados», en AA.VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas, Madrid, 2011, p. 686.

(37) FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 505.

que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada».

A estos efectos, las cualificaciones adquiridas en un tercer país deben tenerse en cuenta y reconocerse del mismo modo que las de los ciudadanos de la UE, de conformidad con la Directiva 2005/36/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Para proceder a esta evaluación si el nacional de un tercer país interesado posee titulaciones de enseñanza superior, cabe remitirse a los niveles 5A y 61 de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE) de 1997. En cuanto a las cualificaciones profesionales adquiridas por un nacional de un tercer país en otro Estado miembro deben reconocerse del mismo modo que las de los ciudadanos de la UE⁽³⁸⁾.

En cuanto a la profesión, ni la LOEX ni el Reglamento señalan lo que deba entenderse por la misma, de manera que hay que acudir a la Directiva [art. 2 j)], donde simplemente se indica que ha de tratarse de una «*profesión regulada*» en el sentido de la Directiva 2005/36/CE⁽³⁹⁾. En todo caso, consciente del menor grado de armonización en esta materia, se menciona (art. 5.5 Directiva) como posible criterio de referencia a la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO) elaborada por la OIT, del que la Clasificación Nacional de Ocupaciones es la versión española y, en concreto, los grupos generales 1 y 2. La CIUO se encuadra en las clasificaciones de ocupaciones y se concibe como un sistema para la clasificación y agregación de datos sobre ocupaciones, desarrollado sobre unos criterios de clasificación que se basan en el tipo de trabajo realizado y la competencia para llevar a cabo el mismo, entendida como la capacidad para desempeñar las tareas inherentes a un determinado empleo.

De todas maneras, la utilización de este criterio subsidiario presenta indudables dificultades aplicativas, y sobre ello guarda silencio el desarrollo reglamentario. A ello se le suma el hecho de que la generación informal de competencias plantea mayores problemas de acreditación, a lo que se une la falta de criterios comunes en el ámbito europeo que permitan armonizar los procedimientos de reconocimiento de la práctica profesional. Ello explica suficientemente que se haya propuesto que pueda integrarse al laguna legal a través del recurso a modelos de acreditación vigentes en otros ámbitos (certificado de profesionalidad en formación profesional), contar con la participación de organismos especializados (INICUAL), así como colaborar con los interlocutores sociales para establecer criterios objetivos de evaluación de la equivalencia profesional⁽⁴⁰⁾.

(38) Vid. MERCADER UGUINA, J.R., MUÑOZ RUIZ, A.B.: «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *RMTAS*, núm. 32, 2001, p. 42.

(39) Conforme al art. 3.1 a) Directiva 2005/36, se considera profesión regulada: «*La actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional*».

Se hace necesario que la UE avance de forma más rápida en el reconocimiento de las cualificaciones profesionales, teniendo en cuenta el proceso de Bolonia. A falta de un sistema europeo de reconocimiento de cualificaciones, deberá ser la autoridad nacional al que otorgue el reconocimiento con sujeción a los criterios señalados.

(40) BENLLOCH SANZ, P.: «Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 687.

Se halla en situación de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados aquel trabajador extranjero autorizado a desempeñar una actividad laboral para la que se requiera contar con una cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, acredite un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación, «relacionada con la actividad para cuyo desempeño se conceda la autorización» (art. 85.1 RELOEX)⁽⁴¹⁾. Matiz, este último, que introduce el desarrollo reglamentario y que vincula la cualificación o experiencia profesional del trabajador con la actividad para la que efectivamente se conceda esta especial autorización temporal de residencia y trabajo (se trata del trasunto del condicionante comunitario a que la experiencia profesional sea «pertinente en la profesión o el sector especificado en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo» –art. 2 g) Directiva–). De todos modos, el recurso al concepto de experiencia profesional comparable exigirá de las autoridades nacionales un esfuerzo complejo de evaluación, en el que podría tener cabida la participación de los interlocutores sociales. Reténgase que ha de tratarse del ejercicio «efectivo y legal de la profesión de que se trate» [art. 2 i) Directiva].

A pesar de lo visto, y del silencio de la LOEX y del RELOEX al respecto, no todos los nacionales de terceros países pueden acogerse a este régimen preferencial de entrada y residencia según la Directiva europea. De conformidad con la Directiva existen diversas limitaciones para la aplicación de este régimen preferencial pues la misma excluye expresamente a aquellos ciudadanos de terceros países:

- a) Que estén autorizados a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o hayan solicitado autorización para residir sobre la base de tal protección y estén a la espera de una decisión sobre su condición.
- b) Que gocen de protección internacional en virtud de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, o que hayan solicitado protección internacional en virtud de dicha Directiva sin que haya recaído aún una decisión definitiva sobre dicha solicitud.
- c) Que gocen de protección de conformidad con el Derecho nacional, las obligaciones internacionales o los usos del Estado miembro o hayan solicitado protección de conformidad con el Derecho nacional, las obligaciones internacionales o los usos del Estado miembro sin que haya recaído una decisión definitiva sobre dicha solicitud.
- d) Que soliciten residir en un Estado miembro como investigadores en el sentido de la Directiva 2005/71/CE para realizar un proyecto de investigación.
- e) Que sean miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que hayan ejercido o estén ejerciendo su derecho a la libre circulación en la Comunidad de conformidad

(41) La Directiva dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de exigir el requisitos de experiencia profesional de nivel comparable a las cualificaciones de enseñanza superior. Nuestro ordenamiento opta por esta posibilidad, aunque el desarrollo reglamentario no introduce elementos que conlleven un mínimo de seguridad jurídica de cara a dicha equiparación.

con la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

f) Que disfruten del estatuto de residente de larga duración-CE en un Estado miembro de conformidad con la Directiva 2003/109/CE y ejerzan su derecho a residir en otro Estado miembro para ejercer una actividad económica por cuenta propia o por cuenta ajena.

g) Que entren en un Estado miembro en virtud de los compromisos contraídos en un acuerdo internacional que facilite la entrada y estancia temporal de determinadas categoría de personas físicas relacionadas con el comercio y la inversión.

h) Que hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro como trabajadores de temporada.

i) Cuya expulsión se haya suspendido por motivos de hecho o de derecho.

j) A los que se aplique la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, mientras dure su desplazamiento en el territorio del Estado miembro de que se trate.

Además, el régimen específico de alta cualificación no se aplicará a los nacionales de terceros países ni a los miembros de sus familias, independientemente de su nacionalidad, que, en virtud de acuerdos entre la Comunidad y sus Estados miembros y dichos terceros países, disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión (art. 3 *in fine* Directiva).

III. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS TITULARES DE LA AUTORIZACIÓN

Este tipo de profesionales podrá obtener a una autorización inicial de residencia y trabajo –que tendrá una duración de un año⁽⁴²⁾– documentada a través de la tarjeta azul de la Unión Europea (art. 38 ter.2 LOEX), expedida en el modelo uniforme establecido en el Reglamento (CE) 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, que permite a los Estados miembros incluir la información relativa, en particular, a las condiciones en que la persona puede trabajar. La administración designada debe indicar en la tarjeta azul UE las condiciones de acceso al mercado laboral establecidas, y en el epígrafe «Tipo de permiso» del permiso de residencia deberá anotar «tarjeta azul UE».

Esta autorización inicial de residencia y trabajo habilita a los «*extranjeros que residen fuera de España y han obtenido el correspondiente visado de residencia y trabajo a*

(42) Conforme al marco normativo europeo, corresponde a los Estados miembros fijar el período uniforme de validez de la tarjeta azul UE, que estará comprendido entre uno y cuatro años (art. 7.2 Directiva); aunque si el contrato de trabajo abarca un período inferior al fijado, la tarjeta azul UE se expedirá o renovará por el período de duración del contrato de trabajo más tres meses (art. 7.2 Directiva).

iniciar, una vez se produzca la eficacia de la autorización, la relación laboral para la que han sido autorizados» (art. 86.1 RELOEX). El RELOEX fija la validez de la autorización en un año (aunque ello no se establece expresamente en el art. 38 ter LOEX), lo que se encuentra dentro del margen fijado por el art. 7.2 de la Directiva. No obstante, la obtención del visado previo no es requerible en los casos de ejercicio del «derecho a la movilidad», tras haber sido titular de una de dichas autorizaciones en otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 86.1 párr. 2º RELOEX).

Por lo que respecta al acceso al mercado de trabajo, la Directiva establece que durante los dos primeros años de empleo legal en el Estado miembro como titular de una tarjeta azul de al UE, el acceso al mercado de trabajo del interesado podrá limitarse al ejercicio de actividades de empleo remunerado que cumplan con las condiciones de admisión. (art. 12.1 Directiva). Se trata de una medida encaminada a la finalidad de respetar el principio de preferencia comunitaria y evitar posibles abusos del sistema (considerando 15 del Preámbulo de la Directiva). Importa destacar que la normativa de extranjería española ha optado por no limitar durante los dos primeros años la movilidad profesional del titular de la tarjeta, como así lo permite la norma comunitaria. Por otra parte, en el desarrollo reglamentario se podría haber concedido a los interesados igual trato que a los nacionales en lo que respecta al acceso al empleo altamente cualificado, pero una vez que hayan transcurrido los dos primeros años (art. 12.1 Directiva), cosa que tampoco era ya necesario establecer.

Tampoco hay precepto nacional expreso, sobre si los trabajadores altamente cualificados disfrutarán de igual trato que los nacionales del Estado miembro que la expidió una vez concedida la autorización (como así se contempla en el art. 14 Directiva)⁽⁴³⁾, aunque

(43) Conforme al art. 14.1 de la Directiva 50/2009, los titulares de la tarjeta azul UE disfrutaban de igualdad de trabajo respecto a los nacionales del Estado miembro de recepción en cuanto a:

- a) Las condiciones de trabajo, incluidos el salario y el despido, así como las exigencias sobre salud y seguridad en el lugar de trabajo.
- b) La libertad de asociación, afiliación y pertenencia a una organización que represente a trabajadores o empleadores, o a cualquier organización profesional, incluidas las prestaciones que tal tipo de organización pueda ofrecer, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública.
- c) La educación y formación profesional.
- d) El reconocimiento de los diplomas, certificados y otros títulos profesionales, de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables.
- e) Las disposiciones del Derecho nacional relativas a las ramas de la seguridad social definidas en el Reglamento (CEE) n o 1408/71. Se aplicarán en consecuencia las disposiciones especiales del anexo del Reglamento (CE) n o 859/2003.
- f) Sin perjuicio de los acuerdos bilaterales vigentes, el pago de derechos de pensión por vejez legalmente adquiridos en relación con la renta, según el tipo que se aplique en virtud del Derecho del Estado o Estados miembros deudores, al trasladarse a un tercer país.
- g) El acceso a bienes y servicios y el suministro de bienes y servicios que estén a disposición del público, incluidos los procedimientos para acceder a una vivienda, así como la información y los servicios de asesoramiento facilitados por las oficinas de empleo.
- h) El libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro de que se trate, dentro de los límites impuestos por el Derecho nacional.

En todo caso, el art. 14.2 Directiva concede ciertos márgenes de decisión a los Estados miembros, en relación con lo dispuesto en los apartados c) y g) del art. 14.1 [educación y formación profesional y acceso y suministro de bienes y servicios, incluidos los procedimientos para acceder a una vivienda, así como la información y los servicios de asesoramiento facilitados por las oficinas de empleo], en relación a los cuales el Estado miembro de que se trate

esta imprevisión puede perfectamente integrarse con el principio general de igualdad de trato y de no discriminación que sientan el art. 23.2 e) y art. 23.2 *in fine* LOEX, donde se contempla que constituye discriminación indirecta «*todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad*»; así como se considera que constituye «*discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, siempre que se refieran a requisitos no esenciales para el desarrollo de la actividad laboral*». Y ello con independencia de que tengan atribuidos todos los derechos que la LOEX atribuye a los residentes legales en nuestro país, es por ello, quizá innecesario que la norma de transposición incorpore el elenco de derechos del art. 14.1 de la Directiva, por tratarse de derechos ya reconocidos en los diferentes pasajes de la LOEX.

Por lo que respecta al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, tienen especial incidencia los Reglamentos de la UE. Las ramas de la Seguridad Social se definen en el Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 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 los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. El Reglamento (CE) núm. 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento citado y el Reglamento (CEE) núm. 574/1972, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, amplía las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 a los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Comunidad y se encuentran en situación transfronteriza. Las disposiciones sobre igualdad de trato en materia de Seguridad social también se aplican directamente a las personas que entren en el territorio de un Estado miembro directamente desde un tercer país, siempre y cuando

podrá restringir la igualdad de trato en lo que respecta a créditos y becas de estudios y de manutención o a otros tipos de créditos y becas para enseñanza secundaria y superior y para formación profesional, y en los procedimientos de acceso a la vivienda. En relación con el derecho a la educación y formación profesional, los Estados miembros tienen los siguientes márgenes de decisión: a) el acceso a la enseñanza universitaria y postsecundaria podrá estar sujeto a requisitos específicos de acuerdo con el Derecho nacional; b) el Estado miembro de que se trate podrá restringir la igualdad de trato a aquellos casos en que en lugar de residencia registrado o habitual del titular de la tarjeta azul UE, o del miembro de la familia para el que se solicitan los beneficios, se encuentre en su territorio.

Por otra parte, conforme al art. 14.2 Directiva, el derecho a la igualdad de trato establecido se entenderá «sin perjuicio del derecho del Estado miembro a retirar o denegar la renovación de la tarjeta azul UE de conformidad con el artículo 9. 4» de la Directiva. Asimismo, si el titular de la tarjeta azul UE se traslada a un segundo Estado miembro con arreglo al artículo 18 Directiva, sin que se haya adoptado una decisión estimatoria de la expedición de la tarjeta azul UE, los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato en los aspectos enumerados art. 14.1, excepto los de las letras b) y d). Si durante ese período los Estados miembros dan al solicitante permiso de trabajo, se le concederá igual trato que a los nacionales del segundo Estado miembro en todos los aspectos enumerados en el art. 14.1 Directiva.

Se trata de un cúmulo de excepciones -o disposiciones restrictivas a merced de los Estados miembros- que confrontan con las normas correlativas del Convenio Europeo de 1977.

En todo caso, la Directiva no obsta a la posibilidad de que el titular de la tarjeta azul UE disfrute de otros derechos y beneficios que pueda otorgarle el Derecho nacional y que sean compatibles con la misma (considerando 7 del Preámbulo de la Directiva). En todo caso, las posibilidades de tratamiento desigual en cuanto a reconocimiento de derecho quedan servidas por la Directiva.

la persona interesada resida legalmente en calidad de titular de una tarjeta azul UE válida, incluso durante el período de desempleo temporal, y reúna las condiciones establecidas por el Derecho nacional para ser beneficiario de las prestaciones de Seguridad Social de que se trate. No obstante, la Directiva comunitaria no debe conferir al titular de la tarjeta azul UE más derechos de los ya previstos en el Derecho comunitario existente en materia de Seguridad Social para los nacionales de terceros países cuyo estatuto presente elementos transfronterizos entre los Estados miembros. Además, no se deben conceder derechos con respecto a situaciones que no pertenezcan al ámbito del Derecho comunitario, como, por ejemplo, la situación en la que los miembros de la familia residen en un tercer país (considerando 18 de la Directiva). Según la Directiva, la igualdad de trato a los titulares de la tarjeta azul UE no afectará a las medidas en el ámbito de la formación profesional que estén incluidas en los regímenes de asistencia social (*cf.* considerando 17 del Preámbulo y art. 14.2 Directiva).

De todos modos, es importante destacar que la Directiva se muestra muy restrictiva en materia de asistencia social, permitiendo establecer previsiones nacionales, no establecidas en nuestro Derecho interno, como las relativas a la posibilidad de que los Estados miembros pueden retirar o denegar la renovación de la tarjeta azul UE para profesionales altamente cualificados: cuando el titular no tenga suficientes recursos para mantenerse (él o en su caso los miembros de su familia) «*sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate*»; o cuando el titular «*solicite asistencia social, siempre que el Estado miembro de que se trate le haya proporcionado previamente información adecuada por escrito*» [art. 9.3 b) y c)].

IV. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN

La autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados tendrá una duración de un año (art. 86.2 RELOEX)⁽⁴⁴⁾, y se encuentra sujeta a una serie de requisitos, de manera que claramente no estamos ante un «derecho de admisión».

(44) Reténgase que la Directiva permite que los Estados miembros, dentro de los dos primeros años de residencia como titular de una tarjeta azul UE, limiten el acceso al mercado de trabajo al ejercicio de actividades de empleo remunerado bajo las condiciones aplicables para la concesión de la tarjeta (art. 12.1 Directiva). Una vez cumplido dicho período, se le reconocerá al trabajador inmigrante un trato comparable respecto de los nacionales del Estado miembro en el acceso al mercado de trabajo y al empleo muy cualificado (art. 12.1 *in fine* Directiva). Adviértase que el plazo que prevé la Directiva es superior, para una situación análoga, por el art. 8.2 del Convenio Europeo de 1977, donde se establece que un permiso de trabajo otorgado por primera vez no puede vincular al trabajador al mismo empresario o a la misma localidad por un período superior a un año. Ello refleja la intensa funcionalización del marco normativo comunitario al respeto de las exigencias derivadas de las políticas migratorias de cada Estado miembro y los equilibrios de sus mercados de trabajo.

Ello no obsta para que cualquier Estado miembro pueda mantener restricciones al acceso al empleo siempre y cuando las actividades correspondientes impliquen el ejercicio ocasional de la autoridad pública y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado, y estén reservadas a los nacionales de acuerdo con el Derecho nacional o comunitario vigente (art. 12.3 Directiva).

Del mismo modo, para atender al objetivo de integración progresiva de los trabajadores muy cualificados en el mercado de trabajo perseguido por la Directiva, la misma permite establecer que el cambio de empleador –o las modificaciones que afecten a las condiciones de admisión– durante los dos primeros años de residencia legal del

La Directiva establece que los Estados miembros podrán tener en cuenta las prioridades, las necesidades del mercado laboral y las capacidades de acogida de los Estados miembros. Se trata de cuestiones que siguen residiendo en el «núcleo duro» de la soberanía estatal⁽⁴⁵⁾. Por tanto, la aplicación de la Directiva se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a determinar los volúmenes de admisión de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (art. 6 Directiva).

Los Estados miembros pueden mantener restricciones al acceso al empleo en los casos en que, de acuerdo con el Derecho nacional o comunitario vigente, las actividades correspondientes estén reservadas a nacionales, a ciudadanos de la Unión o a ciudadanos del Espacio Económico Europeo. Así pues, antes de adoptar una decisión sobre una solicitud de tarjeta azul UE y al considerar las renovaciones o autorizaciones, durante los dos primeros años de empleo legal como titular de una tarjeta azul UE, los Estados miembros mantienen la posibilidad de examinar la situación de su mercado de trabajo y aplicar los procedimientos nacionales en lo que respecta a los requisitos para proveer puestos de trabajo vacantes. Esto se deja a la discrecionalidad de cada Estado miembro en cuestión. Los Estados miembros pueden verificar si el puesto de trabajo vacante de que se trate no puede ser provisto por mano de obra nacional o comunitaria, por nacionales de terceros países que residan legalmente en ese Estado miembro y que ya formen parte de su mercado de trabajo en virtud del Derecho comunitario o nacional o por residentes de larga duración de la UE que deseen trasladarse a ese Estado miembro para desempeñar un empleo altamente cualificado (de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo III de la Directiva). Por tanto, en virtud de este elemento «excluyente» que queda a disposición de los Estados miembros, la admisión de profesionales muy cualificados puede convertirse en una cuestión residual o marginal si esa es su opción de política migratoria⁽⁴⁶⁾.

Por tanto, queda claro que no estamos propiamente ante un derecho a la libertad para trabajar, sino más bien de una mera expectativa condicionada a la «situación de mercado» del país receptor.

En cuanto a los condicionantes genéricos de este tipo de autorización especial de residencia y trabajo de carácter temporal, en nuestro Derecho interno el art. 38 ter.3 LOEX prescribe que para la concesión de las autorizaciones destinadas a profesionales altamente cualificados *«podrá tenerse en cuenta la situación nacional de empleo, así como la necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero»*. Como puede comprobarse se trata de condicionantes de «no necesaria aplicación» (*«podrá tenerse en cuenta»*), por lo que dejaría a la normativa de desarrollo la posibilidad de tener en

titular de una tarjeta azul UE deba ser comunicado –o autorizado– por las autoridades del Estado miembro. Transcurrido este período, si el Estado miembro no ha hecho uso de la posibilidad establecida en el art. 12.1 Directiva, el interesado simplemente deberá comunicar a las autoridades competentes del Estado miembro de residencia, los cambios que afecten a los criterios de admisión (art. 12.2 Directiva).

(45) Por lo que respecta a los volúmenes de admisión, los Estados miembro conservan la posibilidad de denegar las autorizaciones de residencia con fines de empleo en general, o bien para determinadas profesiones, sectores económicos o regiones [vid. GARCÍA MURCIA, J.: «La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea», *RMTAS*, núm. 57, 2005, p. 217].

(46) En este sentido, ROMERO CORONADO, J.: «Residencia y trabajo de profesionales extranjeros altamente cualificados», *cit.*, p. 721.

cuenta o no estos criterios. La norma se inspira en los dos principios informadores de la política de inmigración y de acceso al mercado de los profesionales altamente cualificados⁽⁴⁷⁾.

Como veremos, el desarrollo reglamentario ha optado por referirse exclusivamente –en cuanto a los requisitos– a la exigencia de tener en cuenta la situación nacional de empleo, aunque también se alude al segundo elemento cuando aborda las causas de posible denegación de la autorización.

El primer principio informador toma en consideración la situación nacional de empleo, lo que resulta coherente con la política subyacente a la normativa migratoria en su finalidad pretendida de atender de forma adecuada al problema de la ordenación y canalización legal de los flujos migratorios, de tal manera que los mismos se ajusten a la capacidad de acogida de nuestro país y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

El otro principio informador básico de la ordenación de la entrada en nuestro mercado de trabajo de los profesionales altamente cualificados es la reducción de los efectos de la fuga de cerebros en los países de origen. Con esta medida, nuestro legislador no hace sino atender a uno de los requerimientos que desde las instituciones comunitarias se exige a los Estados miembros, cual es el de abstenerse de proceder a la contratación activa de personal en los países en desarrollo en los sectores que sufran escasez de personal. Parece lógica una cierta exigencia a los Estados miembros para la adopción de medidas destinadas a mitigar los efectos de la «fuga de cerebros», evitando de este modo la pérdida ulterior de capital humano en economías y sectores vulnerables de los países de origen. La denominada «fuga de cerebros» y sus efectos perniciosos para los países emisores son uno de los efectos que la Directiva europea «dice pretender neutralizar», aunque para ello se limita a realizar una llamada a los principios éticos y a políticas que faciliten, en su caso, la «migración circular y temporal», «con objeto de transformar la fuga de cerebros en captación de cerebros», pero sin establecer medidas concretas que refuercen jurídicamente tales declaraciones. La necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen parece algo retórica, cuando el marco normativo europeo precisamente se inspira en la idea de atraer al mercado de trabajo de la UE a trabajadores altamente cualificados que dinamicen su economía. En todo caso, y para reducir los márgenes de discrecionalidad gubernativa, es una materia cuyo abordaje pertenece al ámbito de los Acuerdos bilaterales de control de flujos migratorios, a cuyos términos habrá de estarse para la operatividad de esta causa de denegación. De manera que se trata de una posibilidad remota y aún no desarrollada⁽⁴⁸⁾. Sin duda, la pérdida de población activa altamente cualificada supone una rémora al crecimiento económico y social de los países de origen.

Para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados será necesario cumplir toda una serie de requisitos que

(47) FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 514.

(48) Como señala el art. 3.3 Directiva, su aplicación se entenderá «sin perjuicio de cualquier acuerdo entre la Comunidad y/o sus Estados miembros y uno o varios terceros países que enumere las profesiones que no deberán entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva a fin de garantizar la contratación ética en sectores que sufran escasez de mano de obra, protegiendo los recursos humanos en los países en desarrollo que sean signatarios de tales acuerdos»; en concordancia, los Estados miembros «podrán rechazar la solicitud de tarjeta azul UE a fin de garantizar la contratación ética en sectores que sufran escasez de trabajadores cualificados en el país de origen» (art. 8.4 Directiva).

–por remisión del art. 38 ter.5 LOEX– el desarrollo reglamentario agrupa en dos grandes apartados relativos a la residencia y a la actividad a desarrollar (art. 87 RELOEX).

1. Requisitos relativos la residencia de los extranjeros

En relación a la residencia de los extranjeros que se pretenda contratar será necesario que:

- a) No se encuentren irregularmente en territorio español. Regla que confirma el «paradigma» de la contratación en origen como modo prevalente de ordenación normativa de los flujos migratorios laborales en nuestro país, aunque, dentro de los márgenes que deja la Directiva comunitaria, podría tratarse de un extranjero con residencia o estancia legal⁽⁴⁹⁾.
- b) Carezcan de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español.
- c) No figuren como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- d) Se haya abonado la tasa por tramitación de la autorización de residencia temporal.

2. Requisitos en relación con la actividad a desarrollar

En esta vertiente, será necesaria la concurrencia de una serie de exigencias:

a) Que el empleador presente un contrato de trabajo que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización de residencia temporal y trabajo. Requisito que pretende evitar situaciones en las que el trabajador pudiera encontrarse residiendo en nuestro país sin desarrollo efectivo alguno de la actividad profesional altamente cualificada para la que se concedió la autorización. En todo caso, interesa destacar que la norma de transposición española opta por el criterio estricto de presentar un contrato de trabajo, mientras que la Directiva [art. 5.1 a)] permitía alternativamente también al Derecho nacional la mera exigencia de una *«oferta firme de empleo altamente cualificado, por un año mínimo en el Estado miembro de que se trate»*.

b) Que las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, cate-

(49) Conforme a la Directiva comunitaria, la solicitud se considera y examina, bien cuando el nacional de un tercer país esté residiendo fuera del territorio del Estado miembro en el que desea ser admitido, bien cuando ya esté residiendo en el territorio del Estado miembro como titular de un permiso de residencia válido o de un visado nacional de larga duración (art. 10.2 Directiva). No obstante, el Estado podrá aceptar, de acuerdo con la legislación nacional, la solicitud presentada por el nacional de un tercer país que no tenga un permiso de residencia válido pero se encuentre legalmente en su territorio (art. 10.3 Directiva). Asimismo, el Estado podrá disponer que una solicitud únicamente pueda presentarse desde el exterior, siempre que esas limitaciones, tanto si se imponen a todos los nacionales de terceros países como únicamente a categorías determinadas de nacionales de terceros países, ya estuvieran establecidas en el Derecho nacional vigente en el momento de la adopción de la Directiva (art. 10.4 Directiva).

goría profesional⁽⁵⁰⁾ y localidad, así como que el salario bruto anual especificado en el contrato de trabajo sea, al menos, 1,5 veces el salario bruto anual medio⁽⁵¹⁾.

A pesar de esta regla general, y conforme a los márgenes que permite la Directiva (art. 5.5), siempre que el contrato se ajuste a la normativa vigente y al convenio colectivo aplicable, el umbral salarial podrá ser 1,2 veces el salario bruto anual medio establecido para aquellas profesiones en las que haya una necesidad particular de trabajadores nacionales de terceros países y que pertenezcan a grupos 1 y 2 de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO)⁽⁵²⁾.

La normativa española se adapta así a las reglas y posibilidades previstas en el art. 5.3 de la Directiva en cuanto a su transposición, que introduce el componente salarial como criterio delimitador del ámbito aplicativo de este régimen preferente, y que en nuestro desarrollo reglamentario se contempla como requisito para la concesión de la autorización. La introducción del umbral salarial pretende evitar, como indicaba el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión Europea adjunto a la propuesta de la Directiva, que se

(50) Adviértase la obsolescencia de la terminología de la norma, dado que la reforma del mercado de trabajo de 2012 suprime la noción de «categoría profesional», estructurándose obligatoriamente la clasificación profesional en torno al «grupo profesional» [cfr: art. 22 LET, en la redacción dada por el art. 8 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral].

(51) Téngase presente que la única finalidad del umbral salarial mínimo que impone la normativa europea es para contribuir a determinar, teniendo en cuenta una observación estadística publicada por la Comisión (Eurostat) o por los Estados miembros interesados, el ámbito de la tarjeta azul UE establecido por cada Estado miembro con arreglo a unas normas comunes (considerando 11 del Preámbulo de la Directiva). Los Estados miembros pueden determinar un umbral salarial más elevado. No es su finalidad determinar salarios, por tanto, no constituye ningún tipo de excepción a las normas ni a los usos remuneratorios existentes en los Estados miembros, ni tampoco para los convenios colectivos, y no puede tampoco alegarse para constituir armonización alguna en este ámbito (cfr: art. 5.6 Directiva). Por otro lado, reténgase que la materia relativa a las remuneraciones, más allá del principio de igualdad de remuneración entre hombre y mujer (art. 157 TFUE), queda fuera del alcance de la competencia de armonización de las legislaciones sociales de que dispone la UE (art. 153.5 TFUE). Así pues, se trata de respetar plenamente las competencias exclusivas de que disponen los Estados miembros en materia de empleo, trabajo y asuntos sociales.

La Directiva establece la posibilidad de establecer un umbral salarial (nacional) mínimo a fin de garantizar un nivel mínimo de admisión en el conjunto de la UE para este tipo de profesionales (art. 5.3 Directiva). El umbral salarial determina un nivel mínimo, mientras que los Estados miembros pueden determinar un umbral salarial más elevado. Así pues, los Estados miembros pueden –dentro del mínimo establecido– fijar sus límites de acuerdo con la situación y la organización de sus respectivos mercados de trabajo y políticas generales de inmigración.

La finalidad del precepto de la Directiva europea es garantizar que los Estados miembros no vacíen de contenido este criterio, fijando un nivel demasiado bajo para que un trabajador nacional o de la UE muy cualificado acepte el puesto vacante, aunque éste corresponda a sus cualificaciones. Además, en coherencia con el propósito de aumentar la movilidad intracomunitaria una vez que el trabajador muy cualificado de un tercer país adquiera la residencia de larga duración en la UE, con dicho nivel común mínimo relativo se busca garantizar que las decisiones de admisión adoptadas por un Estado miembro no afecten negativamente a medio plazo a otros Estados.

(52) El sistema de clasificación de ocupaciones de grandes grupos, subgrupos principales, subgrupos y grupos primarios, fue aprobado en la Reunión de Expertos convocados por el Consejo de Administración de la OIT el 6 de diciembre de 2007. En dicha reunión se adoptó la denominación de Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones, 2008 (CIUO-08). El Grupo 1 de la misma abarca a los directores y gerentes y el Grupo 2 a los profesionales científicos e intelectuales, siendo estos colectivos los que podrían beneficiarse de este tipo de permiso en los términos señalados. A efectos de coordinación, la norma reglamentaria (art. 87 RELOEX) prevé que la Dirección General de Inmigración informará anualmente a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración sobre la evolución de las profesiones a las que resulte de aplicación dicha regla. En este supuesto, el Estado miembro debe comunicar cada año a la Comisión la lista de profesiones para las que haya decidido la excepción (art. 5.5 *in fine* Directiva).

estableciese por los Estados miembros un nivel salarial demasiado bajo, favoreciendo así a los trabajadores nacionales o de la UE muy cualificados que podrían aceptar los puestos vacantes en perjuicio de los posibles solicitantes nacionales de terceros países. Asimismo, el umbral salarial mínimo evitaría que las decisiones de admisión adoptadas por un Estado miembro perjudiquen a medio plazo a otros Estados de la UE.

De todos modos, la doctrina ha puesto de relieve que la introducción de este parámetro objetivo en cierta medida desvirtúa la noción de trabajador altamente cualificado, que parece que debería estar conformada en exclusiva por las titulaciones o cualificaciones de educación superior o, en su caso, por la capacitación profesional adquirida por la práctica profesional⁽⁵³⁾. Por otra parte, si se tienen en cuenta las diferencias tan acusadas que existen actualmente en los Estados miembros en lo que se refiere a los umbrales salariales mínimos, la utilización del salario como criterio de admisión puede resultar un escollo importante para la armonización pretendida por la norma⁽⁵⁴⁾. Además, el requisito también es criticable pues, de ser excesivamente elevado, puede dificultar la contratación de este tipo de profesionales por parte de las empresas de menor capacidad económica⁽⁵⁵⁾.

En la concreción de este requisito es de tener en cuenta que, en muchas ocasiones, el personal altamente cualificado se contratará como personal de alta dirección, quedando sujeta dicha relación a las normas previstas en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial, de manera que habrá de estarse a esa regulación para contrastar el ajuste de las condiciones contractuales a la normativa vigente, siendo característica de dicha relación laboral especial el intenso papel regulador –y no solo constitutivo– que desempeña el contrato individual de trabajo, pues dicho colectivo queda al margen de la ordenación prevista en los convenios colectivos. Por otra parte, quedan por precisar las referencias al parámetro «*salario bruto anual medio*» en relación a determinadas profesiones.

c) Que el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y que se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

d) Que el empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador, de acuerdo con lo establecido en el art. 64 RELOEX. Dicha cuantía debe incluir el pago del salario reflejado en el contrato de trabajo; además, si es persona física deberá acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para aten-

(53) BENLLOCH SANZ, P.: «Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 688.

(54) Dictamen del CESE, de 9 de julio de 2008, sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado»; en este sentido, USHAKOVA, T.: «Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea», *cit.*, p. 100.

(55) En este sentido, la posición de la Unión Europea de la Artesanía y de las Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME), era contraria al establecimiento del requisito del umbral salarial mínimo en la Directiva, y que es un requisito que debería dejarse a la voluntad del legislador nacional de cada Estado miembro [UEAPME *Position Paper on the Propossal for a Directive on the Conditions of Entry an Residence of Thrid-country Nationals for Purpose of Highly Qualified Employment*, Bruselas, 6 de marzo de 2008].

der sus necesidades y las de su familia (la cuantía mínima está basada en porcentajes del IPREM según el número de personas a su cargo –ex art. 66 RELOEX–).

e) Que el extranjero tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

f) Que haya abonado la tasa relativa a la autorización de trabajo.

g) Que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero en los términos previstos en el art. 65 RELOEX. Además, téngase en cuenta que, respecto de los volúmenes de admisión, la Directiva se aplicará sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para determinar los cupos de admisión de nacionales de terceros países por razones de empleo muy cualificado (art. 6 Directiva).

El test de la situación nacional de empleo es una exigencia admisible según la Directiva europea⁽⁵⁶⁾, y de posible adopción vía reglamentaria según lo previsto en el art. 38 ter.3 LOEX. En este sentido, habrá de tenerse presente que el nuevo marco normativo interno se inspira en la idea de reforzar la realización de actividades formativas especializadas que provean del aprendizaje suficiente para el desempeño por parte de los trabajadores nacionales de los posibles puestos de trabajo que se oferten⁽⁵⁷⁾.

Este requisito se refleja en la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, dado que el texto del RELOEX permite incluir en el catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación –sin mayores matices temporales o del tipo de actividades a realizar– programadas por los Servicios Públicos de Empleo, pero sin matizar si dentro de su planificación general, o de forma adicional –*ad hoc*– cuando se presenten este tipo de supuestos⁽⁵⁸⁾.

En las solicitudes individualizadas esta exigencia está claramente presente, donde el nuevo texto del RELOEX indica que el certificado emitido por el Servicio Público de Empleo deberá incluir también *«una valoración sobre si se trata de una ocupación que podría ser cubierta por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo»* (art. 65.2 RELOEX). Ahora bien, se matiza que esa oferta sólo tiene razón de ser cuando puedan demostrar la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores

(56) El art. 8.2 de la Directiva establece que antes de adoptar una decisión sobre una solicitud de tarjeta azul UE, los Estados miembros *«podrán examinar la situación de su mercado de trabajo y aplicar los procedimientos nacionales en lo que respecta a los requisitos para proveer puestos de trabajo vacantes»*; a tal efecto, los Estados miembros *«podrán verificar si el puesto de trabajo vacante de que se trate no puede ser provisto por mano de obra nacional o comunitaria, por nacionales de terceros países que residan legalmente en ese Estado miembro y que ya formen parte de su mercado de trabajo en virtud del Derecho comunitario o nacional, o por residentes de larga duración de la CE que deseen trasladarse a ese Estado miembro para desempeñar un empleo altamente cualificado de acuerdo con el capítulo III de la Directiva 2003/109/CE»*.

(57) *Vid.* MOLINA HERMOSILLA, O.; VELA DÍAZ, R.: «El «esperado» Reglamento de extranjería: principales novedades en la regulación de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena del Real Decreto 665/2011, de 20 de abril», *RTSS.CEF*, núm. 344, 2011, pp. 107-110.

(58) ROJO TORRECILLA, E.: «Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena», 13 de febrero de 2011 <<http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/aproximación-al-contenido-de-interes.html>>.

ya incorporados en el mercado laboral interno, y que para ello deberá presentar una oferta para ese puesto de trabajo «sin contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño». La norma parece presumir necesariamente que el empleador quiere eludir la legalidad, o forzar la letra de la norma, para poder contratar a la persona deseada. Además, se dispone la publicidad de dicha oferta durante un período mínimo de quince días para que pueda ser conocida por cualquier trabajador que se halle y resida en España, otro plazo de veinticinco días desde la presentación de la oferta para comunicar al servicio de empleo el resultado de la selección, y un tercero de cinco días más para que el SPE emita, en su caso, la certificación de insuficiencia de demandantes de empleo, remitiendo la norma a un desarrollo normativo del contenido mínimo que deberá reunir dicho certificado, previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. El certificado sobre el que se basa la decisión contendrá «una valoración» de si la ocupación, una vez que ha quedado probado que no hay demandantes de empleo que puedan en principio ocuparla, sí podría serlo por algunos de estos mismos demandantes «tras su participación en actividades formativas», sin mayor precisión sobre el tipo de actividad o la duración de la misma por parte de los servicios públicos de empleo. Por tanto, la solicitud podría ser desestimada si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa impulsada por el Servicio Público de Empleo.

Esta previsión trata de evitar el peligro de que la emigración temporal pueda ser utilizada como una alternativa a los instrumentos de formación de la mano de obra nacional en relación a las cualificaciones que el sistema productivo requiera. En todo caso, la inmigración altamente cualificada deberá ser un suplemento y no una alternativa a una inversión extra en la formación de los nacionales y residentes.

Sin duda, se trata de un elemento de mayor discrecionalidad administrativa el que se añade a este requisito, y que no introduce mucha seguridad jurídica a la hora de valorar si el puesto ofrecido pudiera ser desempeñado por algún demandante de empleo residente en territorio nacional, debiendo en su caso, proveerle de una formación adecuada. De todos modos, dada la particularidad del trabajador altamente cualificado, quizá difícilmente pueda aplicarse este criterio excluyente, salvo que se realizaran las correspondientes acciones formativas específicas respecto de los trabajadores desempleados. La grave crisis de empleo existente en nuestro país, afectante también al empleo altamente cualificado, pudiera suponer un acicate para el desarrollo de este tipo de programas formativos, encaminados a evitar la «fuga de cerebros» de nuestro sistema productivo y al reciclaje del personal altamente cualificado residente en nuestro país. En cualquier caso, está por ver si la economía española es capaz de generar demanda de mano de obra cualificada como para que este procedimiento pueda adquirir un protagonismo de cierta relevancia dentro de los flujos migratorios.

De todos modos, con independencia de lo visto (que refleja claramente el endurecimiento del acceso a nuestro mercado de trabajo para los ciudadanos extranjeros), cuando estemos ante la cobertura de lo que se denominan «puestos de confianza y directivos de empresa», o bien de «profesionales altamente cualificados», en virtud del art. 40.2 a) y b) LOEX, quedarán exentos del requisito de la situación nacional de empleo en los términos que reglamentariamente se desarrollen. Según la disposición adicional Decimoquinta RELOEX, a tales efectos, *«se considera que ocupan puestos de confianza aquellos trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta*

de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general»; asimismo, «tendrán la misma consideración los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión. Estos trabajadores deben poseer acreditada experiencia en la realización de dichas funciones o haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que puede estar integrada esta última».

Se observa así claramente la inclusión en esta norma de lo que se define en el art. 1.2 RD 1382/1985, como personal de alta dirección: «...aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad». Pero el ámbito de la exclusión de la exigencia de pasar el test de la situación nacional de empleo puede ser incluso más amplio que el delimitado por la norma reglamentaria que regula dicha relación laboral especial. Como consecuencia de estas exclusiones del requisito de la situación nacional de empleo, solamente la contratación de trabajadores altamente cualificados no susceptibles de encajar en las mismas, tendrían que pasar dicho filtro para la concesión de la autorización. Es la inmigración cualificada directamente relacionada con la dirección del proyecto empresarial y el éxito de la inversión productiva la que escaparía al requisito de la situación nacional de empleo.

De todas maneras, la situación normativa descrita refleja una deficitaria técnica de regulación jurídica, que arroja sombras de incertidumbre en una materia que exigiría una mayor dosis de seguridad jurídica. De ahí la conveniencia de que el Reglamento –en línea con algunos ordenamientos comparados– hubiera procedido a establecer ciertos mecanismos de determinación como: de un lado, la concreción de aquellas profesiones o sectores de actividad en los que se justifique que la entrada de trabajadores altamente cualificados no distorsiona la dinámica de la oferta y demanda de trabajadores nacionales, comunitarios o extranjeros residentes legales; de otro lado, establecer cómo se articula su gestión –directa o a través del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura– y en el caso de que se utilice el Catálogo, si se desagregan y, en qué condiciones, los empleos susceptibles de ser ocupados por los trabajadores altamente cualificados⁽⁵⁹⁾.

En todo caso, el mantenimiento de la exigencia general relativa a la situación nacional de empleo para este tipo de profesionales se considera un elemento de restricción de acceso a nuestro mercado de trabajo. En una lógica de *benchmarking*, puede decirse que esta exigencia no está presente en muchos regímenes jurídicos comparados, donde, entre otros requisitos, no se exigen las certificaciones de situación nacional de empleo⁽⁶⁰⁾. Ello

(59) BENLLOCH SANZ, P.: «Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 690.

(60) Cfi: COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL: *La inmigración y el mercado de trabajo en España*, Informe 2/2004, CES, Madrid, 2004, p. 76.

sitúa a nuestro país dentro de los más exigentes para el acceso a nuestro mercado de trabajo de este tipo de profesionales tan necesarios para el desarrollo de una economía basada en la tecnología, la innovación y el conocimiento.

Por último, la protección de la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero también se contempla en el art. 38 ter.2 LOEX como un posible condicionante de este régimen preferencial. La finalidad teórica de la regla sería evitar el impacto negativo de la inmigración cualificada sobre los países de origen. En este sentido, el Estado debería de abstenerse de facilitar la contratación de personal altamente cualificado proveniente de los países en desarrollo en los sectores que sufran escasez de personal⁽⁶¹⁾. Pero se trata de una mera declaración de intenciones que no tiene reflejo alguno en el desarrollo reglamentario del precepto. Simplemente se contempla como una causa de denegación de la solicitud en el art. 90.1 f) RELOEX, pero la efectividad del precepto requiere de un Acuerdo internacional sobre la materia, de manera que las posibilidades de aplicación práctica son muy limitadas y poco probables. Por consiguiente, se requiere la existencia de un acuerdo entre la UE o sus Estados miembros y uno o varios terceros países, que enumere las profesiones que no deberán entrar en el ámbito de aplicación de este tipo de autorizaciones, y ello a fin de garantizar la contratación ética en sectores que sufran escasez de mano de obra, protegiendo así los recursos humanos en los países en desarrollo que sean signatarios de tales acuerdos.

Si hacemos una valoración global de todo lo visto en cuanto a los requisitos, llama la atención el hecho de que sean prácticamente los mismos que los requeridos en el procedimiento general, omitiéndose tan solo el requisito referido al compromiso de no regreso asumido en el marco de su retorno voluntario. Por lo que respecta al empleador, también se contemplan también exigencias similares a los del procedimiento general. Por todo ello, se puede fácilmente colegir el sentido «restrictivo» del que se dota a este régimen –en teoría «preferencial»– de acceso a nuestro mercado de trabajo para profesionales altamente cualificados.

V. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD

El art. 90.1 RELOEX contempla una serie de causas de denegación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados por parte del órgano competente para su resolución. Se trata de las siguientes hipótesis:

- La primera de ellas es genérica, relativa a los supuestos en que se incumpla alguno de los requisitos previstos en el Capítulo V RELOEX para su concesión. Lo que alu-

(61) Como se indica en el Preámbulo de la Directiva (considerando 22), deberían desarrollarse políticas y principios éticos de contratación aplicables a los empleadores de los sectores clave, tanto públicos como privados, por ejemplo en el sector sanitario, tal como se indica en las Conclusiones del Consejo y de los Estados miembros, de 14 de mayo de 2007, sobre el Programa de Acción Europeo para hacer frente a la grave escasez de personal sanitario en los países en desarrollo (2007-2013), y en el sector educativo, en su caso. Dichas políticas y principios deben reforzarse mediante el desarrollo y la aplicación de mecanismos, directrices y otros instrumentos que faciliten, en su caso, la migración circular y temporal, así como medidas que reduzcan al mínimo el impacto negativo y aprovechen al máximo el impacto positivo de la inmigración de trabajadores altamente cualificados en los países en desarrollo, con objeto de transformar la «fuga de cerebros» en «captación de cerebros».

diría *v. gr.*: a supuestos en los que el solicitante no reúne los requisitos subjetivos para la concesión de la autorización o se incumple alguna de las exigencias relativas a la actividad.

- Se contempla como causa de denegación las hipótesis en que: «*Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulando alegaciones inexactas, medie mala fe o los documentos presentados hayan sido obtenidos fraudulentamente*» (cfr. art. 8.1 Directiva).
- De la misma forma, para evitar que puedan obtener autorizaciones empleadores que no cumplen con la normativa de extranjería o de orden social, se establece como causa de denegación el supuesto en que el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos doce meses por infracciones calificadas como graves o muy graves en la LOEX [salvo la prevista en su art. 53.1 d)], o por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el trLISOS (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000) (cfr. art. 8.5 Directiva).
- También se denegará la solicitud cuando el empresario solicitante haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra los extranjeros, así como contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.
- Del mismo modo, ampliándose los márgenes de discrecionalidad gubernativa, en la hipótesis de que así lo valore el órgano competente para resolver, «*cuando conste un informe policial desfavorable*».
- La última causa de denegación –prevista en el art. 8 Directiva– viene relacionada con la preservación de los mercados de trabajo del país de origen, permitiendo denegarse el permiso: «*Cuando la contratación afecte a los sectores que en el país de origen del trabajador sufren escasez de mano de obra de acuerdo con lo establecido en un Acuerdo internacional sobre la materia*». Es importante advertir que el precepto no tiene una aplicabilidad inmediata, sino que habrá de estarse a lo prescrito en estos acuerdos internacionales sobre la materia.

La denegación habrá de ser motivada y expresará los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos (art. 90.2 RELOEX).

Como dato a destacar debe señalarse que no se contemplan como causas de denegación las hipótesis en que se hayan amortizado puestos de trabajo, se haya extinguido alguna contratación de extranjero autorizada o que se trate de cubrir puestos de trabajo estando vigentes medidas de suspensión de contratos por causas empresariales. Todo ello introduce un cierto elemento de mayor flexibilidad en cuanto a la concesión de este tipo especial de autorizaciones de residencia y trabajo.

VI. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN

El RELOEX (en sus arts. 88-89) disciplina las normas procedimentales para la autorización de residencia y trabajo de los trabajadores extranjeros altamente cualificados, dis-

tinguiéndose entre un procedimiento general o bien el que debe seguirse en caso de que se hayan traspasado a las CCAA las competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo. En ambos casos las reglas se inspiran, con ciertas especialidades, en la regulación del procedimiento para la solicitud de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena previsto en los arts. 67-68 RELOEX.

1. Solicitud

El empleador que pretenda contratar a un trabajador extranjero no residente en España «deberá presentar personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, ante el órgano competente para su tramitación, de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral» (art. 88.1 RELOEX).

Como puede comprobarse, la norma de transposición interna de la Directiva opta por la necesaria presentación de la solicitud por parte del empleador, aunque la norma europea abría la posibilidad de que la normas estatales permitieran también realizarla directamente al nacional del tercer país. En esta dirección, el art. 10.1 de la Directiva prescribe que los Estados miembros determinarán si la solicitud de la tarjeta azul la debe presentar el trabajador inmigrante o su empleador.

Con la solicitud de autorización de residencia y trabajo, en modelo oficial, deberá acompañarse la siguiente documentación (art. 88.2 RELOEX):

1. El NIF y, en el caso de que la empresa esté constituida como persona jurídica, documento público que otorgue su representación legal en favor de la persona física que formule la solicitud. En caso de que el empleador fuera persona física, no se le exigirá la presentación del NIF si accede a la verificación de sus datos a través del Sistema de Verificación de Datos de Identidad.
2. El contrato de trabajo, en el modelo oficial establecido⁽⁶²⁾.
3. Los documentos acreditativos de los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el art. 66 RELOEX.
4. Copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.
5. La acreditativa de la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

(62) Repárese que, en concordancia con lo establecido con carácter general, es necesario un contrato de trabajo firmado en el modelo oficial, sin que sean admisibles precontratos de trabajo o meras ofertas de trabajo. Este es uno de los relevantes cambios normativos que introdujo la LO 2/2009; sobre la cuestión, *vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solicitud de una autorización de trabajo inicial», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, La Ley*, Madrid, 2010, pp. 615-633.

6. En su caso, certificado del Servicio Público de Empleo competente sobre la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir el puesto de trabajo.

2. Instrucción del procedimiento y resolución

Recibida la solicitud, el órgano competente la registrará, dejando constancia inmediata de su presentación, y la grabará en la aplicación correspondiente, de tal manera que permita en todo caso que los órganos competentes para resolver puedan tener conocimiento de la solicitud en tiempo real (art. 88.3 RELOEX).

Admitida a trámite la solicitud, se procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación y se comprobará de oficio la información respecto al cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, así como se recabarán los informes de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil, y del Registro Central de Penados. Estos informes serán emitidos en el plazo máximo de diez días. La solicitud y emisión de tales informes se realizarán por medios electrónicos (art. 88.4 RELOEX).

El órgano competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, «resolverá de forma motivada en el plazo de cuarenta y cinco días desde la presentación de la solicitud», atendiendo a los requisitos previstos en el Reglamento, sobre la autorización solicitada (art. 88.5 RELOEX) [reténgase que la Directiva impone que la notificación de la resolución especifique «los motivos de la decisión» (art. 11.3 Directiva). Como puede comprobarse, no se trata exactamente de un «procedimiento de admisión abreviado», pues no se observan grandes variaciones respecto del procedimiento general, salvo que el plazo para resolver la solicitud del empleador se reduce a la mitad en relación al régimen ordinario⁽⁶³⁾.

Conviene tener presente que, en el plazo para examinar la solicitud de la tarjeta azul UE no debe computarse el tiempo necesario para el reconocimiento de las titulaciones profesionales ni el tiempo necesario para expedir un visado, en caso necesario. Por otra parte, todos estos criterios de expedición se entienden sin perjuicio de los trámites nacionales de reconocimiento de los títulos, y la designación de las autoridades competentes se entienden sin perjuicio de la función y responsabilidades de otras autoridades nacionales o, cuando proceda, de los interlocutores sociales, en relación con el examen de la solicitud y la decisión sobre la misma (considerando 12 del Preámbulo de la Directiva). Así pues, la Directiva trata de salvaguardar que la realización de otro tipo de trámites y la correspondiente dilación que suponga, no menoscabe el plazo establecido para el examen de la solicitud.

El desarrollo reglamentario viene inspirado en la idea de integración de las nuevas tecnologías en los procedimientos. De esta manera, se prescribe que el órgano competente

(63) Reténgase que la Directiva establece que la decisión deberá adoptarse por las autoridades competentes «lo antes posible y a más tardar en un plazo de 90 días a partir de la presentación de la solicitud» (art. 11.1 Directiva); *vid.* LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *RL*, núm. 22, 2011, p. 83.

«grabará de inmediato la resolución en la aplicación correspondiente, de manera que las autoridades de los organismos afectados, incluido el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Misión diplomática u Oficina consular española correspondiente al lugar de residencia del trabajador, tengan conocimiento de la misma en tiempo real». Cuando la Misión diplomática u Oficina consular competente no disponga, por razón de su ubicación geográfica, de los medios técnicos necesarios para el acceso en tiempo real a la resolución mencionada en el párrafo anterior, los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación le darán traslado de la misma en el plazo de veinticuatro horas desde su recepción (art. 88.5 RELOEX).

La resolución será debidamente notificada al empleador, sujeto legitimado en el procedimiento y para, en su caso, la presentación de los recursos administrativos o judiciales que legalmente procedan. Igualmente, será comunicada al trabajador extranjero a favor del cual se haya solicitado la autorización. Los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario. En todo caso, la Directiva impone que la notificación especifique *«...los posibles procedimientos de recurso disponibles y los plazos de interposición de los recursos»* (art. 11.3 Directiva).

En caso de que la resolución sea favorable, *«se suspenderá su eficacia hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador por el empleador que solicitó la autorización en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, durante los tres meses posteriores a la entrada legal de aquél en España»*, y así se hará constar en la propia resolución (art. 88.5 *in fine* RELOEX).

Como puede comprobarse, hay una condicionalidad de la eficacia de la autorización hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, en concordancia con el régimen general de autorizaciones de residencia y trabajo. Es de destacar la centralidad que –tras la Reforma de la LOEX de 2009– adquiere el alta del trabajador en el sistema de Seguridad Social⁽⁶⁴⁾, ya que, de no producirse ésta, el trabajador deberá abandonar el territorio nacional y, en caso de no hacerlo, pasará a la situación de irregularidad administrativa, que es motivo de sanción por infracción grave. Se trata de la infracción tipificada en el art. 53.1 a) LOEX, consistente en encontrarse irregularmente en territorio español. La cuestión por ver es si se cruzan todas las bases de datos para saber cuándo un ciudadano extranjero que ha entrado de forma regular a España no ha sido dado de alta en la Seguridad Social en el plazo legalmente establecido como máximo. Y también habrá que ver cómo queda constancia de esta situación, pues la misma puede además acarrear sanciones graves a la empresa no contratante y futuras denegaciones de nuevas autorizaciones iniciales de residencia y trabajo⁽⁶⁵⁾.

(64) Sobre esta vinculación, *vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La nueva vinculación con el alta del trabajador en la Seguridad Social para la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 583-613.

(65) ROJO TORRECILLA, E.: «Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena», *cit.*

En cuanto a los efectos de las consecuencias de no haber adoptado una decisión al vencimiento del plazo determinado para la resolución, es una cuestión que el marco normativo europeo (art. 11.1 párr. 2º Directiva) remite al Derecho nacional de cada Estado miembro, operando en nuestro caso –al tratarse de una autorización inicial– el silencio administrativo negativo (disposición adicional Primera.1 LOEX).

3. Procedimiento en caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo a Comunidades Autónomas

Entre los objetivos del nuevo RELOEX se encuentra la introducción de una regulación que detalla exhaustivamente el procedimiento que tendrá que seguirse para obtenerse cada tipo de autorización, previéndose formalidades concretas para las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de trabajo [como es el caso de Cataluña, que asumió dicha competencia mediante RD 1463/2009, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña].

En el caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo de profesionales altamente cualificados a Comunidades Autónomas, el procedimiento queda regulado por el art. 89 RELOEX, conforme a una serie de reglas que ciertamente no simplifican el mismo.

En primer lugar, se sienta una regla de unicidad, tanto de la solicitud como de la resolución administrativa, pues conforme al art. 89.1 RELOEX, todo procedimiento relativo a una autorización inicial de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados *«supondrá la presentación de una única solicitud y finalizará con una única resolución administrativa»* (art. 89.1 RELOEX).

En estos supuestos la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados *«se presentará ante el órgano autonómico que sea competente de acuerdo con la normativa autonómica»* (art. 89.2 RELOEX). El órgano autonómico ante el que se deba presentar la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados *«será competente para resolver la inadmisión a trámite o para declarar el desistimiento y el archivo de las actuaciones»*; así como deberá resolver, en todo caso, *«de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las indicadas causas de inadmisión a trámite, cuando afecten a la residencia»*; las resoluciones que dicte el órgano autonómico en base a estos extremos se notificarán por éste al interesado y se introducirán en la aplicación informática correspondiente, de tal manera que permita el conocimiento de las mismas por parte de la Administración General del Estado en tiempo real; asimismo, los recursos que se pueden interponer contra las resoluciones que dicte el órgano autonómico sobre inadmisión a trámite y desistimiento y archivo de actuaciones serán resueltos por éste, de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante emitido por la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las causas de inadmisión cuando afecten a la residencia; en todo caso, el citado órgano deberá introducir los recursos y las resoluciones adoptadas en la aplicación informática correspondiente (art. 89.3 RELOEX).

Asimismo, el órgano autonómico competente deberá comprobar el abono de las tasas correspondientes, así como recabar los informes de la Administración Tributaria, incluido, en su caso, el de la propia Comunidad Autónoma, y el de la Seguridad Social, con el fin de comprobar que el empleador está al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social; por su parte, el órgano competente de la Administración General del Estado solicitará, simultáneamente, los informes de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y del Registro Central de Penados (art. 89.4 RELOEX).

A la vista de la documentación aportada y de los informes obtenidos, los órganos competentes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente deberán dictar, *«de manera coordinada y concordante, una resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados, que será firmada por los titulares de los órganos competentes de cada una de las Administraciones y expedida y notificada a los interesados por el órgano autonómico»* (art. 89.5 párr. 1º RELOEX). En todo caso, *«la resolución conjunta será desfavorable si concurre alguna causa de denegación referida a los aspectos laborales o a los de residencia»*, debiendo recogerse en la misma todas las causas específicas de denegación, así como los órganos que, en su caso, deban conocer de un eventual recurso administrativo o judicial contra la resolución (art. 89.5 párr. 2º RELOEX).

La resolución conjunta *«podrá ser impugnada ante cualquiera de los órganos que la firmen, si bien se resolverá de forma conjunta y concordante por los titulares de los órganos competentes de ambas Administraciones»* y se notificará a los interesados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (art. 89.6 RELOEX).

Este régimen procedimental también será aplicable en relación con el trabajador extranjero altamente cualificado que haya sido admitido como tal en un Estado de la Unión Europea y desee obtener en España una autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados de acuerdo con lo previsto en el art. 95.2 RELOEX; en cuyo caso, corresponderá a la Oficina de Extranjería correspondiente la valoración del cumplimiento de los requisitos generalmente exigidos para la concesión del visado (art. 89.7 RELOEX).

4. Visado y tarjeta azul UE

La regla general en este tipo de autorizaciones es la necesidad del visado por parte del trabajador extranjero, disponiendo para su solicitud de un mes desde la notificación al empleador o empresa solicitante de la concesión de la autorización. El trabajador deberá solicitar personalmente el visado de residencia y trabajo en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida (art. 91.1 RELOEX). Los requisitos y el procedimiento relativos al visado serán los previstos, con carácter general, en el art. 70 RELOEX respecto del visado de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (por remisión del art. 91.1 RELOEX). Estos requisitos consisten, de manera sintética, en los siguientes: a) ser titular de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena; b) carecer de antecedentes penales; c) no padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en

el Reglamento Sanitario Internacional de 2005; así como finalmente, d) el abono de la correspondiente tasa.

Notificada la concesión del visado en el plazo máximo de quince días desde la presentación de la solicitud, el trabajador deberá recogerlo «*personalmente*» en el plazo de un mes desde la fecha de notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente (art. 91.2 RELOEX). Este visado habilita para entrar en territorio español, debiendo hacerlo durante el plazo de vigencia del mismo, que será de tres meses (se aplican las previsiones del art. 70 RELOEX, por reenvío del art. 91.3 del citado cuerpo reglamentario). En el plazo de tres meses a partir de su entrada legal en España, podrá comenzar su actividad y deberá dársele de alta y cotizar en los términos establecidos en la normativa de Seguridad Social. Además, el empleador queda obligado a comunicar el contenido del contrato al Servicio Público de Empleo. El alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social dota de eficacia a la autorización inicial de residencia y trabajo.

En el plazo de un mes desde que el trabajador haya sido dado de alta en la Seguridad Social, éste deberá solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes. La tarjeta será expedida por el mismo plazo de validez que el de la autorización y será retirada por el trabajador extranjero. En esta tarjeta se hará constar expresamente la leyenda «*Tarjeta azul UE*» (art. 92 RELOEX), y se expide en el modelo uniforme establecido en el Reglamento (CE) 1030/2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. Conforme al art. 7.3 de la Directiva, a los trabajadores admitidos se les expedirá una tarjeta azul en la que se especificarán las condiciones de «acceso al mercado laboral».

Para proceder a todas estas operaciones se deben designar por el Estado español puntos de contacto responsables de la recepción y transmisión de la información, que deberán cooperar en el intercambio de información y documentación con el resto de Administraciones de los Estados miembros de la UE (art. 22 Directiva).

VII. FAMILIARES DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS

La Directiva pone de manifiesto en su Preámbulo (considerando 23) que las condiciones favorables de reagrupación familiar y de acceso al trabajo de los familiares de los trabajadores altamente cualificados se erigen en elementos fundamentales para hacer de la UE un destino atractivo para los mismos. Para alcanzar tales objetivos se han establecido excepciones específicas a la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Por otra parte, la excepción contemplada en el art. 15.3 de la Directiva 2006/83/CE, no impide que los Estados miembros puedan conservar o introducir condiciones y medidas de integración, incluido el aprendizaje del idioma, a los miembros de la familia del titular de la tarjeta azul de la UE.

En consonancia con otros regímenes similares existentes en los Estados miembros y en otros países, se prevé la reagrupación familiar inmediata incluso en casos de residencia temporal, así como el acceso de los cónyuges al mercado de trabajo del país de acogida.

No obstante, las condiciones y medidas de integración a que se refieren estas disposiciones sólo se aplican previa concesión de la reagrupación familiar a los interesados [esto es, las posibles medidas de integración nacional sólo deberán imponerse una vez que los miembros de la familia se encuentren en el territorio de la UE] (art 15.3 Directiva).

El Derecho de la UE pertrecha de un marco normativo que deben respetar los Estados miembros a la hora de regular el reagrupamiento familiar de los trabajadores altamente cualificados. Las autorizaciones de residencia para los miembros de la familia deben concederse, de cumplirse las condiciones para la reagrupación familiar, a más tardar en un plazo de seis meses desde la fecha de presentación de la solicitud (art. 15.4 Directiva). La reagrupación familiar no está supeditada al requisito de que el titular de la tarjeta azul UE tenga unas perspectivas razonables de obtener el derecho de residencia permanente ni a que haya cumplido un período mínimo de residencia (art. 15.2 Directiva). De manera concreta, el art. 18.1 párr. 2º LOEX prevé que la misma pueda solicitarse y concederse, simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante, no siendo por tanto necesario en este caso que se haya obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial. Por tanto, se prevé la reagrupación familiar inmediata incluso en casos de residencia temporal. El período de validez de los permisos de residencia de los miembros de la familia es igual al del permiso de residencia expedido al titular de la tarjeta azul UE, en la medida en que el período de validez de sus documentos de viaje lo pueda permitir (art. 15.5 Directiva).

A pesar del sorprendente silencio del art. 38 ter LOEX en esta materia⁽⁶⁶⁾, en el desarrollo reglamentario, dentro del tratamiento de los profesionales altamente cualificados, se contempla un procedimiento más ágil para que sus familiares puedan residir legalmente de manera temporal en nuestro país, permitiendo así el reagrupamiento familiar para estos profesionales. La situación de los familiares en España será la de residencia por reagrupación familiar, lo que les autoriza también para trabajar si están en edad laboral.

Conforme al art. 19.1 LOEX, la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados, cuando alcancen la mayoría de edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Esta previsión resulta de aplicación a los profesionales titulares de la tarjeta azul UE, lo que resulta congruente con lo establecido en el art. 15.6 de la Directiva, donde se exige que los Estados miembros no apliquen ningún plazo límite con respecto al acceso al mercado laboral de los familiares reagrupables.

Asimismo, al calcular los cinco años de residencia necesarios para obtener el permiso de residencia autónomo, puede acumularse la residencia en diferentes Estados miembros (art. 15.7 Directiva).

La regulación concreta nacional se contempla en el art. 94 RELOEX, el cual permite solicitar, «*simultáneamente*» a la presentación de la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados, una «*autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar*» (art. 90.1 RELOEX). La solicitud a favor de los familiares podrá ser presentada tanto por el

(66) A esta cuestión solamente se alude en el art. 17.1 d) LOEX, que se limita a remitir al desarrollo reglamentario lo relativo al régimen de reagrupamiento de ascendientes.

empleador solicitante de la autorización principal como por el propio trabajador extranjero altamente cualificado (art. 90.4 RELOEX).

En el caso de que a la Comunidad Autónoma donde se vaya a desarrollar la actividad laboral se le hubieran traspasado competencias en materia de autorización inicial de trabajo para extranjeros y las solicitudes sean presentadas simultáneamente, todas ellas podrán ser presentadas ante el órgano autonómico que sea competente en relación con la autorización inicial de trabajo, que remitirá las de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a la Oficina de Extranjería competente para su tramitación (art. 90.2 RELOEX). Esta previsión será aplicable a los procedimientos regulados en el art. 96 RELOEX.

La autorización será concedida en caso de acreditación de que se cumplan los requisitos reglamentariamente previstos en relación con la reagrupación familiar y la situación del familiar en España será la de residencia por reagrupación familiar (art. 90.3 RELOEX).

VIII. RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS

El art. 38 ter.5 LOEX remitía al desarrollo reglamentario la determinación de los requisitos para la renovación de la autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. Dicho desarrollo reglamentario se contiene en el art. 93 RELOEX, donde se establece que la renovación de las autorizaciones deberá solicitarse, en modelo oficial, «*durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización*»; de manera que la presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Del mismo modo, también se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido. En todo caso, los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior (art. 93.1 RELOEX).

La autorización se renovará por periodos bianuales, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, cuando el trabajador extranjero acredite el cumplimiento de los requisitos exigibles para la concesión de una autorización inicial, salvo el relativo a que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador (art. 93.2 RELOEX). Es decir, en las renovaciones no habrá de estarse –en todo caso– al *test* de la situación nacional de empleo, y no se exigen otros requisitos contemplados con carácter general para la renovación de la autorización de residencia y trabajo.

Notificada la resolución favorable, el extranjero deberá solicitar en el plazo de un mes la Tarjeta de Identidad de Extranjero, en la que se hará constar la leyenda *tarjeta azul UE* (art. 93.3 RELOEX).

Interesa destacar que se omite toda referencia a los efectos funcionales o territoriales de la autorización, a diferencia del art. 72 RELOEX que, respecto de la renovación de la autorización tipo, permite el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. Es por ello que cabe deducir que en este tipo de autorización especial,

tampoco existirían límites territoriales para el desarrollo de la actividad profesional. En cuanto al ámbito funcional, lo relevante es que se trate de una actividad funcionalmente relativa a un trabajo de profesional altamente cualificado tal como se define en el marco normativo, límite que también estará presente en las renovaciones, por las particularidades funcionales que justifican el tratamiento diferenciado y preferencial para este colectivo.

El desempleo (temporal) no constituye causa de retirada –revocación– de la tarjeta azul UE, a menos que el período de desempleo sea superior a tres meses consecutivos o la situación de desempleo se produzca en más de una ocasión durante el período de validez de la tarjeta azul UE (art. 13.1 Directiva). Durante el período de desempleo admisible, el titular de la tarjeta azul UE podrá buscar y aceptar un empleo, en los términos de la autorización concedida (art. 13.2 Directiva). Se establece además que los Estados miembros deben permitir al titular de la tarjeta azul UE permanecer en su territorio hasta la concesión o denegación de la autorización necesaria. La comunicación de cambio de empleador pondrá fin automáticamente al periodo de desempleo (art. 13.3 Directiva). A su vez, el titular de la tarjeta azul UE debe comunicar el comienzo del período de desempleo a las autoridades competentes del Estado, de conformidad con los procedimientos nacionales pertinentes (art. 13.4 Directiva). Por tanto, se deberá permitir al titular de la tarjeta azul UE permanecer en su territorio hasta la concesión o denegación de la autorización necesaria para un eventual cambio de empleador. En este sentido, se ha considerado criticable la escasa coherencia que el plazo contemplado por la Directiva presenta con el de cinco meses reconocido en el marco del Convenio Europeo sobre el Estatuto del Trabajador Inmigrante (art. 9.4)⁽⁶⁷⁾; aunque sea un período que no resulte del todo inadecuado dado que ese es el período mínimo de residencia temporal previsto en nuestro ordenamiento jurídico (*ex art. 31.1 LOEX*).

Como causas de denegación de las solicitudes de la renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos exigibles para la concesión de una autorización inicial, se señala expresamente la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos (art. 93.4 RELOEX): cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulando alegaciones inexactas, medie mala fe o los documentos presentados hayan sido obtenidos fraudulentamente; cuando el titular haya dejado de cumplir las condiciones de entrada y residencia en el territorio español como profesional altamente cualificado; cuando el titular resida para fines distintos a aquéllos para los que fue inicialmente autorizado a residir.

En las renovaciones opera el silencio administrativo positivo, de forma que transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia temporal y trabajo, ésta se entenderá estimada. El órgano competente para conceder la autorización vendrá obligado, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la Tarjeta de Identidad de Extranjero, en la que deberá constar la mención a «Tarjeta azul UE» (art. 93.5 RELOEX).

(67) FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», *cit.*, p. 518.

IX. MOVILIDAD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS TITULARES DE UNA TARJETA AZUL UE EXPEDIDA EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Tratamiento del trabajador titular de una tarjeta azul UE

La Reforma de 2009 vino inspirada en la idea de facilitar y promover la movilidad, en el seno de la UE (intracomunitaria), de los trabajadores extranjeros altamente cualificados que ya sean titulares de una autorización de este tipo en otro Estado miembro de la UE. Tal como señala la Directiva (considerando 15 del Preámbulo), la «movilidad profesional y geográfica de los trabajadores altamente cualificados de terceros países debe ser reconocida como un mecanismo esencial para la mejora de la eficiencia del mercado laboral, prevenir la escasez de mano de obra cualificada y compensar los desequilibrios nacionales».

Los nacionales de terceros países que estén en posesión de un documento de viaje válido y de una tarjeta azul de la UE expedida por un Estado miembro que aplique plenamente el acervo de Schengen podrán circular libremente por el mismo, durante un período de hasta tres meses de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras de Schengen).

De conformidad con ello, la Directiva también establece límites excepcionales a la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, a fin de no penalizar a los trabajadores altamente cualificados de terceros países que tengan movilidad geográfica y que todavía no hayan obtenido el estatuto de residente de larga duración CE contemplado en dicha Directiva, a fin de fomentar la migración geográfica y circular. Se debe así fomentar y apoyar la movilidad de los trabajadores altamente cualificados de terceros países entre la Comunidad y sus países de origen, a fin de ampliar el período de ausencia del territorio de la Comunidad sin que se interrumpa el período de residencia legal y continuada necesario para obtener el estatuto de residente de larga duración-CE. También deben permitirse períodos de ausencia más largos que los establecidos en la Directiva 2003/109/CE tras la obtención del estatuto de residente de larga duración-CE por los trabajadores altamente cualificados de terceros países, a fin de fomentar su migración circular (considerandos 20 y 21 del Preámbulo de la Directiva)⁽⁶⁸⁾.

Esta mayor facilidad para la movilidad intracomunitaria de los trabajadores altamente cualificados se ha considerado fundamental desde la UE, ya que la existencia de regímenes específicos de carácter nacional no ofrecía ninguna facilidad a los trabajadores muy cualificados de terceros países que necesitaban o deseaban trasladarse a otro Estado miembro por motivos de empleo, y, por tanto, segmentaban el mercado laboral de la UE e impedían una (re)distribución eficiente de la fuerza de trabajo necesaria. De todas maneras, debe destacarse que se trata de una movilidad que también se vincula con las necesidades inme-

(68) ROJO TORRECILLA, E.: *Immigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 65.

diatas del mercado de trabajo de los Estados miembros, pues deben de cumplir los requisitos de admisión establecidos con carácter general, incluidos los mecanismos relativos a la situación nacional de empleo (es decir, salvo la exención de visado, la concesión de la tarjeta azul en el primer Estado de la UE no otorga al titular ninguna facilidad adicional en el segundo Estado para acceder a su mercado de trabajo)⁽⁶⁹⁾.

En esta dirección, el art. 38 ter.4 LOEX (transposición del art. 18.1 de la Directiva) establece que el «*extranjero titular de la tarjeta azul de la UE que haya residido al menos dieciocho meses en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá obtener una autorización en España como profesional altamente cualificado*».

La solicitud podrá presentarse tanto en España, antes del transcurso de un mes desde su entrada, o en el Estado miembro donde se halle autorizado (art. 38 ter.4 párr. 1º LOEX). Interesa destacar cómo este supuesto quiebra el paradigma de la «contratación en origen» pues, en contraposición al régimen imperante en materia de autorizaciones de trabajo, el trabajador extranjero titular de una tarjeta azul UE en otro Estado miembro de la UE –con al menos dieciocho meses de vigencia– «*tendrá derecho a trasladarse a España con el fin de ejercer un empleo altamente cualificado*», de acuerdo con lo establecido en el desarrollo reglamentario (art. 95.1 RELOEX), o bien podrá presentar su solicitud mientras esté residiendo en el territorio del primer Estado miembro.

Así pues, bien en cualquier momento anterior a la entrada en territorio español y, a más tardar, en el plazo de un mes desde que se efectúe la misma, el empleador que desee contratar a un trabajador extranjero titular de una tarjeta azul UE en otro Estado miembro o, en su caso, éste mismo, deberá presentar una solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados (art. 95.2 párr. 1º RELOEX). En el procedimiento relativo a dicha solicitud, deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos y presentar la documentación requerida, para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo para profesionales altamente cualificados al trabajador extranjero que no ostente previamente la condición prevista en esta hipótesis específica, y salvo la relativa a la obtención del visado (del que estarían exentos, art. 95.2 párr. 2º RELOEX). Ahora bien, al no requerirse la obtención de visado, el cumplimiento de los requisitos generalmente exigidos de cara a la concesión de éste deberá ser acreditado en el marco del procedimiento de solicitud de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados (art. 95.2 *in fine* RELOEX).

En caso de que la autorización originaria (la tarjeta azul UE concedida por el Estado miembro primero) se hubiera extinguido sin que se haya resuelto la solicitud de autorización en España, esto es, durante la resolución del procedimiento, se podrá conceder una autorización de estancia temporal para el extranjero y los miembros de su familia (art. 38 ter.4 párr. 1º LOEX; transponiendo la posibilidad prevista en el art. 18.5 Directiva); cuya vigencia se extenderá hasta el momento de la terminación del procedimiento relativo a la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por resolución expresa debidamente notificada (art. 95.3 RELOEX). Por tanto, la autorización en estas hipótesis es

(69) USHAKOVA, T.: «Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea», *cit.*, p. 118.

solamente para la estancia temporal, sin que implique la posibilidad de ejercer todavía la actividad profesional⁽⁷⁰⁾. En esta dirección, el Reglamento precisa que si la resolución es favorable, «se suspenderá su eficacia hasta la posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, en el plazo de un mes desde la notificación al sujeto legitimado que hubiera iniciado el procedimiento y por el empleador firmante del contrato que obre en el procedimiento» (art. 95.4 RELOEX).

En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en la Seguridad Social, éste deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero. La tarjeta deberá contener la mención «Tarjeta azul UE» (art. 95.4 *in fine* RELOEX).

Si transcurre dicho plazo, para que se proceda al alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, en función del supuesto concreto que se dé y no existiera constancia de que ésta se ha producido, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España. Asimismo, el órgano competente requerirá al empleador que solicitó la autorización para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, y por las que no se ha cumplido la obligación de comunicación sobre dicha incidencia a los órganos competentes, prevista en el art. 38.4 LOEX (art. 95.5 RELOEX).

En dicho requerimiento se harán constar las siguientes circunstancias (art. 95.5 RELOEX): que de no recibirse contestación al mismo en el plazo de diez días o de considerarse insuficientes las razones alegadas por el empleador, el órgano competente dará traslado del expediente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por posible concurrencia de una infracción grave de las previstas en el art. 53.2 a) LOEX; igualmente, se le advertirá del extremo de que, de finalizar el posible procedimiento sancionador con determinación de la concurrencia de dicha infracción, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores.

Si se extinguiere la vigencia de la autorización originaria para permanecer en España o si se denegase la solicitud, las autoridades podrán aplicar las medidas legalmente previstas para tal situación. En caso de que procediese su expulsión, ésta se podrá ejecutar conduciendo al extranjero al Estado miembro del que provenga (art. 38.ter.4 párr. 2º LOEX)⁽⁷¹⁾.

(70) Esta limitación es consecuencia de la posibilidad que abre la Directiva (art. 18.2 *in fine*) para que el segundo Estado miembro pueda decidir, de acuerdo con su Derecho nacional, que el solicitante no podrá trabajar hasta que su autoridad competente haya adoptado una decisión estimatoria de la solicitud.

(71) Esta es una posibilidad que contempla el art. 18.4 b) de la Directiva: en caso de denegación de la expedición de la tarjeta azul UE, el Estado miembro puede obligar al solicitante y a los miembros de su familia, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho nacional, incluidos los procedimientos de expulsión, a salir de su territorio si no se cumplen las condiciones establecidas. En tales casos, el primer Estado miembro readmitirá inmediatamente sin formalidades al titular de la tarjeta azul UE y los miembros de su familia. También prevé la Directiva que pueda obligarse al solicitante o a su empleador, o a ambos, a sufragar los costes de retorno y readmisión del titular de la tarjeta azul UE y los miembros de su familia, incluido el reembolso de los costes de fondos públicos, en su caso (art. 18.6). En aplicación de estas condiciones, el Estado puede seguir aplicando los volúmenes de admisión contemplados por la Directiva (art. 18.7).

2. Movilidad de los familiares de los trabajadores extranjeros titulares de una tarjeta azul UE expedida en otro Estado miembro de la Unión Europea

En esta materia, el art. 18.1 LOEX establecía de manera muy crítica que la reagrupación de familiares de trabajadores titulares de la tarjeta azul, podrá solicitarse y concederse simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante, que podrá presentarse en España o desde el Estado de la UE donde tuviera su residencia, cuando la familia estuviere ya constituida en aquél.

En estos mismos términos, con la finalidad de facilitar de manera más ágil el reagrupamiento familiar para este tipo de trabajadores, el art. 96.1 RELOEX establece que el empleador que haya presentado una solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo para profesionales cualificados, a favor del titular de una tarjeta azul UE en otro Estado miembro o, en su caso, éste mismo, *«podrá solicitar, simultáneamente, una autorización de residencia a favor de los miembros de su familia que ya se encontrase constituida en el anterior Estado miembro de residencia»*, cuando se cumplan toda una serie de requisitos. No es por tanto necesario esperar a la renovación de la autorización para solicitar el reagrupamiento familiar, como se exige con carácter general, sino que puede realizarse junto con la propia solicitud de residencia del reagrupante (art. 18.1 LOEX).

Cuando tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, la solicitud podrá presentarse en España o desde el Estado de la Unión Europea donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél (art. 18.1 *in fine* LOEX).

La solicitud deberá ser presentada en cualquier momento anterior a la entrada en el territorio español y, a más tardar, en el plazo de un mes desde que se efectúe la misma, y deberá ir acompañada de la siguiente documentación (art. 96.2 RELOEX; que incorpora el plazo previsto en el art. 19.2 Directiva): copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, de cada uno de los miembros de la familia, reconocido como válido en España; copia del permiso de residencia en el anterior Estado miembro y prueba de haber residido como miembros de la familia del titular de la tarjeta azul UE en el mismo; prueba de que el titular de la tarjeta azul UE dispone de un alojamiento adecuado para los miembros de la familia, así como de recursos suficientes para su sostenimiento, en los términos reglamentariamente establecidos respecto a la reagrupación familiar.

Para la tramitación del procedimiento se estará a lo dispuesto respecto a la movilidad del trabajador extranjero titular de una tarjeta azul UE en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo en lo relacionado a los aspectos laborales de la autorización de residencia temporal y trabajo, pues de concederse, en su caso, la autorización a favor de los mencionados familiares, su situación en España será la de residencia por reagrupación familiar (art. 96.3 RELOEX), lo que implica también la autorización para trabajar si están en edad laboral.

En el caso de que el titular de la tarjeta azul UE quisiera reagrupar a miembros de su familia que no formasen parte de la familia ya constituida en el anterior Estado miembro de residencia resultará de aplicación lo previsto en el art. 94 RELOEX (art. 96.4 RELOEX), esto es, el procedimiento ordinario de reagrupación familiar para este tipo de profesionales.

X. ESTATUTO DE RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN-UE PARA TITULARES DE LA TARJETA AZUL UE

En línea con el establecimiento de condiciones favorables para la inmigración cualificada es también de destacar la flexibilidad con que los trabajadores extranjeros altamente cualificados pueden acceder al estatuto de residente de larga duración.

Un elemento de interés para este tipo de trabajadores es la incidencia que puede tener el hecho de haber sido admitido, como trabajador altamente cualificado, en otro Estado miembro, si se pretende acceder en España al estatuto de residente de larga duración. Para este tipo de trabajadores se facilita la obtención de residente de larga duración-UE, pues el art. 16.2 de la Directiva autoriza la acumulación de períodos de residencia en diferentes Estados miembros a fin de cumplir el requisito de duración de la residencia exigido. A tal efecto, la norma flexibiliza para este colectivo algunas de las reglas previstas en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de diciembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

En este sentido, el art. 32.2 LOEX contempla que los titulares de una tarjeta azul UE computen, a efectos de obtener el estatuto de residente de larga duración en España, los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros. El art. 152 RELOEX [antes la Instrucción DGI/SGRJ/09, de 14 de diciembre de 2009], señala que tendrán derecho a obtener dicho estatuto los extranjeros que acrediten: disponer de cinco años de residencia legal e ininterrumpida en el territorio de la UE como titular de una tarjeta azul UE; y dos años de residencia legal e ininterrumpida, inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente como titular de una tarjeta azul UE en el territorio español. En este caso, la continuidad de la residencia como titular de una tarjeta azul UE –a los efectos del cálculo del periodo de residencia legal e ininterrumpida en la UE– no quedará afectada por ausencias de la UE de hasta doce meses consecutivos, siempre que la suma de éstas no supere el total de dieciocho meses dentro de los cinco años de residencia requeridos (en concordancia con la previsión del art. 16.3 Directiva).

No obstante, se podría haber ampliado en el desarrollo reglamentario a veinticuatro meses consecutivos el período de ausencia del territorio de la Comunidad permitido al residente titular de una autorización de larga duración-UE y a los miembros de su familia a los que se haya concedido el estatuto de residente de larga duración UE (posibilidad prevista por el art. 16.3 Directiva). Además, estas excepciones se podrían limitar a los casos en que el nacional de un tercer país interesado presente la prueba de que estuvo ausente del territorio de la Comunidad para ejercer una actividad económica como trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena, para desempeñar una actividad de voluntariado, o para estudiar en su país de origen (art. 16.5 Directiva). Ambas posibilidades no han sido incorporadas en nuestro Derecho interno.

En definitiva, esta es una medida que favorece no solamente la atracción de trabajadores altamente cualificados, sino también su movilidad geográfica por el territorio de la UE e incluso, dentro de ciertos límites, la movilidad «circular». Pero lo cierto es que las disposiciones más favorables para los inmigrantes altamente cualificados de cara a obtener y conservar el estatuto de residente de larga duración reflejan el difícil equilibrio, que pretende mantener la UE entre: la promoción de la migración circular y, en su caso,

del retorno a los países de origen, por un lado, y del establecimiento de esta categoría de inmigrantes en el territorio de la UE, por otro⁽⁷²⁾.

A los titulares de la tarjeta azul UE que cumplan las condiciones descritas anteriormente para la obtención del estatuto de residente de larga duración-UE se les expide un permiso de residencia de conformidad con el art. 1.2 a) del Reglamento (CE) núm. 1030/2002. En el epígrafe «Observaciones del permiso de residencia de larga duración», la Administración tiene que anotar «antiguo titular de tarjeta azul UE» (art. 17 Directiva).

Sin perjuicio del margen de actuación de los Estados miembros en esta materia, la UE puede adoptar medidas que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el TUE, permitan alcanzar de manera suficiente los objetivos de introducción de este procedimiento especial, especialmente en cuanto a la garantía de su movilidad entre los Estados miembros que puede lograrse mejor a nivel comunitario, y de conformidad con el principio de proporcionalidad (considerando 25 del Preámbulo de la Directiva).

XI. EXTINCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN

Las causas de extinción de la autorización de residencia temporal de profesionales altamente cualificados se contemplan en el art. 164 RELOEX, diferenciándose entre: aquellas hipótesis en que la autorización se extingue sin necesidad de pronunciamiento administrativo, es decir, opera de manera automática la extinción; y aquellas otras en las que la extinción requiere una resolución del órgano competente para la concesión de la autorización.

La vigencia de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo en los siguientes casos (art. 164.1 RELOEX): por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido; por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria de la autorización, en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes en estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

La autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias (art. 164.2 RELOEX): cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta; cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión o en caso de comprobación de que éstas no existían; cuando su titular resida en España con fines distintos a aquéllos para los que se le autorizó.

(72) USHAKOVA, T.: «Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea», *cit.*, p. 118.

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL SENTIDO POLÍTICO-JURÍDICO DEL TRATAMIENTO PARTICULAR DE LOS TRABAJADORES ALTAMENTE CUALIFICADOS EN EL SENO DE LA POLÍTICA MIGRATORIA

Las medidas jurídicas específicas para los trabajadores altamente cualificados son un reflejo de la más amplia política normativa de diversificación y fragmentación del *status* jurídico de los trabajadores extranjeros, esta vez, dentro el propio régimen jurídico de autorizaciones de trabajo que, como es sabido, se encuentra funcionalizado o modulado en torno a las necesidades y exigencias de los mercados de trabajo. La regulación europea sobre esta categoría de inmigrantes forma parte de un planteamiento «sectorial» que adopta la UE para distintas modalidades de inmigración económica. Esta política trata de potenciar un modelo de migración «selectiva» que se dirige a la captación –según las necesidades de las empresas– de los profesionales de interés para el desarrollo económico (empresarial) del país de acogida.

Por el contrario, se implementan otro tipo de medidas de retorno voluntario para el drenaje del mercado de trabajo de profesionales de menor o escasa cualificación⁽⁷³⁾, así como se constata el endurecimiento de los requisitos de acceso al mercado de trabajo nacional para los trabajadores que no requiera el sistema productivo. En este sentido, se puede decir que se trata una ordenación normativa que «contrasta» con la ampliación de requisitos para que los ciudadanos extranjeros puedan obtener las autorizaciones de residencia y trabajo, esto es, con la política cada vez más restrictiva de acceso a la inmigración legal. Ello introduce una clara dualización entre el tratamiento de la inmigración cualificada respecto de la no cualificada. Se confirman así los temores del Comité Económico y Social Europeo sobre la consecuencia de una política de trato diferente para las distintas categorías de inmigrantes. Para el citado órgano consultivo europeo, el desafío consiste en asegurar que estas excepciones no afecten a la coherencia global de la política europea de inmigración y al principio de igualdad de trato⁽⁷⁴⁾.

La lógica mercantil ha tenido siempre una explicación en la interpretación del mecanismo que rige el funcionamiento de los mercados de trabajo, y por tanto, también en la evolución –y el tratamiento jurídico– de los flujos migratorios laborales. No se puede ignorar el hecho de que, en el concreto funcionamiento de los mercados del trabajo, se ofrecen y se demandan específicos valores técnico-profesionales, los cuales, aunque se incardinan en específicas subjetividades humanas, asumen, en el proceso de asignación, un significado objetivamente económico en relación a sus objetivos contenidos cualitativos. Tal mecanismo, organizado en formas «socialmente aceptables» por las modernas legislaciones, sin

(73) En nuestro país, las políticas de retorno de extranjeros no se encuentran diseñadas como políticas de «co-desarrollo», *vid.* al respecto, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los renglones torcidos de política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante», comunicación presentada en el *VII Congreso Migraciones Internacionales en España: movilidad humana y diversidad social*, Bilbao, 11-13 de abril de 2012; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, pp. 290 y ss.

(74) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado», COM (2007) 637 final, 2007/0228 (CNS) [DOUE C 27/108, de 3 de febrero de 2009].

embargo ha conservado, y no solamente en su terminología simbólica, la configuración de especial mercado de valores técnico-profesionales, que se sujetan en buena medida a una lógica de asignación mercantil (que en este ámbito se refleja en el tratamiento normativo diversificado para la movilidad de los trabajadores extranjeros altamente cualificados). Ello corrobora la ductilidad del marco normativo de los trabajadores extranjeros a la política de empleo subyacente. En definitiva, es una manifestación más del modelo migratorio asentado en Europa y en nuestro país, en el que la admisión de nuevos inmigrantes está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo.

Se trata de una manifestación de uno de los principios que rigen la política migratoria: la conocida «ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo». La política de inmigración española legalmente se vincula a lo laboral, al trabajo de extranjeros y a la entrada legal y ordenada de éstos de acuerdo con las necesidades del mercado nacional de trabajo⁽⁷⁵⁾. La ordenación y canalización legal de los flujos migratorios se tratan de ajustar a la capacidad de acogida de nuestro país y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo. El control y regulación del estatuto jurídico-legal de la persona inmigrante se subsume en base a las necesidades de nuestro mercado de trabajo (en cada coyuntura económica determinada), y no en el sentido de un proyecto migratorio libre y omnicompreensivo de un mayor o menor tiempo de residencia, estabilidad e integración social. El paradigma de la inmigración laboral o «económica» domina en gran medida la ordenación jurídica de los flujos migratorios y la diferenciación de los *status* jurídicos correlativos.

Ciertamente, la reforma del marco normativo nacional en línea con la Directiva comunitaria presenta aspectos positivos como una conformación jurídica de la reagrupación familiar menos restrictiva que la contemplada con carácter general, así como que se instaure una mayor flexibilidad para los permisos de residencia que permita fomentar los sistemas de migración circular que puedan facilitar el desarrollo de los países de origen compensar los efectos más negativos de la denominada «fuga de cerebros». Asimismo, son de valorar las medidas adoptadas en relación a la movilidad profesional y geográfica de los trabajadores altamente cualificados de terceros países, pues las mismas se erigen en un mecanismo importante para la mejora de la eficiencia del mercado laboral así como prevenir la escasez de mano de obra cualificada y compensar los desequilibrios regionales en el seno de la UE.

No obstante, si esta era la verdadera intención del legislador (la migración «selectiva»), el procedimiento instaurado dista de presentar elementos de especial agilidad que lo conviertan en un factor de atracción –cuando menos de «no burocratización»– para la llegada de este tipo de profesionales a nuestro mercado de trabajo. Por un lado, en muchas ocasiones, nuestro legislador –o el poder reglamentario– optan por las reglas más restrictivas de entre las que permite el marco comunitario. De otro, si bien existen excepciones flexibilizadoras en relación a los requisitos exigidos con carácter general para las autorizaciones de residencia y trabajo, la extensión de los que sí se requieren, así como las remisiones a las exigentes reglas del régimen «común» de autorizaciones hacen que

(75) Cfr. VALDUEZA BLANCO, M.D.: *El tratamiento jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 197-201.

tanto los requisitos exigibles como el procedimiento instaurado disten mucho de caracterizarse por las notas de simplicidad y celeridad⁽⁷⁶⁾. A ello se suman –incentivos fiscales aparte– elementos refractarios como: la burocratización y la lentitud de la homologación de títulos universitarios y el coste adicional que supone, aparte del retraso en la incorporación de dichos profesionales a la actividad profesional correspondiente (solamente en el ámbito de la medicina o enfermería se han establecido mecanismos de reconocimiento de títulos en origen); la inexistencia de un sistema específico de estancia con motivo de búsqueda de empleo para profesionales altamente cualificados, lo que supondría una facilidad para su incorporación a nuestro mercado de trabajo; la inexistencia de programas específicos de aprendizaje del idioma para los profesionales y sus familiares. Tampoco se han contemplado facilidades para la contratación de extranjeros que finalicen sus estudios universitarios, donde sería apreciable la ventaja de tener ya cierta integración en nuestro país (el conocido como «*academic-gate approach*»)⁽⁷⁷⁾.

Por otra parte, las políticas de atracción de inmigrantes cualificados acaban configurándose más como una excepción dentro de políticas crecientemente restrictivas que como el desarrollo de políticas coherentes. Este ambiente refractario a la inmigración tampoco ayuda a que Europa –o España– sea percibida por los inmigrantes cualificados como un destino atractivo a largo plazo⁽⁷⁸⁾.

Globalmente valorada, la nueva ordenación legal y reglamentaria existente en nuestro país –en gran medida resultado de imperativos europeos– no puede decirse que colme las exigencias de flexibilidad y agilidad a la hora de proceder a la contratación de mano de obra extranjera cualificada que refuerce la innovación y desarrollo de nuestro tejido productivo. Es una ordenación que sigue además muy anclada en las exigencias del mercado de trabajo y no tanto en los derechos y preferencias del inmigrante altamente cualificado (la perspectiva «personal» del fenómeno migratorio).

En la situación de grave crisis del empleo en nuestro país podría resultar innecesario plantearse la necesidad de atraer inmigración altamente cualificada, en realidad, emerge un nuevo problema que es el apoyo a nuestra migración cualificada así como la contención de la fuga de cerebros de nuestro país (la retención y retorno del talento). Pero esto puede ser –esperemos– algo solo aparente, o coyuntural si se quiere, pues a medio y largo plazo, máxime teniendo presente el envejecimiento de la población activa en nuestro país, se requerirán más profesionales de este tipo. Tampoco debe desdeñarse la sinergia que puede generar la afluencia de este tipo de profesionales para la reestructuración y desarrollo de sectores basados en la tecnología y el conocimiento, y su contribución a superar la situación de crisis económica y recuperar así la senda del crecimiento económico. La experiencia muestra interesantes casos que demuestran que el capital humano, incluso más que los recursos naturales, es una clave importante para el desarrollo económico⁽⁷⁹⁾.

(76) En este mismo sentido, GONZÁLEZ DE AGUILAR, C.; VALBUENA REYERO, R.: «Inmigración altamente cualificada: mercado y regulación. Una revisión del caso español», *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, p. 111.

(77) Vid. ABELLA, M.: «Global competition for skilled workers and consequences», en AA.VV.: *Competing for global talent*, Kuptsch, C., Pang E.F. (eds.), ILO, Ginebra, 2006, p. 23.

(78) LLUNA TABERNER, V.D.: «Las políticas de inmigración cualificada en los países desarrollados», *cit.*, p. 6.

(79) ABELLA, M.: «Global competition for skilled workers and consequences», *cit.*, p. 12.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: «Libre circulación de los trabajadores en la UE: residencia de larga duración y trabajadores altamente cualificados: conclusiones mesa de trabajo 6ª, *RDMyE*, núm. 24, 2010.
- ABELLA, M.: «Global competition for skilled workers and consequences», en AA.VV.: *Competing for global talent*, Kuptsch, C., Pang E. F. (eds.), ILO, Ginebra, 2006.
- AGUELO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A.G.: «El nuevo Reglamento de Extranjería», *RDMyE*, núm. 26, 2011.
- AGUELO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A.G.: «La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los Derechos Humanos», *RDMyE*, núm. 22, 2009.
- AWAD, I.: *The Global Economic Crisis and Migrant Workers: Impact and Response*, ILO, Ginebra, 2009.
- BENLLOCH SANZ, P.: «Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados», en AA.VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas, Madrid, 2011.
- BRANDI, M.C.: «La historia del *brain drain*», *Revista CTS*, vol. 3, núm. 7, 2006.
- BROWN, P.: *High Skills. Globalization, Competitiveness and Skill Formation*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: «El especial procedimiento de autorización de residencia y trabajo para actividades profesionales de interés económico, social o laboral e investigación, de alta cualificación o docencia y actuaciones artísticas de interés cultural», en AA.VV., Sánchez-Rodas Navarro, C.: *El novísimo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Murcia, 2011.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Estudio preliminar. Veinticinco años de Legislación sobre Extranjería e Inmigración en España», en AA.VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas, Madrid, 2011.
- CERNA, L.: *Towards an EU blue card? The delegation of high-skilled immigration policies to the EU level*, ERSC Working Papers, University of Oxford, 2008.
- CHUECA SANCHO, Á.G.: «*Jus migrandi* y el derecho humano al desarrollo», *Eikasía: Revista de Filosofía*, núm. 8, 2009.
- CLARK, P.F.; STEWARD, J.B.; CLARK, D.A.: «Globalización del mercado laboral de los profesionales de la sanidad», *RIT*, vol. 125, núm. 1-2, 2006.
- COMELLA, J.; ALSINA, E.; LÓPEZ, D.; GUADALUPE, M.A.; CASTELLÁ, J.: «La movilidad entre Europa y los Estados Unidos de América», *La Cuestión Universitaria*, núm. 4 (ejemplar dedicado a: «Horizontes en la política científica y movilidad de investigadores»), 2008.
- COUNIHAN, C.R.; MILLER, M.J.: «Competing for global talent in an Age of Turbulence», en AA.VV.: *Competing for global talent*, Kuptsch, C.; Pang, E.F. (eds.), ILO, Ginebra, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La política comunitaria de inmigración», en AA.VV., Escudero Rodríguez, R. (coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La nueva vinculación con el alta del trabajador en la Seguridad Social para la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los*

LOS PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS EN EL DERECHO MIGRATORIO

extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, La Ley, Madrid, 2010.

- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solitud de una autorización de trabajo inicial», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los renglones torcidos de política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante», comunicación presentada en el *VII Congreso Migraciones Internacionales en España: movilidad humana y diversidad social*, Bilbao, 11-13 de abril de 2012.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006.
- FINDLAY, A.M.: «Brain strain and other social challenges arising from the UK's policy on attracting global talent», en AA.VV.: *Competing for global talent*, Kuptsch, C.; Pang E.F. (eds.), ILO, Ginebra, 2006.
- GARCÍA MURCIA, J.: «La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea», *RMTAS*, núm. 57, 2005.
- GONZÁLEZ DE AGUILAR, C.; VALBUENA REYERO, R.: «Inmigración altamente cualificada: mercado y regulación. Una revisión del caso español», *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011.
- GONZÁLEZ RAMOS, A.M.: «Atrayendo talento: Estrategias de Movilidad de los profesiones altamente cualificados en España», *Sociología y Tecnociencia*, núm. 1, vol. 2, 2011.
- HANSON, G.H.; BHAGWATI, J.N.: *Skilled immigration today: prospects, problems and policies*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: «Sistema de «blue-card» o «sistema de puntos»: una comparación entre los sistemas de atracción de trabajadores altamente cualificados del Reino Unido y de la Unión Europea», en AA.VV., *VI Congreso sobre las migraciones en España*, A Coruña, 17-19 de septiembre de 2009, 2010.
- KUPTSCH, C.; FONG, P.E.: «Introduction», en AA.VV.: *Competing for global talent*, Kuptsch, C.; Pang E.F. (eds.), ILO, Ginebra, 2006.
- LLUNA TABERNER, V.D.: «Las políticas de inmigración cualificada en los países desarrollados», comunicación presentada en el *VII Congreso Migraciones Internacionales en España: movilidad humana y diversidad social*, Bilbao, 11-13 de abril de 2012.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *RL*, núm. 22, 2011.
- LOWELL, B.L.: *Policies and Regulations for Managing Skilled International Migration for Work*, UN/POP/MIG/2005/03, 23 de junio de 2005.
- MAHROUM, S.: «Europa y la perspectiva de adquirir cerebros», *The IPTS Report*, núm. 66, 2002.
- MERCADER UGUINA, J.R.; MUÑOZ RUIZ, A.B.: «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *RMTAS*, núm. 32, 2001.

- MEYER, J.-B.: «Network Approach versus Brain Drain: Lesson form the Diaspora», *International Migration*, vol. 39, núm. 5.
- MOLINA HERMOSILLA, O.; VELA DÍAZ, R.: «El «esperado» Reglamento de extranjería: principales novedades en la regulación de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena del Real Decreto 665/2011, de 20 de abril», *RTSS.CEF*, núm. 344, 2011.
- MOLINA NAVARRETE, C.; ESTEBAN DE LA ROSA, G.; ARCE JIMÉNEZ, E.: *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al RD 2393/2004, de 30 de diciembre*, CEF, Madrid, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: «El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», *AS*, núms. 19 y 20, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: «El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.
- OECD: *Managing highly skilled labour migration: a comparative analysis of migration policies and challenges in OECD countries*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, n. 78, Paris, 2009.
- LOUDIN, D.: *Les politiques migratoires en faveur des travailleurs hautement qualifiés en France (2005-2008): éléments de réflexion autour du processus de catégorisation*, IEP, Grenoble, 2009.
- PARRA RODRÍGUEZ, C.: «Profesionales altamente cualificados, trabajadores de temporada y trabajadores transfronterizos, trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios», en AA.VV., Boza Martínez, D.; Donaire Villa, F.J.; Moya Malapeira, D. (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, 2012.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: «Migraciones laborales: las paredes maestras de la «Reforma 2009» de la Ley de Extranjería en España», *TS*, núm. 240, 2010.
- ROJO TORRECILLA, E.: «Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena», 13 de febrero de 2011 <<http://eduardorobjoblog.blogspot.com/2011/02/aproximación-al-contenido-de-interes.html>>.
- ROJO TORRECILLA, E.: *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- ROMERO CORONADO, J.: «Residencia y trabajo de profesionales extranjeros altamente cualificados», en AA.VV., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.
- RUANO ALBERTOS, S.: *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (Estudio tras el Real Decreto 557/ 2011, de 20 de abril)*, García Ninet, J.I. (dir.), Atelier, Barcelona, 2012.
- RUHS, M.: «Potencial de la inmigración temporal en la política internacional de migraciones», *RIT*, vol. 125, núm. 1-2, 2006.
- RUBIO DE MEDINA, M.D.: «Residencia temporal y autorizaciones de trabajo», en AA.VV., Sánchez-Rodas Navarro, C.: *El novísimo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Murcia, 2011.

LOS PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS EN EL DERECHO MIGRATORIO

- SÁNCHEZ RIBAS, J.; FRANCO PANTOJA, F.: *Reglamento de Extranjería 2011. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SERRANO GARCÍA, J.M.: «Política comunitaria de inmigración», en AA.VV., Serrano García, J.M.; Mendoza Navas, N., (coords.), *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- SOMILIANO, A. (ed.): *The International Mobility of Talent. Types, causes and development impact*, UNU-WIDER Studies in Development Economics Research & Oxford University Press, 2008.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.
- SHAAPER, M.; WYCKOFF, A.: «Movilidad del personal altamente cualificado: un panorama internacional», *Revista CTS*, núm. 7, vol. 3, 2006.
- VALDUEZABLANCO, M.D.: *El tratamiento jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- USHAKOVA, T.: «La Directiva de la tarjeta azul de la UE como instrumento de la política activa de gestión migratoria», *TS*, núm. 236-237, 2010.
- USHAKOVA, T.: «Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea», *RL*, núm. 22, 2011.
- VELA DÍAZ, R.: «La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la «Ley de Extranjería»: puntos críticos desde el prisma laboral», *RTSS.CEF*, núm. 326, 2010.
- WICKRAMASEKARA, P.: «Respuestas de política a las migraciones cualificadas: retenciones, retorno y circulación», en *Perspectivas sobre migraciones laborales*, OIT, Ginebra, 2005.
- ZWEIG, D.: «Estrategia de China para dar un vuelco al éxodo de talentos», *RIT*, vol. 125, núm. 1-2, 2006.

INSTRUMENTOS INFORMÁTICOS DE UTILIZACIÓN GENERALIZADA EN LA EMPRESA O MEDIOS DE USO PERSONAL Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (Comentario a la STC 241/2012, de 17 de diciembre de 2012)

ANA BELÉN MUÑOZ

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

RESUMEN

Instrumentos informáticos de utilización generalizada en la empresa o medios de uso personal y secreto de las comunicaciones (comentario a la STC 241/2012, de 17 de diciembre de 2012)

El control empresarial de las comunicaciones electrónicas en el entorno de trabajo se ha perfilado desde siempre como una cuestión especialmente controvertida en la doctrina académica y en la judicial. Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta materia en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, donde se establece un criterio de actuación de corte aperturista que admite la legitimidad del control siempre que exista una política en la empresa al respecto. En la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional falló en favor de la empresa. El Tribunal concluyó que la empleada no tenía una expectativa razonable de confidencialidad en sus comunicaciones electrónicas y defendió un uso más limitado del principio de proporcionalidad en la resolución del conflicto entre derechos fundamentales.

Palabras clave: expectativa de confidencialidad, control empresarial, política empresarial, principio de proporcionalidad y secreto de las comunicaciones.

ABSTRACT

Computer instruments of general use in companies or means for personal use and the secret of communications (Comment to the STC 241/2012, of December 17th 2012)

Both Spanish doctrine and courts have argued rigorously about the right of employees to use company-owned computers, phones and internet for personal reasons. In a recent ruling, the Spanish Constitutional Court (decision 241/2012, December 17, 2012) decided whether the employer had the right to monitor employee electronic communications. According to constitutional doctrine, a relevant aspect of these cases is whether there is a policy regarding employee usage of information technologies which clarifies whether employees are allowed to use devices for personal reasons. The Constitutional Court ruled in favour of the company. The Court held that the employee had no reasonable expectation of privacy in her on-line communications and defended a more limited use of the proportionality principle in the resolution of conflict between fundamental rights.

Keywords: expectation of confidentiality, surveillance, policy, proportionality principle, and secrecy of communications.

Fecha recepción: 9-4-2013.

Fecha aceptación: 9-4-2013.

SUMARIO

- I. EL RELATO FÁCTICO.
 - II. LOS CONTORNOS DE LA NUEVA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.
 1. **EL RECONOCIMIENTO DE LAS FACULTADES EMPRESARIALES DE ORDENACION Y CONTROL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS.**
 2. **EL MÉTODO Y ELEMENTOS CLAVE PARA DETERMINAR EL ALCANCE DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL.**
 - 2.1. Supuestos de inexistencia de conflicto entre derechos.
 - A) La fijación de normas relativas al uso de los medios informáticos en la empresa.
 - B) La no aplicación generalizada del principio de proporcionalidad como mecanismo de ponderación de Derechos Fundamentales.
 - C) La irrelevancia del medio de comunicación utilizado.
 - 2.2. Supuestos de existencia de conflicto entre derechos.
 - III. LA SIGNIFICACION DE LA SENTENCIA. LA ADOPCIÓN DE UNA TESIS DE CORTE APERTURISTA EN EL DEBATE «SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y RELACION DE TRABAJO».
 1. **La reducción del espacio personal protegido del trabajador en el uso de los medios informáticos de propiedad de la empresa.**
 2. **La ampliación de los límites constitucionales en materia de secreto de las comunicaciones.**
-

I. EL RELATO FÁCTICO

El supuesto de hecho resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 241/2012, de 17 de diciembre de 2012, se refiere a un caso de control empresarial de la mensajería electrónica de dos trabajadoras. En concreto, dos empleadas instalan un programa de mensajería instantánea denominado «Trillian» en el ordenador de la empresa con el propósito de entablar conversaciones entre ellas en las que realizan comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes. Concurren factores relevantes que hay que destacar: en primer lugar, la existencia de prohibición expresa por parte de la empresa de tal práctica; en segundo término, que el ordenador era de uso común de todos los trabajadores y que no tenía clave de acceso; y, el tercer elemento a tener en cuenta se detiene en la forma en que la empresa toma conocimiento de los hechos. En este caso, es un empleado quien descubre las conversaciones por casualidad. Transcurridos poco más de dos meses del hallazgo, la empresa convoca a las dos trabajadoras y a cuatro responsables y mandos y en dicha reunión se leen algunas conversaciones y se resume el contenido de las restantes. Las trabajadoras reconocen la autoría y la empresa les amonesta verbalmente. Como consecuencia de ello, una de las trabajadoras demanda

a la empresa alegando vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

La trascendencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional objeto de comentario es notable. Ello es debido a que son escasísimos los pronunciamientos de este Tribunal sobre la proyección laboral del secreto de las comunicaciones⁽¹⁾ y porque se trata de una cuestión muy controvertida en la doctrina académica y la judicial⁽²⁾. Pero lo más significativo es que se admite en el fallo constitucional el control de las comunicaciones electrónicas en el contexto empresarial cuando se cumplen determinados presupuestos. En definitiva, como se verá, se advierte un cambio de modelo no sólo en el aspecto sustantivo de permitir la fiscalización empresarial ya mencionada sino también en el uso más limitado del método de ponderación empleado hasta ahora para resolver los conflictos entre derechos fundamentales. El propio Voto Particular que acompaña a la Sentencia y que formula el Profesor Valdés Dal-Ré destaca esta circunstancia cuando expresa que «(...) esta es una Sentencia que, en mi opinión, representa un paso atrás en la muy acreditada jurisprudencia constitucional dictada en tres décadas por el Tribunal en materias laborales» o que «(...) responde a un concepto de las relaciones laborales que (...) no se corresponde con el modelo que impone la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1. CE) que las informa»⁽³⁾.

II. LOS CONTORNOS DE LA NUEVA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Si bien la trabajadora alega la vulneración de dos derechos fundamentales (intimidad personal y secreto de las comunicaciones), la argumentación de la Sentencia gira en su mayor parte en torno al secreto de las comunicaciones. En concreto, como ya se ha dicho, la problemática se centra en las conversaciones realizadas a través del programa de mensajería «Trillian» que se instala en el ordenador de la empresa. Se confirma aquí la enumeración abierta del artículo 18.3 CE cuando se refiere «en especial» a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas y su adaptabilidad a las que puedan realizarse a través de las nuevas tecnologías, en el caso concreto, mensajería electrónica.

Conviene advertir que la novedosa doctrina constitucional se asienta sobre una premisa básica cual es el reconocimiento de las facultades empresariales de ordenación y control de los medios informáticos de propiedad de la empresa. A partir de aquí, el Tribunal Cons-

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, que admite como prueba en un proceso de despido la grabación de una conversación con otra persona que la facilitó a la entidad empleadora.

(2) Entre los estudios doctrinales que han abordado esta problemática destacamos: PÉREZ DE LOS COBOS, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990; MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002; SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002; MARÍN ALONSO, I., *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; y, GOÑI SEIN, J.L., «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», JL, núm. 39, 2009, pp. 11-58.

(3) Se adhirió al Voto Particular la Magistrada Adela Asua Batarrita.

titucional destaca los elementos clave para delimitar el alcance de la tutela constitucional de estos derechos en la relación de trabajo.

1. EL RECONOCIMIENTO DE LAS FACULTADES EMPRESARIALES DE ORDENACION Y CONTROL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS

El Tribunal Constitucional afirma con rotundidad que compete a cada empresario en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichos poderes empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales. La finalidad del reconocimiento de estas facultades no es otra que «la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador».

El fundamento legal de estas prerrogativas debe buscarse en lo dispuesto en el artículo 20 del ET y en el propio consentimiento de la trabajadora cuando acepta desarrollar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o de la persona a quién éste designe y se le informa de los límites del uso personal de los medios informáticos. Se trata por tanto de una disponibilidad voluntaria por parte de la trabajadora que se produce en el momento en que acepta las condiciones de trabajo⁽⁴⁾.

Parece claro que los instrumentos empresariales de regulación de los medios informáticos pueden adoptar diversas formas y todas ellas en principio revisten validez. En concreto, el Tribunal Constitucional enumera de forma expresa las órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas. Llama la atención que el Tribunal Constitucional omite toda referencia a la posibilidad de una regulación negociada como es el caso del Convenio Colectivo o bien que se establezcan las reglas de uso en el propio contrato de trabajo. Entendemos que dicha omisión no impide en forma alguna su empleo, especialmente, por lo que se refiere al Convenio Colectivo por dos razones: en primer lugar, se trata de una materia que es susceptible de regulación por la negociación colectiva y, en segundo término, existen experiencias convencionales destacadas en este terreno que ratifican la premisa anterior⁽⁵⁾. A mayor abundamiento, se pronuncia en el mismo sentido el Voto Particular de la Sentencia cuando hace referencia a «las eventuales y posibles moda-

(4) BACIGALUPO, E., «Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa», Diario La Ley, 2013, núm. 8031.

(5) *Vid.* Disposición adicional 9 del Convenio Colectivo de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. (BOE 28-3-2008); art. 15.3.6 del Convenio Colectivo de I-Vamos, S.L. (BOE 10-4-2009); Anexo 3º del VIII Convenio Colectivo de Unidad Editorial, S.A. (BOE 29-5-2009); art. 90.8 del I Convenio Colectivo de Cableuropa, S.A.U y Tenaria, S.A., Grupo ONO (BOE 3-4-2010); art. 43 b) del Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, S.A.U (BOE 31-3-2011); Anexo 3 del Convenio Colectivo de la Empresa Aldeasa (BOE 23-2-2012); art. 46.15 del III Convenio Colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 25-4-2012); y, art. 51.18 del Convenio Colectivo del Grupo Importaco (BOE 9-7-2012).

lizaciones adoptadas por el empresario o de las regulaciones efectuadas por la negociación colectiva del uso de los medios tecnológicos existentes en la organización empresarial».

Tampoco se resuelve en la Sentencia si la empresa debe asegurarse del conocimiento por parte del trabajador de las órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas que especifican los usos personales permitidos y acreditar en algún modo el mismo. Conviene recordar la problemática que se planteó en una de las Sentencias del Tribunal Supremo, concretamente, la Sentencia de 8 de marzo de 2011, donde la empresa alegaba que había informado al trabajador de las reglas de uso de los medios telemáticos de la empresa con la entrega del Manual de acogida de lectura obligatoria, dato éste que no queda acreditado en juicio y que por este motivo se declara ilícito el control efectuado. En cambio, en otro de los supuestos resueltos también por el Tribunal Supremo— Sentencia de 6 de octubre de 2011— se consideró lícita la entrega por parte de la empresa a todos los trabajadores de una carta que éstos recibieron y firmaron, en la que se les comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de los medios de la empresa (ordenadores, móviles, Internet, etc.) para fines personales tanto dentro como fuera del horario de trabajo.

2. EL MÉTODO Y ELEMENTOS CLAVE PARA DETERMINAR EL ALCANCE DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL

Una de las aportaciones más relevantes de la Sentencia objeto de comentario es que identifica supuestos de inexistencia de conflicto entre los derechos fundamentales en juego, por un lado, el secreto de las comunicaciones e intimidad del trabajador y, de otra parte, las facultades de ordenación y control empresarial. Esto va a significar que en tales casos no se produce afectación del derecho fundamental como consecuencia de la fiscalización empresarial y que, por tanto, tampoco se aplica el principio de proporcionalidad. Un claro ejemplo de estas ideas es el supuesto de hecho de la Sentencia.

2.1. Supuestos de inexistencia de conflicto entre derechos

Para que no haya conflicto entre derechos deben concurrir un conjunto de elementos, en concreto, constituye un aspecto clave la existencia de una política empresarial que clarifique si se permite o no el uso personal de los medios informáticos de propiedad de la empresa así como la presencia de factores circunstanciales que influyen también en la expectativa de confidencialidad como por ejemplo la existencia o no de clave de acceso.

A) La fijación de normas relativas al uso de los medios informáticos en la empresa

En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional se dice que la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador, prohibición ésta, según el Tribunal Constitucional, que en modo alguno aparece como arbitraria en tanto que se enmarca en el ámbito de las facultades organizativas del propio empresario. Pese a ello, las dos trabajadoras conculcaron tal prohibición introduciendo en el ordenador de la empresa el programa de mensajería instantánea. Por tanto, no existiendo

una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial.

Se destaca por tanto la política empresarial de usos permitidos y/o prohibidos al igual que hizo la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007⁽⁶⁾. En esta última se indica que para que el control sea lícito, la empresa debe establecer previamente las reglas de uso de estos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) y debe informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios y medidas que van a adoptarse para garantizar la efectiva utilización laboral. A partir de ahí se sienta la regla básica conforme a la cual el empresario está legitimado para examinar el ordenador con el que se ejecuta la prestación de trabajo porque se trata de un instrumento de producción del que es titular el empresario «como propietario o por otro título». Si la empresa prohíbe el uso privado de los medios informáticos y el trabajador utiliza los mismos en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no cabe entender que dicho control vulnere la expectativa razonable de intimidad y/o confidencialidad⁽⁷⁾.

Siguiendo con este análisis, el Tribunal destaca el aspecto de la disposición organizativa de uso común del ordenador. Así, la posibilidad de uso común del ordenador por todos los empleados permite considerar que la información archivada en el disco duro era accesible a todos los trabajadores, sin necesidad de clave de acceso alguna. Este tipo de disposición organizativa permite afirmar su incompatibilidad con los usos personales y reconocer que, en este caso, la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional, al faltar las condiciones necesarias de su preservación. Quedan fuera de la tutela constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta.

(6) RJ 2007, 7514. U.d. Ampliamente sobre esta Sentencia, DESDENTADO BONETE, A., «Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una nota sobre algunas cuestiones de actualidad, prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico», RPJ, núm. 88, 2009, pp. 241-265. Aplicando la lógica del principio de proporcionalidad se alcanza la misma conclusión. La medida de control es claramente inidónea y no resulta indispensable porque la misma se efectúa por mero accidente sin responder a ningún concreto y determinado fin empresarial. Además, la medida tampoco resulta proporcionada en sentido estricto porque los medios elegidos no mantenían una relación razonable con el resultado perseguido, MERCADER UGUINA, J.R., Límites del control empresarial sobre el uso por el trabajador del ordenador facilitado por la empresa como instrumento de trabajo: TS 26-9-07 como «leading case», en AA.VV. (coords. I. Sagardoy de Simón y Luis Gil Suárez), Jurisprudencia y Grandes Cuestiones Laborales, Madrid, Francis Lefebvre, 2010.

(7) La mencionada doctrina aportada por el Tribunal Supremo se consolida en las Sentencias posteriores de 8 de marzo (RJ 2011, 102184) y 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7699). En el primero de los supuestos el Tribunal Supremo declara la ilicitud del control con la consecuencia de despido improcedente debido a que no constaba que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuera preciso. La Sentencia de 6 de octubre de 2011 introduce una matización novedosa respecto de lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2007, en concreto, admite el control oculto (el realizado sin advertir de la posibilidad de la monitorización) cuando la empresa ha prohibido expresamente el uso personal de los medios telemáticos de su propiedad. Según el Tribunal Supremo, si hay prohibición clara y contundente, la advertencia del control está implícita.

Tampoco se aprecia afectación del derecho a la intimidad por aplicación de la teoría de las barreras de protección. La doctrina constitucional define el derecho de intimidad como «un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás». A su vez, dicho ámbito tiene un contenido objetivo— «aquello que, según las pautas sociales imperantes, suele considerarse reservado o ajeno al legítimo interés de los demás»— y otro subjetivo— «todo aquello que una persona decide excluir del conocimiento de los demás». Partiendo de estas premisas básicas, toma relieve la decisión individual de definir el ámbito protegido, bajando las barreras de protección, lo que viene a significar un acto de disposición del propio sujeto que en ningún caso supone una renuncia del derecho. La aplicación de esta teoría al ámbito del control empresarial de los medios informáticos fue llevada a cabo por el Tribunal Supremo⁽⁸⁾ y defendida por algunos autores⁽⁹⁾. Se explicaba entonces que cuando la empresa ha prohibido el uso personal de los medios informáticos y controla los mismos, el trabajador que entra en un ordenador en estas condiciones conoce que va a ser controlado y acepta ese control, reduciendo eventualmente, el ámbito de su intimidad, pues al tener conciencia de esa posibilidad de control, puede también decidir los tipos de uso personal que afecta a su intimidad y los que no tienen esa afectación, reservando unos y exponiendo otros. De esta forma, el trabajador conoce que ese medio está controlado y puede decidir si se expone personalmente a ese control y en qué medida, con lo que está decidiendo también lo que considera como íntimo.

Con fundamento en la teoría de las barreras de protección, el Tribunal Constitucional rechaza de plano la afectación del derecho fundamental de intimidad porque «fueron las propias trabajadoras, quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas, como aquí ocurrió al tener conocimiento la dirección de la empresa». Constituye por tanto un elemento determinante los actos dispositivos de las propias trabajadoras ya que precisamente «con sus propios actos, quienes provocaron con su voluntaria actuación que no se vea afectado su derecho a la intimidad al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador, trabajador de la empresa, que casualmente y sin ninguna intencionalidad tuvo acceso a todo su contenido, lo que finalmente provocó la intervención empresarial».

El Voto particular intenta restar valor a tales argumentos mediante el símil o comparación de la cuestión controvertida con los casilleros abiertos donde se hayan depositadas cartas pertenecientes a diferentes personas y que, pese a que podrían ser abiertas, nadie está autorizado para hacerlo: «En efecto, del mismo modo que el proceso de reparto a domicilio de la correspondencia postal o su entrega mediante un sistema de casilleros abiertos— tan usual en ciertos ámbitos— no autoriza a nadie a abrir y leer las cartas que reparte o que encuentra depositadas en el casillero de otra persona, aunque sea perfectamente factible, nadie está tampoco autorizado a abrir los archivos de correo electrónico o de mensajería de otro, siempre que puedan ser identificados como tales, como era el caso, por más que

(8) STS de 6 de octubre de 2011.

(9) DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 180-182.

el acceso sea posible al encontrarse los archivos desprotegidos y en un ordenador de uso común». El ejemplo de los casilleros se podría contra argumentar trayendo a colación un supuesto también nítido al respecto como es el envío de una postal: quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista; de la misma forma, quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad⁽¹⁰⁾.

En definitiva, el control empresarial efectuado no viola la intimidad ni el secreto de las comunicaciones porque la trabajadora implícitamente ha consentido el mismo cuando se le ha informado respecto de las limitaciones de uso personal de los medios informáticos. En el momento en que las dos trabajadoras entablan conversaciones privadas en el ordenador de la empresa bajo las condiciones descritas (de prohibición absoluta de la instalación del programa informático de mensajería electrónica) están consintiendo el conocimiento de estas conversaciones eliminando la privacidad de su contenido.

B) La no aplicación generalizada del principio de proporcionalidad como mecanismo de ponderación de Derechos Fundamentales

Se ha definido la proporcionalidad como aquel «método que nos indica en qué condiciones puede una norma, que incide en un derecho fundamental, obtener una aplicación conforme con la Constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o la aplicación constitucional de la misma»⁽¹¹⁾. Según una formulación general, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de los derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad y la aplicación de los tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)⁽¹²⁾.

Uno de los puntos neurálgicos de la argumentación que ofrece el Tribunal Constitucional es que en ningún momento emplea ni hace referencia al principio de proporcionalidad como mecanismo de ponderación del conflicto entre los derechos afectados. Y ello pese a que las dos Sentencias previas que analizaron la problemática (Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla, de 13 de junio de 2005⁽¹³⁾ y del Tribunal Superior de Justicia

(10) Argumento extraído del FJ 4º de la STS de 6 de octubre de 2011.

(11) Así lo define el Voto Particular que acompaña a la STC 215/1994, de 17 de abril.

(12) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio, en AA.VV. (dir. A.V. Sempere Navarro), El modelo social en la Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 257-264.

(13) Así, la primera de las Sentencias indica que: «Y además, señala, si estuviera en juego algún dato íntimo, la medida de control cumpliría los cánones de proporcionalidad, al ser una medida idónea, por ser la investigación de los archivos informáticos el medio necesario para comprobar la conducta imputada, necesaria, no alegándose ni

de Andalucía, de 10 de febrero de 2006⁽¹⁴⁾ mencionan de forma expresa dicho principio y lo aplican en sentido positivo a la posición empresarial y, por su parte, la propia trabajadora lo alega en este caso como argumento de defensa en el recurso de amparo⁽¹⁵⁾.

Llama particularmente la atención la omisión del principio de proporcionalidad cuando se analiza la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional no sólo con carácter general en materia de derechos fundamentales laborales sino también específicamente en la cuestión del control de la prestación laboral. En efecto, en las célebres SSTC 186/2000, de 10 de julio, y 98/2000, de 10 de abril, el Tribunal Constitucional aborda la posible vulneración del derecho de intimidad de los trabajadores como consecuencia de la filmación oculta efectuada por la empresa de la actividad laboral de los trabajadores desarrollada en un economato en la primera de las Sentencias y la grabación de conversaciones de los trabajadores realizada en un casino en las zonas de ruleta francesa y la caja en la segunda.

Como ya apuntamos en un trabajo previo, se observa en los casos de videovigilancia descritos y en otros relativos a control informático una generalización automática de la ponderación en supuestos en los que propiamente no existe un conflicto entre la forma de control empresarial y el derecho fundamental cuestionado (sea intimidad o secreto de las comunicaciones). A esto se suma la nota de inseguridad que caracteriza al juicio de proporcionalidad si tenemos en cuenta que la ponderación tiende a reducir el enjuiciamiento de las pretendidas lesiones a un problema de peso, en que el margen de discrecionalidad puede ser tan amplio que la decisión resulta impredecible y en el que, además, siempre existe el riesgo de que en el proceso de aplicación el equilibrio de la balanza se incline en función de apreciaciones subjetivas, esto es, se magnifica la lesión de un derecho y se minimiza la restricción del otro con medidas que pueden variar en cada caso. Así, la aplicación del principio de proporcionalidad a los dos supuestos mencionados de videovigilancia deriva en conclusiones distintas. Mientras en el primer caso la empresa no ha

reparándose en qué otra medida moderada podría haberse adoptado para constatar lo que se hacía por esos medios informáticos, y ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, al no afectar lo investigado a datos íntimos de las trabajadoras, sino solamente a los propios de su actividad laboral, ante fundadas sospechas de concurrencia desleal y de ofensas a compañeros».

(14) En términos parecidos, falla el TSJ de Andalucía reconociendo la ausencia de todo contenido de privacidad o intimidad, así como la concurrencia de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la acción de apertura y lectura de la carpeta antes de eliminarla o suprimirla.

(15) Defiende la trabajadora que no es posible compartir el criterio de las sentencias recurridas sobre la necesidad de la medida para salvaguardar el interés empresarial de vigilar y controlar la actividad laboral, pues para ello no era necesario abrir los ficheros con el texto de las conversaciones mantenidas, tal y como expresa el voto particular de los Magistrados discrepantes con la Sentencia de suplicación. Tal acción no era idónea para alcanzar el resultado perseguido, pues para constatar el incumplimiento de la orden de la empresa de no instalar programas particulares en los ordenadores bastaba con constatar la efectiva instalación de programa, lo que no requería abrir las diferentes carpetas ni los archivos con las conversaciones. A juicio de la trabajadora, la empresa para la que presta servicios habría vulnerado tales derechos al acceder a los ficheros informáticos en que quedaban registradas las conversaciones mantenidas entre ambas trabajadoras a través de un programa de mensajería instalado por ellas mismas en un ordenador de uso común y sin clave de acceso, conversaciones de carácter íntimo que entiende deben estar protegidas por el mandato constitucional del secreto de las comunicaciones, sin que concurran tampoco las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para salvaguardar el interés empresarial de vigilar y controlar la actividad laboral.

vulnerado el derecho a la intimidad personal del trabajador, en el segundo se concluye que se trata de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

Por todo ello, la propuesta que formulábamos consistía en que con carácter previo a la ponderación y a la aplicación del principio de proporcionalidad, era conveniente determinar primero si realmente se ha producido una situación de conflicto entre los derechos en concurrencia, lo que exigía precisar con claridad cuál es el contenido protegido por el correspondiente principio en cuanto expresión normativa de un derecho fundamental o constitucional⁽¹⁶⁾.

En el supuesto objeto de comentario, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional deja atrás en cierto modo la aplicación generalizada del principio de proporcionalidad a todos los supuestos que afecten a derechos fundamentales y sienta las bases de una nueva línea de argumentación conforme a la cual si no hay conflicto entre derechos no procede aplicar el principio de proporcionalidad. A mayor abundamiento señala que «no puede calificarse como vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones la intervención empresarial analizada, por cuanto que, además, la misma se produce a partir de un hallazgo casual de uno de los usuarios, trabajador de la empresa, que transmite su contenido a la dirección, ajustando ésta su actuación de control a un suficiente canon de razonabilidad, sin que se atisbe lesión de derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas puesto que el acceso al contenido del programa de mensajería «Trillian» sólo se produjo cuando la empresa tuvo conocimiento de la instalación del programa a través de otro empleado».

El Tribunal Constitucional, desde nuestra perspectiva, acoge la doctrina del Tribunal Supremo en materia de intimidad y la adapta a la cuestión relativa al secreto de las comunicaciones. El esquema de análisis –como se ha podido comprobar– se orienta en la misma dirección identificando supuestos de inexistencia de conflicto como consecuencia de la prohibición del uso personal de los medios informáticos y de su uso generalizado. En dichos supuestos, no tiene lugar la ponderación de derechos mediante el juicio de proporcionalidad. De la misma forma, el Tribunal Constitucional no exige que se trate de un control informado por parte del empresario al igual que la última Sentencia del Tribunal Supremo⁽¹⁷⁾. Concluyendo en tales circunstancias que el ejercicio de las facultades de control empresarial respecto de esos medios telemáticos merece una calificación de licitud. Esto tendrá repercusiones prácticas de gran trascendencia para las empresas en tanto que el resultado de los controles efectuados se admitirá como prueba de los hechos sancionados.

C) La irrelevancia del medio de comunicación utilizado

Conviene advertir que en el razonamiento que efectúa el Tribunal Constitucional no constituye un factor relevante el medio de comunicación utilizado por la trabajadora para entablar la conversación y que es objeto de fiscalización. En este caso, el pronunciamiento

(16) DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, cit., pp. 20 y ss.

(17) Conviene recordar que ya en su día el Tribunal Constitucional apuntó en la STC 186/2000 que la ausencia de información a los trabajadores afectados y al comité de empresa era una cuestión de legalidad ordinaria y añadió que la notificación previa de la filmación oculta hubiera privado de efectividad a la medida de vigilancia.

se produce sobre conversaciones en soporte electrónico pero esto no significa una minoración de la tutela cuando se trata de los novedosos medios de comunicación que derivan de los avances tecnológicos.

Los fundamentos jurídicos que justifican la posición del Tribunal Constitucional residen en la titularidad del medio de comunicación y en el establecimiento de una política empresarial de usos permitidos o prohibidos así como también en los factores circunstanciales que acompañan al caso concreto como es la inexistencia de clave de acceso y que el ordenador fuera de uso común para los trabajadores de la empresa. En ningún momento, se afirma en la Sentencia que el secreto de las comunicaciones no ampare o se rebaje la protección en los supuestos de comunicaciones efectuadas a través de mensajería electrónica respecto a otros medios en soporte papel. Es más, siguiendo la argumentación del Tribunal Constitucional, se alcanzaría la misma conclusión de inexistencia de conflicto si estuviéramos analizando el derecho de intimidad y se tratara de archivos personales localizados en el ordenador de la empresa.

2.2. Supuestos de existencia de conflicto entre derechos

De la lectura del fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional, cabe deducir que habrá supuestos de existencia de conflicto entre los derechos ya mencionados. La tensión más clara se producirá cuando la empresa no haya establecido normas sobre el uso de las herramientas informáticas pero también cuando haya autorizado el uso personal y pese a ello controle las comunicaciones efectuadas por los trabajadores. Otro de los supuestos controvertidos será aquel que afecte al secreto de las comunicaciones de los sindicatos. En todos ellos, habrá que aplicar el principio de proporcionalidad.

Si la empresa no ha ordenado el uso de los medios informáticos, ya defendimos que el empresario pierde la facultad de controlar ese uso por los trabajadores, pues no serían posibles ni siquiera los controles extraordinarios. También señalábamos que esta conclusión parecía excesiva y cabía plantear si en algunos supuestos como por ejemplo por lo que se refiere al correo electrónico de la empresa la garantía del secreto de las comunicaciones es relativa, como muestra algún pronunciamiento penal⁽¹⁸⁾. En primer lugar, un correo corporativo o el propio disco duro del ordenador no es el canal más adecuado para

(18) Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2010, ARP/2011/259. Se refiere a un delito contra el mercado de los consumidores y en la misma se admite el control oculto de unos programadores informáticos que fueron despedidos por haber captado y hecho suyo sin autorización la plataforma, cursos y contenidos de teleformación de la empresa para la que prestaban servicios con la intención de comercializarlos por su cuenta. Pese a que no se acreditara la existencia de reglas de uso de los ordenadores, la Audiencia Provincial aprecia un elemento excepcional que concurre en este caso y es que el ordenador era la herramienta fundamental e imprescindible para los trabajadores y que el control desarrollado por el empresario alcanza una especial relevancia en el supuesto. La apreciación de este elemento clave en el análisis que lleva a cabo el Tribunal permite presumir que los trabajadores tenían que tener cumplido conocimiento de que su actividad (realizada por computadoras) iba a ser objeto de examen continuo por parte de los directivos de la empresa y por este motivo los trabajadores debían restringir al máximo el uso del ordenador para fines personales y privados, con lo que podría casi sostenerse que la utilización a título personal llevaba implícita una renuncia a su intimidad que a lo sumo quedaría limitada a aquellos correos procedentes del servidor particular a los que, por cierto no se accedió, y a los archivos que estuvieran identificados como particulares y que tuvieran un contenido exclusivamente personal.

la circulación de secretos, especialmente cuando no se ha establecido ninguna garantía para el uso personal y la expectativa se basa en la simple ausencia de prohibición que no hace desaparecer el control de la empresa sobre el medio. El trabajador puede esperar que un uso inocuo no le cree problemas disciplinarios y también que no va a ser sometido a controles rutinarios, pero no será razonable pensar que el ordenador no va ser controlado nunca ni siquiera en casos de emergencia (bloques por correos masivos, acoso a través del correo, filtración de información de la empresa, necesidad de atender comunicaciones urgentes de clientes en casos de ausencia del trabajador...). La expectativa de confidencialidad no es tan amplia, pues, en definitiva, se está utilizando un medio de trabajo sobre el que existe un control del empresario⁽¹⁹⁾.

Respecto a las situaciones en las que la empresa haya permitido el uso personal de los medios informáticos, asevera la Sentencia del Tribunal Constitucional que «la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control. Es el caso de asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores, o incluso a las entidades sindicales, aspecto éste que fue abordado en nuestra STC 281/2005, de 7 de noviembre». En estos casos, parece claro que concurre la situación conflictiva entre los derechos fundamentales del trabajador (intimidad y/o secreto de las comunicaciones) o del sindicato (intimidad y/o secreto de las comunicaciones más el derecho fundamental de libertad sindical) y la facultad de control del empresario con engarce constitucional en el art. 38 de la CE. Por ello, la pauta de actuación indicada por el Tribunal Constitucional consiste en limitar la potestad de vigilancia o control empresarial sobre tales elementos con la siguiente matización: «si bien los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin»⁽²⁰⁾.

III. LA SIGNIFICACION DE LA SENTENCIA. LA ADOPCIÓN DE UNA TESIS DE CORTE APERTURISTA EN EL DEBATE «SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y RELACION DE TRABAJO»

La aportación de la Sentencia del Tribunal Constitucional va más allá de los hechos concretos que conviene recordar que no tuvieron repercusiones laborales relevantes para las trabajadoras (sólo recibieron una amonestación verbal) y ello pese a que utilizaban el programa informático con el propósito de realizar comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes. Su verdadera significación reside en que adopta una tesis de corte aperturista sobre el control de los medios informáticos de propiedad en la empresa lo que repercute de forma notoria en dos

(19) DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, cit., pp. 196-197.

(20) Igual posición defendimos en el trabajo de DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, cit., p. 198.

aspectos a considerar: uno, la delimitación del espacio personal protegido del trabajador cuando utiliza los medios informáticos de propiedad de la empresa y dos se formula una interpretación novedosa respecto de los límites constitucionales en materia de secreto de las comunicaciones.

1. La reducción del espacio personal protegido del trabajador en el uso de los medios informáticos de propiedad de la empresa

El debate judicial y doctrinal sobre el control del uso de los medios informáticos se ha caracterizado todos estos años por una fuerte dialéctica entre aquellos que han defendido el derecho del trabajador a la libertad y secreto de las comunicaciones también en el ámbito laboral frente a aquellos otros que postulan una tesis más moderada que sin negar la existencia del mismo permite su modulación. En el fondo late la cuestión de la existencia y alcance de la «expectativa razonable de confidencialidad» ya apuntada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El contraste de los argumentos vertidos en la Sentencia objeto de comentario y lo que se dice en el Voto Particular refleja este enfrentamiento de posiciones. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional se trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto, los Casos Halford⁽²¹⁾ y Copland⁽²²⁾. Los dos supuestos se refieren a controles realizados en el lugar de trabajo, el primero grabación de las conversaciones telefónicas y el segundo seguimiento de las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet. En el caso Halford dice claramente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «Es claro que las llamadas realizadas desde el teléfono de la empresa así como también desde el domicilio podrían estar cubiertas por las nociones de vida privada y correspondencia en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No hay evidencia de algún tipo de advertencia a Halford en el sentido que las llamadas realizadas serían interceptadas». A la Sra. Copland tampoco se le advirtió de que sus llamadas podían ser objeto de seguimiento, por lo que el Tribunal considera que podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo. La empleada podría tener la misma expectativa en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por Internet. El Tribunal Constitucional al igual que hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que en el desarrollo de la prestación laboral pueden producirse comunicaciones entre el trabajador y otras personas cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE, ya sean postales, telegráficas, telefónicas o por medios informáticos, por lo que pueden identificarse vulneraciones del derecho al secreto de las comunicaciones por intervenciones antijurídicas en las mismas por parte del empresario o de las personas que ejercen los poderes de dirección en la empresa, de otros trabajadores o de terceros. A su vez, admite que no hay expectativa de confidencialidad cuando existe prohibición empresarial del uso personal de los medios informáticos de propiedad de la empresa y se trata de un ordenador de uso común.

(21) Sentencia de 25 de junio de 1997. Afectó a Reino Unido.

(22) Sentencia de 3 de abril de 2007. También afectó a Reino Unido.

Frente a ello, en el Voto particular se defiende la postura ya mencionada según la cual la libertad de las comunicaciones, y no sólo su secreto, integra así el título de cobertura que desencadena la tutela constitucional. Lo que supone, proyectado al ámbito que nos ocupa, que el trabajador en la empresa tiene reconocido, como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen con ocasión de la contratación laboral, un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado (el derecho de libertad de comunicaciones), sin perjuicio de las eventuales y posibles modalizaciones adoptadas por el empresario o de las regulaciones efectuadas por la negociación colectiva del uso de los medios tecnológicos existentes en la organización empresarial. Se abunda más en este razonamiento señalando que el contrato de trabajo no incomunica al trabajador, instalándose, en la organización empresarial en la que presta servicios, en una situación de soledad hacia el exterior.

2. La ampliación de los límites constitucionales en materia de secreto de las comunicaciones

La fiscalización empresarial de las comunicaciones del trabajador en el lugar del trabajo se había considerado una cuestión muy problemática debido a que en la formulación constitucional del secreto de las comunicaciones se indica como único límite la autorización judicial. Así, la doctrina había llegado a afirmar que los mensajes de correo electrónico son inviolables, salvo autorización judicial, lo que determina que el empresario nunca podrá intervenir las comunicaciones de sus empleados ya que la utilización de ese medio para fines extra productivos no constituye en ningún caso delito⁽²³⁾. Se habían rechazado en el análisis elementos como la titularidad de los medios informáticos o la posición empresarial⁽²⁴⁾. Incluso algunos autores no admitían las prohibiciones absolutas de uso personal⁽²⁵⁾. Con argumentos semejantes, el Voto Particular de la Sentencia afirma que la infracción de una orden empresarial— como la prohibición de instalar determinados programas en el ordenador de la empresa— tolera la imposición de sanciones laborales pero no consiente las intromisiones empresariales en el secreto de las comunicaciones de los trabajadores. A lo sumo se admitía un control de los datos externos⁽²⁶⁾ siendo por tanto minoritarias las posiciones doctrinales que postulaban la licitud del control empresarial⁽²⁷⁾.

Por su parte, en la doctrina judicial previa a la Sentencia comentada, también se observaban líneas divergentes que se debatían entre la admisibilidad del control empresarial

(23) MARÍN ALONSO, I., El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones, cit., 2005, pp. 168 y 169.

(24) FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 141-142.

(25) FALGUERA BARÓ, M.A., Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías, en AA.VV., Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 204-207 y 212-216.

(26) THIBAUT ARANDA, J., El control multimedia de la actividad laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 94-105.

(27) Algunos autores admitían el acceso del empresario al correo electrónico del trabajador si el uso del correo electrónico era exclusivamente profesional, como consecuencia de una prohibición empresarial de usos personales, que se consideraba lícita. Así lo defendía GOÑI SEIN, J.L., «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», cit., pp. 32-34.

cuando existía prohibición de uso personal por la empresa y aquellas otras que negaban la posibilidad del control incluso cuando existía orden de la empresa que prohibía el uso personal y ello debido a que se consideraba que existía un derecho de los trabajadores a la confidencialidad de sus comunicaciones y que tal derecho tenía carácter irrenunciable⁽²⁸⁾.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia que comentamos formula una interpretación menos restrictiva y más matizada de cuáles deben ser los límites constitucionales en materia de secreto de las comunicaciones por lo que se refiere al ámbito empresarial cuando existe prohibición expresa y se trata de un ordenador de uso generalizado. Desarrolla este argumento el Tribunal de la siguiente forma: «A tal fin y en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido. En ese ámbito aunque pudiera caber la pretensión de secreto de las comunicaciones, actúa a su vez legítimamente el poder directivo, con la posibilidad consiguiente de establecer pautas de flujo de la información e instrucciones u órdenes del empresario que aseguren, sin interferir injustificadamente el proceso de comunicación y sus contenidos, el acceso a los datos necesarios para el desarrollo de su actividad, al igual que ocurre en otros escenarios en los que, sin control directo del empresario, los trabajadores a su servicio desarrollan la actividad laboral ordenada en contacto con terceros y clientes». En tales casos, el control empresarial se considera lícito porque no hay ninguna expectativa de confidencialidad para el trabajador.

(28) Se desarrolla la doctrina judicial en DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, cit., pp. 188-189.

Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.
 - A) **Interpretación de la norma comunitaria cuando existen distintas versiones lingüísticas.**
 - B) **Jurisprudencia de la Unión Europea: presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales y ausencia de valor vinculante de la exposición de motivos de actos de la Unión.**
2. REGULACIÓN DE FUENTES EN LA CONSTITUCIÓN: DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
 - A) **En materia de formación profesional.**
 - B) **En materia presupuestaria.**
3. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO.
 - A) **Las razones de extraordinaria y urgente necesidad.**
 - B) **Los límites infranqueables para los decretos leyes: la alteración de la estructura del ordenamiento.**
4. CONVENIOS COLECTIVOS.
 - A) **Convenios colectivos estatutarios.**
 - B) **Criterios de interpretación de los convenios colectivos.**
 - C) **Preeminencia de la Ley sobre el convenio colectivo.**
 - D) **Singularidad del convenio colectivo como fuente.**
 - E) **Sucesión de convenios y vigencia.**
 - F) **Pactos extraestatutarios.**
5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA.
 - A) **Periodos de consulta previa como manifestaciones típicas de la negociación colectiva.**
 - B) **Eficacia de la negociación previa a la autorización del ERE.**
 - C) **Exigencias de buena fe en los periodos de consulta previos.**
 - D) **Normativa aplicable.**
 - E) **Acuerdos colectivos: naturaleza y eficacia.**

6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO FUENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.
 - A) **Finiquitos de terminación del contrato.**
 - B) **Pactos típicos del contrato.**
 - C) **Condición más beneficiosa.**
 7. APLICACIÓN CONJUNTA DE NORMAS LABORALES.
 - A) **Complementariedad.**
 - B) **Suplementariedad.**
 8. ELECCIÓN DE NORMA APLICABLE: APLICACIÓN (EN MATERIA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO) DEL EBEP AL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
-

La presente crónica incluye 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 4 a 6 de 2013 [IL J 338 a 655] de la *Revista Información Laboral*, en las que se abordan cuestiones relativas a las fuentes del Derecho del Trabajo.

1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

A) **Interpretación de la norma comunitaria cuando existen distintas versiones lingüísticas**

La **STJUE de 25 de abril de 2013 [IL J 445/2013]** se ocupa de precisar cuál es la interpretación uniforme que debe darse al artículo 11, apartado 2, del Estatuto de la Empresa Común Galileo, que trata de la aplicabilidad de esta regulación a los miembros del personal de Galileo contratados mediante un contrato de duración determinada. Las dudas se han suscitado al existir cierta divergencia entre las diferentes versiones lingüísticas de esta disposición.

En concreto las dudas se plantean porque, pese a los matices señalados entre las distintas versiones lingüísticas citadas, ninguna de ellas emplea el término «aplicar». Recurren a un término menos preciso, que refleja la existencia de una relación indirecta, mediata, entre el Estatuto de los miembros del personal de Galileo, por un lado, y el Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, por otro lado. Este dato permite concluir que el legislador comunitario pretendió evitar la aplicación directa, a los miembros del personal de Galileo contratados mediante un contrato de duración determinada, del Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, concediendo así a Galileo un margen de maniobra, teniendo en cuenta que este Régimen debía ser utilizado, por dicha empresa común, como fuente indirecta.

A la misma conclusión llega el TJUE al hacer una interpretación de la norma en función del contexto y de la finalidad normativa en que se encuentra, tal y como debe hacerse en el caso de divergencia entre las versiones lingüísticas de una disposición de Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2012, DR y TV2 Danmark, C-510/10, Rec. p. I-0000, apartado 45).

Recuerda el TJUE en esta sentencia que, según jurisprudencia reiterada, la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base de la interpretación de esta disposición ni concedérsele, a este respecto, un carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. Este enfoque sería, en efecto, incompatible con la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión (con cita de las sentencias de 12 de noviembre de 1998, *Institute of the Motor Industry*, C-149/97, Rec. p. I-7053, apartado 16, y de 3 de abril de 2008, *Endendijk*, C-187/07, Rec. p. I-2115, apartado 23).

B) Jurisprudencia de la Unión Europea: presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales y ausencia de valor vinculante de la exposición de motivos de actos de la Unión

La Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013 [IL J 341/2013] invoca jurisprudencia reiterada según la que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 27 y la jurisprudencia citada).

En este caso, la cuestión se había planteado al hilo de las dudas que le había suscitado al juez nacional la aplicación de la Directiva 1999/70, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y del mismo Acuerdo marco, a la relación laboral de duración determinada entre un trabajador cedido y una empresa de trabajo temporal, así como a la relación de duración determinada que surge entre dicho trabajador y la empresa usuaria, en un supuesto en el que la cesión había tenido lugar con anterioridad a la transposición por el derecho interno de la Directiva 2008/104, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

El TJUE comienza recordando que el preámbulo del mencionado Acuerdo marco prevé la exclusión del trabajador cedido temporalmente como tal, por lo que tanto su relación laboral con la empresa de trabajo temporal como la que mantiene con la empresa usuaria parecían quedar fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo marco. Y lo hace para advertir que, según ha reiterado en otras ocasiones, la exposición de motivos de un acto de la Unión carece de valor jurídico vinculante y no puede invocarse ni para justificar excepciones a sus propias normas ni para interpretar dichas disposiciones en un sentido

manifiestamente opuesto a su tenor literal (con cita de las sentencias de 25 de noviembre de 1998, Manfredi, C-308/97, Rec. p. I-7685, apartado 30; de 24 de noviembre de 2005, Deutsches Milch-Kontor, C-136/04, Rec. p. I-10095, apartado 32; de 2 de abril de 2009, Tyson Parketthandel, C-134/08, Rec. p. I-2875, apartado 16, y de 28 de junio de 2012, Caronna, C-7/11, Rec. p. I-0000, apartado 40).

No obstante en este caso lo concluyente para le TJUE será que la exclusión enunciada en el preámbulo del Acuerdo marco se recoge también en su cláusula 3, punto 1, según la cual sólo la relación laboral concertada «directamente» con el empresario se rige por el Acuerdo marco.

2. REGULACIÓN DE FUENTES EN LA CONSTITUCIÓN: DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) En materia de formación profesional

La **STC 65/2013, de 14 de marzo, [IL J 350/2013]** resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat Valenciana, en relación con diversos preceptos de la Orden TAS/2782/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la realización de acciones complementarias y de acompañamiento a la formación y contra la Orden TAS/2783/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, mediante contratos programa para la formación de trabajadores. Ambas normas se aprobaron, en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua.

El problema se planteó porque se consideraba que con ambas normas se vulneraban las competencias autonómicas de ejecución de la legislación laboral contempladas en el artículo 33.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV), al haber excedido la habilitación normativa contenida en el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, puesto que, más allá de regular las acciones de formación que se desenvuelven en el ámbito estatal, se adentraban en la regulación de aquellas que se desarrollan en el ámbito territorial exclusivo de una Comunidad Autónoma, prescindiendo así de las competencias de ejecución y gestión que a esta corresponden.

La sentencia comienza advirtiendo que con posterioridad a la interposición del conflicto, se produjo la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, ya que «el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo a las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar Sentencia» (STC 1/2011, de 14 de febrero, FJ 2 y doctrina allí citada), de manera que el análisis de la presente controversia debía de hacerse a la luz de la delimitación competencial que derivaba de la mencionada reforma del Estatuto de Autonomía.

También fue objeto de modificación una de las ordenes cuestionada. Este cambio normativo provocó, según advierte la sentencia comentada, que el conflicto perdiera parcialmente su objeto [en relación con el apartado 19 de la Orden TAS/2782/2004, y con los

apartados 2.1 b) y 28.1 de la Orden TAS/2783/2004)] al dejar de plantear los problemas competenciales denunciados (en la línea de lo dispuesto en la STC 149/2012, de 5 de julio)

Aclarados estos extremos el TC lleva a cabo el encuadramiento competencial de las ayudas reguladas, a fin de determinar, si a la vista de las competencias del Estado y de la Comunidad Valenciana, se había producido o no la vulneración competencial denunciada. Y concluye al respecto que el título competencial prevalente es el que deriva de lo dispuesto en el artículo 149.1.7 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, pues «sin excluir que el Estado pueda apelar al título del artículo 149.1.3 CE para la decisión de expandir el círculo de los beneficiarios de la actividad prevista como formación continua, hasta alcanzar a colectivos de trabajadores que no son propiamente trabajadores ocupados ni asalariados, el núcleo de la regulación, según la finalidad declarada por la norma, sigue siendo la formación profesional continua de trabajadores ocupados y asalariados, que tiene la consideración de ‘legislación laboral’ al amparo del artículo 149.1.7 de la Constitución y cuya ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas» (utilizando así lo dicho en la STC 244/2012, FJ 4º).

Pues bien, según este precepto y el artículo 51.1.1 EACV, corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta el Estado con respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de éste y el fomento activo de la ocupación. A partir de esa distribución de competencias entiende el TC (siguiendo el criterio sentado en la STC 13/1992, de 14 de febrero) que no son susceptibles de reproche competencial, las previsiones que vienen a regular condiciones generales de las ayudas, fijando criterios uniformes en todo el territorio para su articulación, otorgamiento y destino, por lo que se inscriben en el ámbito de la «normación» que corresponde en exclusiva al Estado y no en el de la gestión de los fondos, razón por la cual –como se señalaba STC 37/2013, FJ 5, en un supuesto análogo, como es la determinación de los beneficiarios– tales medidas solo pueden ser adoptadas por el Estado «incluso respecto de las ayudas de ámbito autonómico, en la medida en que este aspecto se inserta en la función normativa de estas ayudas que corresponde íntegramente al Estado». Afirmación que no contradice lo señalado en la STC 244/2012, FJ 7, que vino a declarar la inconstitucionalidad del artículo 17.1 del Real Decreto 1046/2003, en cuanto «parte del supuesto de una gestión centralizada de las ayudas».

Y similar respuesta habría que dar respecto de las previsiones que establecen la tipología y duración de los contratos programa, los criterios a tener en cuenta por el órgano de instrucción para la valoración de los planes de formación, y que concretan de forma vinculante los criterios que ha de tener en cuenta la Comunidad Autónoma para determinar la cuantía de la subvención. También en este supuesto, concluye el TC, el Estado ejerce su competencia de normación o regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas.

Tampoco vulneran las competencias autonómicas en la materia la atribución (por el Real Decreto 1046/2003) a la «Fundación Estatal para la Formación en el Empleo» de la «elaboración y propuesta de estudios e informes técnico-jurídicos sobre el subsistema de formación profesional continua», (como había declarado ya la STC 244/2012, FJ 8), ni el que, en su desarrollo, la Orden TAS/2783/2004 regule la realización de

estudios para valorar la calidad de la formación impartida y la adecuación de los recursos técnicos, estructurales y humanos utilizados en el desarrollo de las acciones de formación continua, atendiendo para ello a su encuadramiento en las distintas familias profesionales» (como confirma la sentencia ahora comentada). Para el TC esos estudios o propuestas, que tienen un alcance supraautonómico, responden a los principios generales de colaboración y cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y tienen por objeto favorecer la adecuada articulación en el ejercicio de las respectivas competencias, sin que tales funciones sean susceptibles de alterar el marco competencial, permitiendo por el contrario, la coordinación entre las Administraciones implicadas en aras a un más eficiente funcionamiento del sistema, y así se trasluce en los dos últimos incisos del precepto que se examina, conforme a los cuales «el objetivo de la investigación será obtener información contrastada sobre los recursos utilizados y las necesidades y prioridades de formación, con el fin de definir criterios para la mejora de la calidad de la formación. Los resultados de los estudios serán difundidos entre las empresas y los responsables de la organización de la formación, así como entre las Administraciones responsables de la ordenación de la formación profesional». Los citados informes, en cuanto tienen por objeto el conocimiento global del funcionamiento del sistema, y no impiden aquellos que puedan realizar las Administraciones autonómicas en su ámbito territorial, no vulneran las competencias de ejecución que corresponden a las Comunidades Autónomas.

B) En materia presupuestaria

Un tema de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. se plantea también en la **STS 13 de febrero de 2013 [IL J 387/2013]**. En concreto en el cuarto submotivo del recurso planteado se aduce extralimitación competencial de la Ley 3/2010 del Parlamento Vasco, de modificación de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que se llevó a cabo, con apoyo en el RD Ley 10/2010, para llevar a cabo reducciones salariales en las empresas de titularidad pública.

Alega la parte recurrente que con la modificación de los Presupuestos la CC.AA. se está extralimitando en las competencias que constitucionalmente y estatutariamente le están atribuidas, infringiéndose el denominado por la doctrina «bloque de la constitucionalidad».

Sin embargo, para el TS, este submotivo ha de ser rechazado ya que estamos en el ámbito de la legislación presupuestaria y no en el de la legislación laboral, aunque ésta primera sea condicionante de la negociación colectiva en el sector público. A mayor abundamiento, la Comunidad Autónoma se ha limitado a ejecutar una decisión adoptada a nivel estatal, 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 este precepto, conforme a los artículos 149.1 y 156.1 de la Constitución. En definitiva, la Ley 3/2010 se promulgó bajo la cobertura y en cumplimiento de la Ley estatal citada, por lo que se ha de concluir que el legislador autonómico no asumió competencias que no le eran propias.

3. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO.

A) Las razones de extraordinaria y urgente necesidad

Pero otro de los submotivos planteados en la **STS 13 de febrero de 2013 [IL J 387/2013]** es si en la aprobación del RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y que fue invocado por la Ley 3/2010, del Parlamento Vasco para justificar la modificación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma (en la que, como se ha dicho ya se apoyaron las reducciones salariales en las empresas de titularidad pública), concurría infracción del artículo 86 de la Constitución Española. Se dudaba una vez más de que concurriesen las circunstancias de «extraordinaria y urgente necesidad» que justificasen la utilización del Real Decreto Ley para modificar los preceptos de la Ley 26/09 de Presupuestos Generales del Estado.

En esta ocasión el recurrente efectuó un pormenorizado examen de la doctrina constitucional sobre dicha cuestión. Sin embargo, el TS acoge doctrina anterior (recogida en la STS 16 de mayo de 2012, recurso 212/11), según la que «aparte de que la urgencia de las medidas, debidas a una situación de crisis económico-financiera, ha resultado acreditada, y ya constituye un hecho notorio el que era precisa la adopción urgente de medidas que minoraran el déficit público y diesen un mensaje tranquilizador a los mercados financieros, pues en otro caso se habrían incrementado los costes financieros del Estado, al subir la prima de riesgo, e, incluso, podría haberse llegado a una situación de quiebra que hubiese provocado una crisis nacional mayor, resulta que en el presente caso la empresa demandada no ha aplicado un Real Decreto Ley, sino una Ley, la 3/2010, de 24 de junio del Parlamento Vasco, norma cuyo carácter formal y ordinario no requiere razones de urgencia para su dictado y que es válida, al no haberse interpuesto contra ella recurso de inconstitucionalidad».

B) Los límites infranqueables para los decretos leyes: la alteración de la estructura del ordenamiento

La constitucionalidad de un RD Ley, en este caso el RD Ley 20/2012 por el que se llevó a cabo la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 en el sector público, mediante la correspondiente modificación en la Ley de presupuestos, vuelve a ser la cuestión central en la **SAN 62/2013, de 4 de abril [IL J 361/2013]** al desestimar la formulación de cuestión de constitucionalidad.

Los demandantes se apoyaban en que la STC 29/1982 había establecido que uno de los límites infranqueables para los decretos leyes es la alteración de la estructura del ordenamiento, lo que, a su juicio, se producía al modificar una materia reservada a la Ley mediante una norma que tiene su rango pero que, como el mismo pronunciamiento citado explica, no se convierte por su sola convalidación en Ley formal del Parlamento. Sin embargo, para SAN comentada, si se diera validez a esta premisa se llegaría al absurdo de que los decretos leyes jamás podrían incidir en materia reservada a la Ley, ni en este caso ni en ningún otro, y, como es natural, semejante límite, que vacía de contenido la figura, en absoluto se desprende de la doctrina constitucional, y menos de la STC 29/1982.

Lo que el TC mantiene es, en concreto, que «las medidas requeridas para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad han de ser concretas y de eficacia inmediata y, por tanto, dado su carácter, no pueden alterar la estructura del ordenamiento. No es imposible que en algún caso esta necesidad urgente y extraordinaria haya de ser resuelta mediante una modificación de estructura, pero siendo esto excepcional, habrá de demostrarse en cada caso que ello es indispensable». Por tal razón concluye la SAN que de aquí no cabe colegir que el decreto ley tenga cerrada la puerta a incidir en materia reservada a la Ley; más bien lo que se deduce es que, con carácter general, podrá hacerlo a través de modificaciones coyunturales, puntuales y de eficacia inmediata, por oposición a las estructurales. Y, desde luego, la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 cumplía escrupulosamente con esta exigencia.

En la demanda también se mantuvo que el art. 2 del RD Ley 20/2012 vulneraba el art. 14 CE, al colocar a los trabajadores del sector público en una situación más desfavorable que a los del sector privado. Pero, tal como se dijo en la SAN de 20 de marzo de 2013 (proc. 15/2013), aludiendo a las reflexiones vertidas en la Exposición de Motivos del RD Ley, «es, precisamente, esa justificación vinculada a la necesidad de reducir el gasto de personal en el sector público, la que impide apreciar en este caso un trato desigual no justificado entre los empleados públicos y el resto de la sociedad que vulnera el art. 14 CE»

4. CONVENIOS COLECTIVOS

A) Convenios colectivos estatutarios

Se han venido considerando como tales aquellos convenios que se negocian conforme a las reglas del título III del ET, lo que obliga en ocasiones a analizar el alcance de esas reglas y las consecuencias de su inaplicación, pues no en todos los casos implicará que deba privarse al convenio de su eficacia general y carácter normativo. Así lo entendió la **STS (Sala 4) de 15 de abril de 2013 [IL J 442/2013]** que rechaza que la ausencia en el Convenio de una «cláusula de descuelgue», a pesar de lo que establecía (con anterioridad a la reforma de 2010) el párrafo segundo del art. 82.3 del ET, en relación con el art. 85.3.c) ET, afectase a naturaleza normativa y eficacia general de todo el Convenio desde el punto y hora en que la propia Ley (art. 82.3 ET desde la Ley 11/1994) ya contemplaba, como solución alternativa a la omisión, no la nulidad parcial o la ineficacia aplicativa de las retribuciones pactadas, sino que la inaplicación del régimen salarial del Convenio se pudiera producir por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiriera la situación económica de la empresa o, de no existir tal acuerdo, mediante la intervención de la comisión paritaria del propio Convenio.

B) Criterios de interpretación de los convenios colectivos

A propósito de la interpretación de los convenios colectivos la **SAN 4/2013, de 14 de enero [IL J 351/2013]** acoge la doctrina del Tribunal Supremo (por todas STS 2 de abril de 2012, rec. 2217/2011) según la que «dado el carácter mixto del Convenio Colectivo –norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa– su interpretación ha de

atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC, de manera que la interpretación del Convenio ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (entre otras, STS 21 de diciembre de 2009), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes próximas en el tiempo (por todas STS 27 de enero de 2009, recud 2407/07 y STS 21 de abril de 2010, recud 1075/09). La utilización de los cánones hermenéuticos contractuales en la interpretación de los convenios colectivos, continua diciendo la SAN, «introduce en el proceso interpretativo datos o elementos históricos singulares (la intención de las partes contratantes, la conducta de éstas coetánea o posterior al contrato)», lo que confiere especial relevancia al Tribunal «a quo» ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (como ha dicho, entre otras, STS 22 de abril de 2009, rec 51/08). La aplicación de esta doctrina llevó en el presente caso a desestimar el recurso planteado y defender la interpretación literal del convenio (artículo 57 del convenio colectivo nacional del sector de Contact Center).

Esta doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los convenios colectivos se vuelve a invocar en la **STS (Sala 4) de 22 de marzo de 2013 [IL J 482/2013]** a propósito de la interpretación que había que dar a la regulación contenida en el Convenio colectivo aplicable sobre a quién corresponde –si al Ayuntamiento demandado o a la trabajadora despedida– el derecho a optar entre indemnización y readmisión, para el supuesto en que el despido fuera declarado improcedente. En concreto en el caso del despido disciplinario improcedente el convenio ofrecía la opción al trabajador, apartándose de la regulación estatutaria. El problema se centraba en determinar si esta regla era aplicable sólo en caso de despido disciplinario declarado improcedente o también al despido improcedente por cese de contrato celebrado en fraude de ley.

Para el TS, del Título del Convenio colectivo en cuestión, en el que está ubicada la norma convencional cuestionada, y del propio contenido literal de la misma, acorde con su finalidad, sólo cabe deducir que es aplicable a los despidos disciplinarios, lo que no acontecía en el supuesto ahora enjuiciado. Y es que cuando los términos de un contrato –léase convenio colectivo– son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas y no es innecesario acudir a ninguna otra regla –subsidiaria– de interpretación (con cita de numerosas sentencias precedentes, entre otras, STS 16 de enero de 2008, reco 59/07).

En el mismo sentido, **STS (Sala 4) de 26 de marzo de 2013 (IL J 492/2013)** para la que tampoco cabía duda de que la previsión del Convenio colectivo (del personal Laboral al Servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos Autónomos) sometida interpretación estaba exclusivamente destinado a regir las consecuencias del despido disciplinario «pues lo aislado de la norma bien pudo permitir a las partes negociadoras incluir otras modalidades ya que la ubicación del precepto proporcionaba absoluta libertad de maniobra para la ampliación de supuestos, lo que demuestra al no hacerlo que se quiso establecer una excepción tan solo favorable al despido disciplinario».

No obstante, en esta Sentencia también se advierte que aunque esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en anteriores ocasiones acerca de la atribución de la opción entre readmitir e indemnizar (STS de 21 de abril de 2010, rec. 1075/2009, y de 11 de mayo

de 2010, rec. 1614/2009), dada la naturaleza del planteamiento, generalmente subordinada a un precepto concreto extraído de un convenio colectivo, resulta inevitable estar a la casuística que cada caso plantea.

C) Preeminencia de la Ley sobre el convenio colectivo

Otro de los submotivos que se plantean en el recurso que da lugar a la **STS (Sala 4) de 13 de febrero de 2013 [IL J 387/2013]** (ya aludida), tienen que ver con los efectos que sobre un convenio colectivo estatutario en vigor tuvo la modificación de los presupuestos de Euzkadi por la Ley 3/2010, del Parlamento Vasco, con apoyo en el RD Ley 8/2010, en lo que se refería a los salarios de los empleados públicos. Para la parte recurrente entender que el convenio quedaba desplazado por la reforma normativa indicada, suponía una vulneración del derecho a la negociación colectiva y un atentado contra las normas constitucionales y ordinarias que establecen las garantías y eficacia de los convenios. Este razonamiento la llevó a pedir la aplicación directa de los preceptos del convenio, interesando que la Sala dejase de aplicar la Ley 3/2010 del Parlamento Vasco.

Como recuerda el TS, esta particular cuestión ya había sido resuelta por el TC mediante Auto 85/2011, de 7 de junio (BOE de 4 de julio) al inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en relación con el RD Ley 8/2010, en la que los argumentos de fondo coinciden con los que ahora se aducen en relación con la Ley 3/2010 del Parlamento Vasco. Según esta resolución los convenios colectivos mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuente, derivada de su posición en el sistema de fuentes, de subordinación jerárquica a la ley y, en este particular caso, a las limitaciones presupuestarias de la negociación colectiva en el ámbito del sector público. En definitiva, «abstracción hecha de que la intangibilidad o inalterabilidad no puede identificarse ni, en consecuencia, confundirse, como se hace en el Auto de planteamiento de la cuestión, con la fuerza vinculante del convenio colectivo, lo cierto es que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, del art. 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, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3)».

Esta interpretación (seguida en los ATC 85/2011 y ATC 179/2011) ya había sido acogida por la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, a partir de STS 19 de diciembre de 2011 y en la STS 23 de febrero de 2012 (rec. 146/2011), como recordará la **STS de 19 de febrero de 2013 [IL J 381/2013]** que considera ajustada a derecho la decisión de la entidad pública demandada de reducir las retribuciones fijadas en el convenio colectivo (de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de 2006), en cumplimiento del RD Ley 8/2010. Y se reitera nuevamente en la **STS (Sala 4) de 26 de marzo de 2013 [IL J 692/2013]** y en la **SAN 62/2013, de 4 de abril [IL J 361/2013]** en este último caso a propósito de la incidencia del RD Ley 20/2012

La incidencia que sobre los convenios colectivos vigentes puedan tener los cambios legales se plantea también en la **STSJ Andalucía 143/2013, de 17 de enero [IL J 426/2013]** a propósito de los efectos que la modificación de la regulación legal del des-cuelgue convencional, operada por la Ley 35/2010, debía tener sobre las cláusulas de des-

cuelgue pactadas en convenio colectivo, que incluían un procedimiento basado en criterios distintos de los previstos en la nueva regulación. Para la STSJ comentada esta regulación convencional deviene contra *legem* con la entrada en vigor de la reforma legislativa que impuso nuevas disposiciones en la materia que ostentaban el carácter de preceptos de derecho necesario, de aplicación vinculante para el intérprete a virtud de un principio de jerarquía normativa. Ello a pesar de que no se haya procedido a la impugnación en procedimiento especial, de los preceptos correspondientes del Convenio. La Disposición Derogatoria Unica.2 de la norma mencionada ya venía a establecer la derogación de cuantas normas de igual o inferior rango contradijeran o se opusieran a lo dispuesto en la Ley.

Para fundamentar esta conclusión se acoge la doctrina contenida en la STS de 18 de enero de 2000 (rec. 4982/1999) según la que «el artículo 37.1 de la Constitución no se vulnera por la entrada en vigor de una ley que repercute sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes. Aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la citada STC 58/1985, cuya doctrina se invoca en este caso, «la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva».

A la misma conclusión llega la **STS (Sala 4) de 15 de marzo de 2013 [IL J 475/2013]** que declaró la prevalencia de la Ley 7/2010, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias, sobre las previsiones de incremento salarial del Convenio Colectivo de la Sociedad Mercantil Pública Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A.

D) Singularidad del convenio colectivo como fuente

A la singularidad del convenio colectivo como fuente hace referencia la **STS (Sala 4) de 12 de marzo de 2013 [IL J 472/2013]** que rechaza la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» sobre las obligaciones pactadas en convenio colectivo. Y lo hace reiterando lo dicho en la STS de 26 de abril de 2007, rec. 84/06, sobre la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias sobre las obligaciones pactadas en Convenio Colectivo. Entiende el TS que si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula «*rebus sic stantibus*»—tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [art. 3.1 ET], al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (STS 10 de junio de 2003, rec 76/02).

Por ello, la teoría [«rebus sic stantibus»] únicamente cabría aplicarla –restrictivamente– cuando se trate de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]. Incluso –tratándose de condición individual de trabajo– la citada cláusula «rebus sic stantibus» habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la empresa (así, la STS 19/03/01 –rcud 1573/00–).

E) Sucesión de convenios y vigencia

La cuestión que se plantea en el recurso de casación unificadora que resuelve la STS (Sala 4) de 14 de mayo de 2013 [IL J 610/2013] es si anulado judicialmente un convenio colectivo estatutario continúan o no vigentes las cláusulas normativas del anterior Convenio colectivo que había sido derogado por el posteriormente declarado nulo; y si, de darse respuesta afirmativa, entre tales cláusulas normativas deben entenderse incluidas las relativas al procedimiento sancionador (en especial, sobre la exigencia o no de expediente disciplinario previo para poder sancionar las faltas muy graves). Relacionado con ello se plantea también, desde otro punto de vista, el alcance retroactivo que en dicha materia pueda darse al posterior Convenio colectivo suscrito para reemplazar al Convenio declarado judicialmente nulo.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones el TS recuerda que ya ha sido resuelta por reiterada jurisprudencia de esta Sala de casación según la que los efectos de la declaración de nulidad del convenio deben ser *ex tunc*, desde el momento inicial de la aprobación del propio convenio colectivo declarado nulo (como sintetiza y reitera la STS/IV 15 de junio de 2010, rcud 2923/2009, –con invocación de los precedentes contenidos en las SsTS/IV 19 de febrero de 2010, rcud 1734/2009, 15 de marzo de 2010 (rcud 2275/2009) y 12 de abril de 2010 (rcud 1736/2009)–. Según esta jurisprudencia las sentencias que declaran nulo un convenio –o parte de él– no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión ello. Más aún, la privación de eficacia originaria al convenio anulado constituye una garantía necesaria del respeto a las leyes, por parte de las disposiciones de los convenios colectivos, exigido en nuestro ordenamiento laboral (art. 85.1 ET). Lo contrario, esto es, considerar que esa anulación tiene efectos *ex nunc* consentiría infracciones legales injustificadas por parte de la autonomía colectiva a lo largo del período de tramitación de la acción de nulidad.

En consecuencia, deberá entenderse que desde la fecha de entrada en vigor del Convenio declarado nulo (01-01-2007) recobran vigencia, al no existir pacto o regla en contrario, las cláusulas normativas del Convenio colectivo inicialmente derogado por el posteriormente declarado nulo; debiendo prevalecer las normas estatutarias laborales que tienen por finalidad evitar vacíos normativos en la regulación pactada mediante la negociación colectiva frente a las reglas civiles contenidas en el art. 2.2 Código Civil sobre la derogación normativa («Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado»), como se ha indicado con referencia incluso al art. 6.3 CC.

Finalmente la Sentencia comentada defiende que las cláusulas de los Convenios colectivos estatutarios denunciados relativas a las faltas y sanciones se han venido considerando reiteradamente como cláusulas normativas, y, en consecuencia, han de mantener su vigencia, una vez concluida la duración pactada y hasta que entre un vigor un nuevo convenio que sustituya su regulación. Se reitera así el criterio jurisprudencial, resumido en STS de 26 de abril de 2007 (rec. 84/2006), según el que la materia normativa comprende las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos y las reglas que definen los ámbitos del Convenio (STS 16/06/98 –rco 4159/97), pero también las «normas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el Convenio» (STS 20/12/95, rco 3837/94) (SSTS 01/12/03, rco 138/02; y 11/12/03 rco 55/03). En definitiva la parte normativa del convenio pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas «condiciones de trabajo» [condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias...; y al régimen salarial], pero que también se extiende a la regulación de aspectos «colectivos» [cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales] (STS 29 de abril de 2003, rec. 126/02).

La SAN 100/2013, de 23 de mayo [IL J 592], se plantea una particular cuestión que tiene que ver con la entrada en vigor del convenio a los efectos de aplicar el descuelgue salarial. En concreto se pregunta si es posible la aplicación del acuerdo de descuelgue al convenio colectivo vigente, aunque éste haya sido publicado con posterioridad a la adopción del acuerdo.

Para la AN es evidente que el convenio respecto del que opera la inaplicación es el vigente en el momento de la misma, puesto que no cabe descolgarse de un instrumento que no existe. Lo que ocurre es que, a diferencia de lo sugerido por las demandantes, el convenio 2012-2014 no entró en vigor en la fecha de su publicación sino el 1-1-12, puesto que así lo establecieron las partes, en virtud del art. 86.1 ET. El que no se publicara hasta fechas muy posteriores no cambia esta conclusión, puesto que la publicidad no es un requisito constitutivo de la validez del convenio, «que deviene vinculante y obligatorio para los comprendidos en el mismo desde la fecha que acuerden las partes, como establecen el art.82.3 y 90.4 del ET, que puede ser muy anterior al momento de su publicación» (SAN 26 de junio de 2009, proc. 66/2009).

F) Pactos extraestatutarios

La STS (Sala 4) de 14 de mayo de 2013 [IL J 609/2013] recoge la línea interpretativa seguida por la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, las SsTS/IV 29-marzo-2010, rec. 37/2009, y 12 de abril de 2010 rec. 139/2009), sobre la problemática esencial de los pactos o convenios extraestatutarios. Y lo hace a propósito de unos pactos sobre plus salarial de convenio y actividad, alcanzados en años sucesivos, entre la empresa y la representación de los trabajadores, con una expresa vigencia temporal pactada, que habían venido a complementar o precisar lo establecido en los sucesivos convenios colectivos estatutarios de aplicación. Estos pactos, concluye el TS, no constituían un verdadero convenio colectivo,

sino pactos que se pueden incluir entre los denominados extraestatutarios, que carecen de valor normativo, teniéndolo sólo convencional y no integrándose en el sistema de las fuentes del Derecho del Trabajo previsto en el artículo 3.1 del ET, regulándose por la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones (entre otras, STS/IV 25 de enero de 1999, rcud 1584/1998)

Pues bien, por su contenido estrictamente obligacional, no cabía entenderlos sometidos a «ultra actividad», ni generaban condiciones más beneficiosas (las sucesivas prórrogas temporales, que se acordaron, evidenciaban la voluntad negociadora de no querer otorgar validez al pacto).

Esta conclusión viene a avalar la modificación empresarial de su contenido una vez finalizada su vigencia sin que ello suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija para ello la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el art. 41 ET.

5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA

A) Periodos de consulta previa como manifestaciones típicas de la negociación colectiva

La SAN 43/2013, de 13 de marzo [IL J 356/2013] aborda, entre otras cuestiones, las consecuencias que sobre el acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo alcanzado pueda tener la superación del plazo de 15 días establecido legalmente para el periodo de consultas previas, habida cuenta de la previsión legal contenida en el art. 41.4 ET según la que la «duración no puede superar quince días».

Para la AN la expresión entrecomillada significa únicamente que, superado el plazo antes citado, considerado suficiente por el legislador para que las partes alcancen acuerdos, ninguna de las partes puede compeler a la otra a prolongar artificialmente la negociación, puesto que, si se admitiera dicha prolongación, cuando las partes han agotado sus argumentaciones en el plazo establecido legalmente, se restaría toda eficacia a las medidas de flexibilidad interna, cuyo éxito vendrá determinado esencialmente por su despliegue actualizado frente a las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción causantes de la medida. Por el contrario, cuando la negociación sigue abierta, impedir que llegue a buen puerto, cuando sea necesario un período más prolongado de negociación, quebraría la finalidad esencial del período de consultas, que es alcanzar acuerdos.

Se recuerda al efecto el criterio mantenido por la jurisprudencia TS (por todas, STS 30 de junio de 2011) y por la doctrina judicial (por todas SAN 21 de noviembre de 2012, proced. 167/2012), según el que la consulta previa es una manifestación típica de la negociación colectiva, cuya finalidad es tratar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Lo que hace de la consecución del acuerdo el núcleo duro del procedimiento de consultas de los procedimientos de flexibilidad interna y también de flexibilidad externa.

En definitiva, para la SAN comentada, la eficacia de una medida de flexibilidad interna o externa, acordada con los representantes de los trabajadores, es incomparablemente mayor que la impuesta unilateralmente por la empresa, aunque sea posteriormente convalidada por la jurisdicción. Por ello se descarta que la prolongación del período de consultas quiebre, de ningún modo, las exigencias de buena fe. La tesis expuesta, ha sido defendida por la doctrina judicial, por todas STSJ Galicia 6-07-2012, proced. 12/2012, donde se subraya que no existe norma alguna, que avale la nulidad de la medida, porque se superara el período de consultas.

El algunos casos, como ocurre para inaplicar el régimen salarial, el periodo previo de consulta debe concluir en acuerdo y de no haberlo debe acudirse a la Comisión Consultiva Nacional (art. 82.3 ET). Si no lo hace la empresa deberá seguir aplicando el convenio. Así lo recuerda la **SAN 77/2013, de 22 de abril [IL J 455/2013]** según la que en estos casos la promoción del período de consultas no exime a la empresa de cumplir sus obligaciones convencionales vencidas, porque esa es precisamente la finalidad de la inaplicación del convenio que, de concluir con acuerdo, si excusaría del abono de lo convenido desde la fecha en que se convenga la inaplicación.

B) Eficacia de la negociación previa a la autorización del ERE

La **STS (Sala 4) de 21 de marzo de 2013 [IL J 480/2013]** se centra en el examen y valoración del contenido del acta de la reunión celebrada entre el Comité Intercentros y la empresa, el 26 de marzo de 2008, desarrollada durante la negociación previa a la autorización del ERE, en la que se recoge una serie de compromisos, entre ellos el siguiente: «la empresa se compromete, en caso de necesitar mayor número de trabajadores para realizar su actividad, a dar prioridad en la contratación a los fijos discontinuos procedentes de los cierres de los centros de trabajo a los que pertenecían»

Al respecto mientras la sentencia recurrida interpretó que de la negociación previa a la autorización del ERE había resultado la configuración de un derecho del trabajador (fijo discontinuo) a la prioridad para ser llamado en el supuesto al que obedece la demanda, la sentencia de contraste razona que en aquel acuerdo no se estaba estableciendo ningún orden de relación, «sino sólo una prioridad en la contratación de los trabajadores fijos discontinuos, que han cesado en su relación laboral por aplicación del ERE, a ser contratados antes que los trabajadores contratados temporales, si bien, es necesario que se desarrolle con los representantes de los trabajadores cómo se va a establecer ese orden de prelación...».

Planteado recurso de casación para unificación de doctrina en estos términos el TS entra al análisis de los acuerdos alcanzados por la empresa y la representación unitaria de los trabajadores en la negociación del ERE, que motivó la extinción del contrato del demandante, cuyo alcance se trata de determinar, de los que se desprenden dos compromisos distintos: a) el de crear una bolsa de trabajo de los trabajadores que hubieran prestado servicios en el centro cerrado para el caso de que en dichos centros se realizasen proyectos empresariales distintos (primero de tales acuerdos); y b) el de dar prioridad en la contratación a los fijos discontinuos procedentes de los centros cerrados en caso de que la empresa necesitara mayor número de trabajadores para realizar su actividad (segundo acuerdo).

Para el TS, el pacto que entra en juego en el litigio planteado es el segundo sin que proceda la consideración conjunta de los dos compromisos como habían hecho las sentencias comparadas. Al efecto se recuerda que el primer canon en la exégesis de los contratos –privados o colectivos– es «el sentido propio de sus palabras» a que se refiere el art. 3.1 del Código Civil y el «sentido literal de sus cláusulas», de que habla el art. 1281 del Código Civil, de forma que cuando los términos de un pacto son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los pactantes, debe estarse al indicado sentido literal, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación. Por ello entiende que, a tenor de las reglas hermenéuticas que ofrecen los arts. 1281 y ss. del Código Civil, ésta es la interpretación lógica de las cláusulas examinadas; y no la que efectúa la sentencia de contraste que «vehicula» la prioridad reclamada por el actor a través de la creación de la bolsa, para concluir que no habiéndose creado la misma ni negociado los parámetros de su configuración, no es posible admitir tal prioridad. Y ello aun cuando, en el antepenúltimo párrafo de su Fundamento de Derecho único admite la prioridad en la contratación de los trabajadores fijos discontinuos, que han cesado su relación por aplicación del ERE, a ser contratados antes que los trabajadores contratados temporalmente.

Para la sentencia comentada el acuerdo de crear una bolsa de contratación tiene un alcance obligacional para la empresa y la representación de los trabajadores, que las compele a ulteriores concreciones negociadas. Sin embargo, esa naturaleza no es predicable del pacto por el que establece la prioridad, que aquí interesa, pues de él lo que se deriva es una obligación para la empresa de respetar la prioridad que se indica y, en contrapartida, nace un derecho de los trabajadores, que reúnan las condiciones a las que se refiere el pacto; derecho exigible aunque el mismo pueda adolecer de algunas imprecisiones para los supuestos de concurrencia de trabajadores, cuestión ajena a la debatida aquí.

Concluye el TS, siguiendo la STS de 26 de abril de 2007 (rec. 84/2006), que el contenido obligacional está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz (art. 82.2 ET), los compromisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones ad hoc. Sin embargo, el contenido normativo está integrado por los pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica (el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 85.2 ET), y por los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo (materias incluidas en el art. 85.1 ET), tanto en su aspecto individual como colectivo. Esta es la interpretación que sigue la Sala IV cuando afirma que la materia normativa comprende las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos y las reglas que definen los ámbitos del Convenio (STS 16 de junio de 1998, rcud. 4159/97), pero también las «normas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el Convenio (con cita, entre otras, de la STS 21 de diciembre de 1994, rcud. 2734/93).

C) Exigencias de buena fe en los periodos de consulta previos

A la necesaria buena fe que ha de presidir la negociación en los periodos de consulta previos a determinadas decisiones empresariales también hace referencia **SAN 45/2013, de 19 de marzo [IL J 358/2013]** según la que, reiterando jurisprudencia del TS, la negociación

de buena fe exige acreditar la concurrencia de propuestas y contrapropuestas (STS 30 de junio de 2011), habiéndose entendido que no se negocia de buena fe cuando la empresa se limita a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal (STSJ Madrid 30 de mayo de 2012, rec. 17/2012).

Una vez determinado el papel central que ocupa la negociación de buena fe en el período de consultas y sus elementos configuradores, la SAN comentada se centra en determinar si la misma había concurrido o no en el caso que dio lugar al litigio, lo que, a la vista del relato fáctico, merece una respuesta positiva. En efecto, según ha quedado acreditado (hecho probado octavo) y se razona en el fundamento jurídico primero, no existió una posición inamovible de la empresa, sino que se manejaron propuestas y contrapropuestas; tanto es así que la decisión final de la empresa, más allá de la supresión de las extinciones por problemas de tesorería, distanciándose de su plan inicial, acogió algunos de los extremos que se habían barajado durante la negociación. Y en nada afecta a esta conclusión que la suspensión y reducción de jornada se negociara al mismo tiempo que un descuelgue salarial, pues la legislación vigente no impide dicha negociación simultánea, siempre que se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de estas medidas, lo que no se ha alegado que se incumpliera.

D) Normativa aplicable

La SAN 46/2013, de 19 de marzo [IL J 357/2013] extiende la aplicación de las reglas de información y consulta a los representantes de los trabajadores del art. 64 ET a los procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial colectiva y descuelgue de convenios, regulados en los arts. 40, 41 y 82.3 ET pese a la inexistencia en estos casos de regulación legal o reglamentaria referida a los deberes de información que proceden en estos casos.

Para la AN dicha omisión no comporta en absoluto, que las empresas estén eximidas de aportar la documentación necesaria para que el período de consultas alcance sus fines, que habrá de versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. En efecto, al no regularse específicamente el deber de información para los períodos de consultas en los procedimientos de los arts. 40, 41 y 82.3 ET, deben aplicarse las reglas del art. 64.1 ET, que regula las exigencias generales sobre información y consulta a los representantes de los trabajadores, y entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, y por consulta el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo. Así lo había defendido ya la Sala en SAN 30 de noviembre de 2012, proced. 243/2012 y 19 de diciembre de 2012, proced. 251/2012).

E) Acuerdos colectivos: naturaleza y eficacia

La cuestión que se plantea en la SAN 74/2013, de 17 de abril (IJL 455/2013) es si cabe reclamar el cumplimiento de un acuerdo que suscribieron los representantes de los tra-

bajadores y de la empresa con la finalidad de establecer las pautas y garantías deseables en la transición del servicio del anterior adjudicatario al nuevo. La obligación contenida en el art. 8 del acuerdo, en cuestión, de 29 de mayo de 2009, estaba condicionada a una negociación futura que debería llevarse a cabo en 2011 y este compromiso no se había cumplido por ninguna de las partes, habiendo quedado acreditado, finalmente, que ninguna de ellas había tenido iniciativa para tal negociación.

Para la AN al tratarse de un acuerdo, que tiene naturaleza contractual, han de aplicarse las reglas previstas en el Código Civil sobre la naturaleza y eficacia de los contratos; en este caso, un contrato sometido a un término inexorable, por lo que era condición básica del contrato o acuerdo que la actividad de las partes tendente a llevar a cabo la negociación convenida se realizase en el término preciso del año 2011. De ahí que se haya concluido que no cabe reclamar el cumplimiento de un acuerdo cuya eficacia ha vencido porque el mismo fijaba un término para negociar, término que ha vencido sin que conste que ninguna de las partes haya tenido iniciativas negociadoras. Y no cabe otra interpretación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1281 y 1283 del Código Civil.

La cuestión planteada en la **STS (Sala 4) de 16 de abril de 2013 [IL J 621]**, a su vez, versa sobre el cumplimiento de una cláusula de revalorización del fondo para ayudas por gastos de desplazamiento, pactada en un acuerdo colectivo del que han sido partes la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) y determinadas representaciones sindicales.

El acuerdo en cuestión fue suscrito en julio de año 2004, con vigencia inicial hasta diciembre de 2007 y prórroga de vigencia en la «totalidad de su contenido», salvo denuncia por cualquiera de las partes, denuncia que no se ha producido. La CAM vino aplicando el pacto reseñado hasta el curso 2010-2011. En este año escolar la revalorización se impuso por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Y el mismo pleito, pero referido al curso 2010-2011, se vuelve a plantear en esta ocasión mediante la demanda de conflicto colectivo interpuesta por varios sindicatos, que ha dado origen al recurso de casación que ha dado lugar a esta sentencia. Pero, para el TS el Acuerdo colectivo supuestamente infringido no ha sido publicado oficialmente, no puede tener por tanto carácter normativo y su supuesto incumplimiento no es recurrible en casación.

6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO FUENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

A) Finiquitos de terminación del contrato

La **STS (Sala 4) de 26 de febrero de 2013 [IL J 375/2013]** recoge y sistematiza toda la construcción jurisprudencial que se ha llevado a cabo a propósito del finiquito de terminación del contrato, para terminar negando cualquier virtualidad extintiva a la firma de un documento en el que ni había transacción (en los términos recogidos en la STS 26 de noviembre de 2001, rec. 4625/00), porque no había habido concesiones mutuas entre las partes para evitar el pleito (el empresario no había efectuado ningún abono en concepto de indemnización por despido, ni había hecho ninguna otra concesión que pudiera tener esa finalidad, limitándose a abonar los conceptos retributivos adeudados por el trabajo ya

realizado); ni desistimiento (pues el contrato ya se había extinguido por despido); ni, por la misma razón, mutuo acuerdo, ya que el efecto extintivo había sido anterior a la eventual aceptación del trabajador del despido en el finiquito.

Se recuerda también que los finiquitos, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible en principio de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante–, vienen sometidos, como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa, a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo o, en su caso, transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es con motivo de este examen e interpretación cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de voluntad, ya por falta de objeto cierto, que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (art. 1261 CC), ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros (STS 28-02-00, rec. 4977/98; 24-07-00, rec. 2520/99; 11-06-08, rec. 1954/07 y 21-07-09, rec. 1067/08)».

B) Pactos típicos del contrato

La STSJ Cataluña 259/2013, de 14 de enero [IL J 430/2013] confirma la vigencia del pacto que el trabajador tenía suscrito con la empresa, de no prestar servicios en una actividad concurrente durante la vigencia del contrato, también durante el periodo de excedencia para cuidado de hijo, ratificando la obligación del trabajador de devolver lo percibido por tal concepto al haberse acreditado el incumplimiento de lo pactado.

C) Condición más beneficiosa

La STS (Sala 4) de 4 de marzo de 2013 [IL J 392/2013] rechaza que el que en precedentes años se hubiese acordado, tras negociación al efecto, un incremento salarial no inferior al IPC de la anterior anualidad, comportara una condición más beneficiosa que debiera imponerse a las previsiones del convenio colectivo. La propia existencia de negociaciones anuales para fijar el salario, para la sentencia comentada demuestra palmariamente la inexistencia de una voluntad de «consolidar» el derecho de los trabajadores a un incremento anual no inferior al IPC, pues el «acuerdo» [existente en el caso] y la «voluntad unilateral» [propio de la condición más beneficiosa] son términos antitéticos. Esa negociación anual es, por tanto, obvia demostración del carácter temporal de la mejora que se pacta –sobre el mínimo del convenio colectivo aplicable–.

Se aprovecha para recordar las dificultades que plantea determinar si nos hallamos en presencia de una condición más beneficiosa «pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho, y, en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes, en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones» (entre otras, SsTS 7 de abril de 2009, rec 99/08; 6 de julio 2010, rec 224/09; y 7 de julio de 2010, rec 196/09). Y reitera como según jurisprudencia consolidada la condición más beneficiosa requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación

del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por «un acto de voluntad constitutivo» de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sirvan de ejemplo, entre las últimas, las SsTS 05 de junio de 2012, rec 214/11; 26 de junio de 2012, rco 238/11 y 19 de diciembre de 2012, rec 209/11). Su alcance puede ser individual o colectivo, siempre que nazca del ofrecimiento unilateral del empresario (así, SsTS 30 de diciembre de 1998, rec. 1399/98 o 7 de julio de 2010, rec. 196/09).

Sobre la condición más beneficiosa se pronuncia a su vez la **STS (Sala 4) de 14 de mayo de 2013 [IL J 668/2013]** que concluye manteniendo, a propósito del seguro médico y cesta de Navidad de los trabajadores prejubilados, que no cabe su supresión unilateral por la empresa, sino que debe acudir a la correspondiente negociación.

La pretensión de la demanda de conflicto colectivo de UGT, origen de este pleito, era que se declarara el derecho de los trabajadores prejubilados, acogidos al Acuerdo de Fusión de las Entidades Caja España y Caja Duero, suscrito el 12 de mayo de 2010, a mantener tanto el seguro médico colectivo, como la cesta de Navidad del personal proveniente de Caja Duero.

Para la empresa en cambio el seguro médico de los prejubilados ha de considerarse una condición más beneficiosa sujeta a la posibilidad de ser revocada por decisión de quien la otorgó y que la cesta de Navidad carece de la naturaleza de condición más beneficiosa porque su concesión se hacía cada año solo por ese año.

Ciertamente, ambos beneficios nacieron de la voluntad unilateral de la empresa –ni siquiera hay constancia del momento en que se decidió incluir a los prejubilados entre los beneficiarios de la cesta de Navidad–, y se han mantenido a lo largo del tiempo hasta su supresión también unilateral, sin que pueda sostenerse, como pretende la empresa, que el texto de la carta que acompañaba a la cesta de Navidad fuera revelador de una concesión puntual y exclusiva para un año concreto.

Para el TS para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (reiterando lo dicho en la STS de 19 de diciembre de 2012, rec 209/2011). Una vez incorporada al nexo contractual, la condición no puede suprimirse por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito –art. 3.1.c) ET– y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable (según doctrina consolidada, resumida en las STS de 28 de octubre de 2010, rcud. 4416/2009, 26 de septiembre, rcud. 4249/2010 y 14 de octubre de 2011, rcud. 4726/2010).

Llevada la anterior doctrina al caso enjuiciado, en el que no cabe duda alguna del origen empresarial de los beneficios y de su permanencia en el tiempo, se llega a la misma conclusión que alcanza la sentencia recurrida.

7. APLICACIÓN CONJUNTA DE NORMAS LABORALES

A) Complementariedad

La articulación de la Ley y el convenio colectivo se plantea en la **STSJ Madrid 141/2013, de 20 de febrero [IL J 529/2013]** a propósito de las ofensas verbales o físicas como causa de despido disciplinario. Las dudas se plantean porque el convenio colectivo aplicable, a partir de la genérica conducta sancionable «de ofensas verbales o físicas» en el entorno laboral (ET), introduce un mayor detalle al describir cuándo esa conducta descrita de forma general en el ET es leve, grave o muy grave, de manera que, según el convenio, es leve «la falta de respeto o consideración a otros empleados, cuando no implique grave ofensa a los mismos» (art. 212 c), grave «las agresiones a otros empleados y las ofensas inferidas a los mismos durante el trabajo o con ocasión o por motivo del mismo, siempre que no produzcan lesiones de importancia ni supongan grave ataque a la dignidad personal y humana» (art. 212.d) y muy grave «las calumnias, injurias graves y lesiones de cierta importancia proferidas o producidas contra otros empleados o a sus familiares durante el trabajo o con ocasión y con motivo del mismo» (art. 212. e).

Para la empresa, por aplicación del art. 1285, 1281 y 1282 del Código Civil, el convenio no establece una lista cerrada sino una lista adicional de posibles faltas puesto que serán tales las acciones u omisiones que supongan infracción de normas laborales contenidas en disposiciones legales de carácter general o en la normativa de la empresa (alternativa no excluyente), sancionándose con el despido aquellas previstas en dicha normativa y las demás previstas en la ley, esto es, en el ET. En base a ello considera que la conducta del actor no es grave, sino muy grave, por aplicación directa del ET en el apartado relativo a las ofensas verbales y físicas.

Sin embargo para el TSJ Madrid «si se aceptase la interpretación de la empresa (aplicación directa del ET al presente supuesto) se llegaría a una conclusión absurda cual es la de dejar sin efecto la regulación de la normativa de la empresa (el convenio) en lo que a esta falta se refiere puesto que, si no satisface la calificación que por aplicación de la normativa convencional resulte, siempre según la empresa habría que acudir al ET. Si fuera así, no haría falta la detallada regulación convencional, pero si esta existe y detalla la graduación, a sus normas hay que estar».

B) Suplementariedad

La STS de 11 de marzo de 2013 [IL J 390/2013] se plantea el carácter vinculante que el Reglamento de Funcionamiento del Comité Central de Seguridad y salud atribuye a sus acuerdo (en relación con el derecho, de los trabajadores destinados en el turno de noche, a realizar todos sus desplazamientos acompañados), defendido por la sentencia recurrida, pese a que la LPRL solo atribuye al mencionado Comité simple naturaleza consultiva.

Para la sentencia recurrida el que el Comité pudiera adoptar acuerdos de carácter vinculante constituía una aparente «mejora» de la regulación legal, que en principio estaría avalada por la libertad contractual [art. 1255 CC] y por el carácter mínimo de la regulación legal [art.2.2 LPRL], y que ninguna de las partes podía desconocer, por aplicación

de la fuerza obligatoria que a los contratos otorga el art. 1091 del Código Civil [si a la representación paritaria del CSS se le atribuye representatividad negocial en nombre de quienes la nombraron] o, en todo caso, por la doctrina de los actos propios, en tanto que el carácter vinculante pactado en el seno de la CSS [art. 9 del Reglamento de Funcionamiento Interno] ha sido respetado por la empresa desde su aprobación el 16/06/97 hasta la aplicación del referido acuerdo. Esta circunstancia comportaría para la empresa una indubitada declaración de voluntad tácita que configuraría –sobre la base de la buena fe y el art. 7 CC– una determinada situación jurídica, y determinaría la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio (así, SsTS 23 de mayo de 2006, rec. 8/05; 19 de diciembre de 2006, rec. 2659/05; 02 de abril de 2007, rco 11/06; y 27 de septiembre de 2011, rcud 4146/10).

Sin embargo, para el TS aunque es cierto que el art. 2.2 LPRL establece que «las disposiciones de carácter laboral» contenidas en la Ley y en sus normas reglamentarias «tendrán en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo e indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos», lo cierto es que «para ello es necesario que la norma suplementada sea objetivamente mejorable y que la mejora sea determinable como tal, lo que es cuestionable cuando se trata... de sustituir un modelo legal... por un modelo convencional» (STS 09 de marzo de 2011, rco 118/10). En definitiva el art 38.1 LPRL configura el CSS como un órgano consultivo por lo que atribuir cualidad decisoria a sus acuerdos supondría la alteración del modelo legal.

No obstante, advierte el TS, el tratamiento de estas cuestiones, que podrían llevar a sostener la ineficacia, por nula, de la disposición del Reglamento de Funcionamiento [art. 9] que atribuye a los citados acuerdos naturaleza vinculante, hubieran requerido la pertinente denuncia y su correspondiente argumentación, lo que no sucedió, «no siendo hacedero que la Sala auxilie en la construcción del recurso, que por ser extraordinario sujeta al Tribunal a los exclusivos motivos legales denunciados, de forma que, a diferencia de lo que ocurre en la instancia –donde rige el principio «iura novit curia»–, no es posible tratar conculcaciones normativas distintas de las invocadas en aquél» (así, por ejemplo, SsTS 7 de julio de 2006, rcud 1077/05; 25 de julio de 2007, rec. 12/07; y 23 de diciembre de 2008, rcud 3199/07).

8. ELECCIÓN DE NORMA APLICABLE: APLICACIÓN (EN MATERIA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO) DEL EBEP AL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En la **STS (Sala 4) de 23 de mayo de 2013 [IL J 656/2013]** se plantea el problema de la normativa aplicable al personal laboral de las Administraciones públicas, en lo que se refiere a la prescripción de las faltas laborales como consecuencia de la existencia de una cierta indefinición en el establecimiento de un orden de primacía y supletoriedad entre el propio EBEP y la legislación laboral «ordinaria». La concreta duda se plantea a propósito de la aplicabilidad del art. 60.2 ET y más en concreto del plazo de de prescripción de 60 días desde el conocimiento de la comisión de la falta, al personal laboral de las Administraciones públicas.

En principio, la responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas está sujeta al régimen disciplinario establecido en el Título VII del EBEP «y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto» (art. 93.1 EBEP). Para el personal laboral, el ap. 4 del art. 93 EBEP añade que su régimen disciplinario «se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral». En vista de lo cual resulta necesario analizar en qué aspectos de la regulación de la materia disciplinaria que el EBEP lleva a cabo se contiene un sistema completo y en cuáles tiene cabida la legislación laboral a la que se remite el antes citado art. 93.4 EBEP.

Partiendo de la doctrina del TS, recogida en la STS de 4 de noviembre de 2010 (rec 88/2010), el art. 93 EBEP establece «una clara jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del régimen disciplinario del personal laboral, a saber, la normativa aplicable es la contenida en el EBEP y, únicamente en el supuesto de que no hubiera regulación en dicho Estatuto se aplicaría la legislación laboral...». De ahí que en este caso se concluya sobre la inaplicabilidad del art. 60.2 ET. a los empleados públicos, de suerte que carece de toda fundamentación legal la pretensión de trasponer a ese tipo de relaciones laborales el plazo de 60 días desde el conocimiento de la comisión de las faltas. Cuestión distinta será la de la incidencia de la falta de conocimiento como consecuencia de la propia conducta de ocultación del trabajador, doctrina elaborada jurisprudencialmente en relación al plazo de prescripción «larga» que se acomodaría perfectamente al supuesto del art. 97 EBEP.

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.

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes tienen mero valor sistemático.

- D) **Trabajos amistosos, benévolo**s o de buena vecindad.
 - E) **Trabajos familiares.**
 - F) **Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.**
 - G) *Trabajos de colaboración social.*
4. *ZONAS GRISES.*
- A) *Transportistas.*
 - B) *Personal contratado en Administraciones Públicas.*
 - C) *Autónomos.*
 - D) **Profesiones liberales.**
 - E) **Socios empleados.**
 - F) **Arrendatarios y aparceros.**
 - G) **Toreros.**
 - H) **Religiosos.**
 - I) **Trabajadores extranjeros.**
 - J) **Otros.**
5. **NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.**
- A) **Trabajador por cuenta ajena.**
 - a) Familiares.
 - b) Extranjeros.
 - B) **Inclusiones por asimilación.**
 - a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.
 - b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
 - c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.
 - d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.
 - e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas.
 - f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.
 - g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.
 - h) Funcionarios en prácticas.
 - i) Funcionarios del Estado transferidos a las 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**
-

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

STS de 25 de marzo de 2013 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm.: 1564/2012) IL J 694/2013

1. La Sala de lo Social del TS resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de la XUNTA DE GALICIA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 16 de marzo de 2012 (rec. 2780/2008), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 31 de marzo de 2008, dictada en instancia en el procedimiento iniciado por D. José Manuel contra la XUNTA DE GALICIA. La cuestión a dilucidar es si existe o no relación laboral entre el demandante y el Centro Galego de Artes da Image (en adelante CGAI), centro que depende de la XUNTA, y por tanto, la competencia o incompetencia del orden social para conocer del asunto.

Las circunstancias recogidas en el relato de hechos probados de las que se parte son: a.–que el demandante ha prestado servicios para CGAI desde el 8 de enero de 2000, atendiendo la sala de proyecciones y vendiendo entradas; b.–en julio de 2006, la plantilla está compuesta por trece trabajadores, uno de ellos funcionario, otro de libre designación y el resto personal laboral; c.–en febrero 2003, el demandante junto con su mujer, también trabajadora de CGAI, constituyen una sociedad civil «Screening Atlántico SL»(sic), entidad que empieza a emitir facturas (hasta diecisiete facturas en los primeros ocho meses desde su constitución; quince en los 12 meses siguientes, etc.) por los conceptos de atención y control de la sala; trabajos de traducción y taquilla; d.–D. José Manuel presta sus servicios en las instalaciones del CGAI, dentro de una jornada; e.–es el CGAI el que aporta los medios materiales para la ejecución de sus trabajos; f.–el Director del Centro es el que da las órdenes y a quien se comunican las ausencias del demandante y con quien se negocian sus vacaciones.

2. Una vez comprobado que concurre el requisito o presupuesto de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste (en contra, el voto particular del Magistrado D. Antonio Martín Valverde), conforme a lo establecido en el art. 219 LJS, el magistrado ponente –D. Jordi Agustí Julia–, recuerda la doctrina unificada de la Sala a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación (véase SSTS 29 de noviembre de 2010; 11 de mayo de 2009; 7 de octubre de 2009, entre otras). En consecuencia, parte de la base de que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución; esto es, «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes (...)». Asimismo, la aplicación de la doctrina consolidada en materia de indicios que denoten la concurrencia de laboralidad conforme a los arts. 1.1 y 8.1 ET lleva a concluir que en el asunto sometido a la consideración de la Sala se dan las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae* por el demandante; b) ajenidad, pues los frutos de su trabajo pasan *ab initio* al CGAI dependiente de la Xunta (el empleador) que, a su vez, asume la obligación de retribuir estos servicios; c) los trabajos se prestan dentro de la sala de proyec-

ción y en las taquillas del CGAI, por tanto dentro del ámbito de organización y dirección del empleador; d) los medios materiales para realizar los servicios los aporta gratuitamente el CGAI; e) el demandante recibe órdenes e instrucciones del Director del CGAI, a cuya consideración somete sus ausencias y el momento de disfrute de sus vacaciones y f) la retribución se abona por la demandada, si bien se efectúa contra factura emitida por la sociedad referida. Todo ello lleva a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la XUNTA.

3. Como bien se argumenta en los Fundamentos de Derecho de la sentencia objeto de comentario, se está ante una relación laboral. La presencia de una Sociedad «Civil» puede distorsionar «relativamente» esta relación, pues ha quedado claramente acreditado que el demandante y su esposa empezaron a trabajar en el Centro tres años antes a la constitución de dicha sociedad. Las circunstancias en que desempeñaban sus servicios no variaron en absoluto, no siendo suficiente la existencia de facturación por parte de la Sociedad contra las cantidades percibidas por el demandante. Este elemento no resulta de peso suficiente para obviar el resto de indicios que constatan la existencia de relación laboral.

c) Actividad dependiente

STSJ Castilla la Mancha, de 25 de febrero de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 1971/2012) IL J 648/2013

1. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, en su sede de Albacete, resuelve el recurso de suplicación 1971/2012 interpuesto por la parte demandada –FITAG-UGT-Castilla la Mancha; FITAG-UGT-Estatal– contra la resolución judicial de instancia, que declaró la improcedencia del despido de la demandante, Dña. Rosana. A fin de resolver conforme a derecho, el TSJ toma en consideración los siguientes aspectos del relato de hechos probados: 1º la prestación de servicios de la actora para la demandada se formalizó a través de sucesivos contratos de obra o servicio durante el periodo comprendido entre 2008 y 2010, y por la prestación de servicios muy similares, tales como «especialista administrativo»; «...planificación, gestión y desarrollo de planes formativos»; «secretaría de administración y organización»; 2º desde 2009 y hasta el 8 de marzo de 2012 la actora fue elegida, según el procedimiento fijado en los Estatutos de UGT, para diversos cargos orgánicos del sindicato, constando probado que la actora, desde el inicio de la relación, atendía el teléfono, abonaba gastos a los delegados, dentro del horario común al del resto de trabajadores de UGT, y con las mismas vacaciones y permisos que ellos. El 9 de marzo de marzo de 2012, la actora recibe una comunicación por la que se le notifica su cese debido a la finalización de su mandato como Secretaria de Administración.

2. La Sala de lo Social del TSJ de Castilla la Mancha confirma la resolución de instancia al concluir que existen indicios sobrados para calificar como laboral la relación jurídica de prestación de servicios que realizaba Dña. Rosana para FITAG-UGT-Castilla la Mancha. Sus funciones como administrativa o auxiliar administrativa tanto antes como después de su nombramiento para cargo orgánico del sindicato son, efectivamente, laborales, ya que, examinada la concurrencia de las notas de laboralidad del art. 1.1 ET

y aplicada la presunción del art. 8 ET, queda probado que percibe aproximadamente el mismo salario, sigue el mismo régimen horario, de permisos y vacaciones que el resto de trabajadores del sindicato. Según la Sala, el hecho de que también realizara tareas propias del cargo para el que fue elegida en nada modifica tal calificación, pues las tareas de administrativa siguen siendo las predominantes.

3. Resulta especialmente rechazable el uso fraudulento de la contratación en casos como el que ha sido juzgado por el TSJ de Castilla la Mancha. En este supuesto se mezcla la concatenación fraudulenta de contratos temporales con el «ejercicio» de un contenido individual de la libertad sindical como es la participación en los órganos internos previstos por los Estatutos de un sindicato, para realizar, a cambio de una cantidad idéntica a la percibida hasta el momento, funciones esencialmente iguales a las realizadas bajo la cobertura de aquellos contratos laborales temporales. En mi opinión, la improcedencia debería haber sido sustituida por la nulidad, dada la irregularidad con la que se ha articulado dicho contenido de la libertad sindical, principal derecho fundamental de naturaleza propiamente laboral, junto al derecho de huelga. No obstante, no constando en la demanda la solicitud de tal calificación de la extinción, baste señalar la doble irregularidad cometida en el seno de un sindicato: representación permanente de los trabajadores que tiene por objeto la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios.

c) Actividad dependiente y d) Actividad por cuenta ajena

De nuevo se recoge en esta crónica una sentencia que declara la existencia de relación laboral en una actividad de alterne. En el número anterior la STSJ Navarra de 5 de octubre de 2012 (Recurso de Suplicación núm. 257/2012) IL J 257/2012 apreciaba la concurrencia de los elementos configuradores que caracterizan una relación laboral conforme a lo dispuesto en el art. 1.1 ET, y como vemos, en el presente comentario, una vez más, el tribunal reconoce que la actividad de alterne «es una actividad económica, que genera unos rendimientos gracias a la previa organización de capital y trabajo, y que como tal actividad económica debe cumplir con las correspondientes obligaciones tributarias y de protección laboral de los trabajadores».

STSJ Asturias de 4 de enero de 2013 (Recurso de Suplicación núm.: 2827/2012) IL J 436/2013

1. El caso contemplado tiene por objeto la determinación de la calificación jurídica de la relación que mantenían 32 mujeres que realizaban tareas de entretenimiento y alterne con los clientes del local denominado Club G.G, por cuenta de la empresa que explotaba el negocio «Raducer, S.L.».

Conforme al acta levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Asturias en fecha 22 de marzo de 2011, las trabajadoras prestaban sus servicios en horario flexible de 17:00 ó 18:00 de la tarde a 2:00, 3:00 ó 4:00 de la madrugada, percibiendo como contraprestación una comisión de 15 euros por cada bebida consumida por el cliente.

La actuación inspectora concluyó que entre las partes existía una relación jurídico laboral, a pesar de que ninguna de las mujeres que prestaba sus servicios en el club de la demandada había sido dada de alta como trabajadora en la Seguridad Social.

2. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que se comenta desestima el Recurso de Suplicación formulado por la empresa demandada contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Gijón de fecha 30 de marzo de 2012, confirmando la valoración realizada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De este modo, la sentencia de instancia y, posteriormente, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, consideran que en el caso enjuiciado concurren los requisitos que conforman la naturaleza laboral de la relación de prestación de servicios entre las partes. En concreto, entienden que se trata de una prestación de servicios voluntaria, retribuida, realizada por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra persona.

Por consiguiente, es clara la existencia de un contrato de trabajo en los términos descritos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 8.1 también del Estatuto de los Trabajadores, que presume la existencia del contrato de trabajo «entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél».

Este criterio ha sido recogido en diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, sentencias de fecha 4.02.1988, 21.10.1987, 14.05.1985, 25.02.1984 y 3.03.1981, referidas a supuestos en los que el trabajadoras percibían una retribución por consumición y participación en el importe de las consumiciones o servicios a los clientes.

3. Compartimos el fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 4 de enero de 2013, en cuanto que en el caso comentado la actividad de entretenimiento y alterne realizada por las 32 trabajadoras tiene carácter laboral al reunir las notas caracterizadoras de una relación laboral.

Destaca la jurisprudencia a la que hace referencia la sentencia comentada, en particular en lo referente al requisito de dependencia, recordando que en numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia se ha ido flexibilizando dicho criterio.

El requisito de dependencia se configura como una «inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial» que debe presumirse por el hecho de la permanencia estable de las trabajadoras en el local de la demandada, sin necesidad de que se exista una «subordinación rigurosa y absoluta».

Así, el Tribunal Supremo entendió en un supuesto similar al caso comentado que la libertad de horario y asistencia no eran trascendente para calificar de arrendamiento de servicios la relación entre las partes (sentencia de fecha 21.10.1987).

Ello implica que las trabajadoras puedan disponer de cierta flexibilidad en cuanto a su horario de entrada y salida del local de alterne, jornada, así como en el modo de percibir su retribución por los servicios prestados.

En efecto, en el presente supuesto nos encontramos ante una prestación de servicios voluntaria, retribuida mediante comisiones por consumición del cliente, y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, ya que las trabajadoras contaban con un horario (si bien éste era flexible) y permanecían de manera estable en el local de alterne.

La sentencia comentada concluye, a nuestro parecer de manera acertada, que la razón fundamental de la doctrina contenida en las sentencias a las que se refiere reside en que

la actividad de alterne es una actividad económica, que genera unos rendimientos gracias a la previa organización de capital y trabajo, y que como tal actividad económica debe cumplir con las correspondientes obligaciones tributarias y de protección laboral de los trabajadores.

Como se puede comprobar en el comentario de la siguiente sentencia, plantea incertidumbres la calificación del despido efectuada por los tribunales y aunque no es objeto de debate en el pronunciamiento que se analiza, sí merece una breve reflexión.

La extinción del contrato de trabajo tras la denuncia interpuesta por el trabajador ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social debería ser considerada como una lesión de la garantía de indemnidad del trabajador y, por tanto, una vulneración del artículo 24 CE del que dimana dicha garantía.

STSJ de Madrid de 28 de enero de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 5944/2012) IL J 569/2013

1. El demandante inició su relación profesional con la mercantil demandada el 1 de abril del año 2008.

Su actividad profesional consistía en ofrecer sus servicios como fisioterapeuta en la clínica que la empresa tenía en Madrid. En dicha clínica el actor atendía los clientes que la mercantil le indicaba, usando en su tratamiento los medios materiales que la empresa ponía a su disposición. El actor no tenía ningún control en la selección de los clientes. La empresa era la propietaria y responsable del fichero de pacientes y tratamientos.

El actor estaba sujeto a un horario y jornada para la realización de su actividad. En caso de retrasarse en su incorporación a su puesto de trabajo o ausencia debía avisar a la dirección de la clínica para que pudiera ser sustituido. Lo mismo ocurría durante los periodos de vacaciones, en los que, para evitar dejar a los pacientes sin su correspondiente tratamiento el actor era sustituido.

El trabajador percibía una remuneración en función del número de horas trabajadas. La remuneración que el actor obtenía en función del número de horas era independiente de la cuantía que los clientes debían abonar a la empresa por recibir los tratamientos de fisioterapia. Era la empresa la encargada de fijar de forma unilateral los precios al público, de cobrar las cantidades fijadas a los clientes y de abonar posteriormente al actor su retribución en función del número de horas.

El actor emitía facturas con carácter previo al abono de sus servicios por parte de la empresa. Así mismo, el trabajador estaba dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos hasta el momento del cese de su actividad.

El 18 de septiembre del año 2011 la inspección de trabajo visita el centro de trabajo en el que el actor presta sus servicios previa denuncia por parte del propio actor. El demandante pretendía regularizar su situación al entender que la relación que le unía con la mercantil era de naturaleza laboral y no civil.

El 4 de enero del año 2012 el demandante es citado por la empresa en una cafetería junto con otro fisioterapeuta de la empresa. En dicha reunión el representante legal de la empresa les comunica que desde ese momento la empresa ha decidido prescindir de sus servicios profesionales.

El actor presentó papeleta de conciliación el 18 de enero de ese mismo año. Celebrada sin avenencia y previo trámite del correspondiente juicio el juzgado de lo Social estimo que procedía desestimar la excepción de jurisdicción alegada por la empresa y estimar la demanda presentada por el trabajador. En consecuencia, el Tribunal declaraba el carácter laboral de la relación profesional que vinculaba a las partes y calificaba la extinción llevada a cabo por la empresa como improcedente. La empresa anunció recurso de suplicación frente a dicho pronunciamiento.

2. El recurso presentado por la empresa en primer lugar plantea la revisión de varios hechos declarados probados en la instancia. Ninguno de las tres revisiones planteadas merece la aceptación por parte del Tribunal.

El motivo central del recurso plantea la incorrecta aplicación de los artículos 1.1 y 8.1 ET por parte del Juzgado de los Social. Mantiene la recurrente que en realidad entre actor y mercantil no hay una relación laboral, como declaró el juez, sino una relación civil. Por tanto, la jurisdicción social no sería competente para su conocimiento.

El Tribunal funda su respuesta al recurso en una sólida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los servicios del personal sanitario en clínicas odontológicas. Es sabido que el Tribunal Supremo ha debido conocer en diversas ocasiones de litigios surgidos entre clínicas y odontólogos, generando una serie de indicios que pueden ser usados en el presente caso.

Son indicios del carácter dependiente en el que se desarrolla una prestación de servicios entre otros los siguientes: la asistencia al centro de trabajo, el sometimiento a un horario, el desempeño personal del trabajo, la programación de la actividad del trabajador por parte de la empresa.

Son indicios de la ajenidad en el que se desarrolla una prestación de servicios entre otros los siguientes: la puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos o servicios elaborados por el propio trabajador, la adopción por parte del empleador de las decisiones inherentes a la actividad productiva, el carácter fijo o periódico de la prestación de servicios.

Además se debe tener en cuenta, según marca la misma jurisprudencia, que *«tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [STS 11-12-1989]»*.

En consecuencia, en función de los criterios enunciados, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma el fallo del Juzgado de lo Social y declara que el actor ha venido prestando sus servicios por cuenta ajena y carácter dependiente respecto de la mercantil recurrente. Además, confirmado el carácter laboral del trabajador, se confirma también la improcedencia de la extinción efectuada por la empresa.

3. No parece que el objeto principal del litigio, centrado en la laboralidad o no de los servicios prestados por el demandante, plantee especiales dudas a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre un supuesto muy similar: odontólogos que prestan sus servicios en clínicas por cuenta ajena.

En el presente caso, el trabajador no marcaba los precios de los tratamientos, que eran cobrados directamente por la mercantil; estaba sometido a un horario y una jornada; cobraba un salario, es cierto que por unidad de obra, pero como el propio Tribunal señala, el salario por unidad de obra está previsto en el artículo 26.3 ET. Todo ello, lleva a aplicar la presunción de laboralidad recogida en el artículo 8.1 ET.

No obstante, sí plantea más incertidumbres la calificación del despido efectuada por el Juzgado de lo Social y confirmada por la Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia. Aunque no es objeto de debate en el pronunciamiento que se analiza si merece una breve reflexión.

La extinción del contrato de trabajo tras la denuncia interpuesta por el trabajador ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social debería ser considerada como una lesión de la garantía de indemnidad del trabajador y, por tanto, una vulneración del artículo 24 CE del que dimana dicha garantía. El despido se ha producido lesionando derechos fundamentales. La calificación en consecuencia debería ser la nulidad y no la improcedencia.

Puede pensarse que el Tribunal declaró la improcedencia al no haber sido solicitada la nulidad por el trabajador. Podría considerarse, además, que si el Tribunal hubiera estimado la nulidad sin petición previa de parte se habría producido una ruptura del principio de congruencia al que están sometidos nuestros tribunales y, en consecuencia, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que la concepción de congruencia es mucho más relajada en el orden social. Ello es debido a que el derecho laboral contiene un gran número de normas imperativas que recogen derechos irrenunciables para el trabajador. El juez debe aplicar el derecho necesario aunque las partes no lo soliciten.

Además, expresamente el Tribunal Supremo ha reconocido que la calificación del despido es competencia exclusiva del juez y que este no vulnera la tutela judicial efectiva si declara la nulidad de un despido aunque no haya sido solicitada por ninguna de las partes [STS de 6 de mayo de 1988 y 28 de octubre de 1987].

En conclusión, no puede compartirse el fallo del Tribunal en lo que respecta a la extinción que debería haber tutelado los intereses del trabajador en mejor forma y haber sancionado la violación de un derecho fundamental declarando la nulidad del despido.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

G) Trabajos de colaboración social

A continuación incluimos el comentario de tres sentencias del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de los Trabajos de Colaboración Social. En todas reitera el Tribunal su conocidísima doctrina. Pero estos litigios siguen planteándose con mucha frecuencia y, prácticamente, en los mismos términos. Llama la atención, de parte de algunos Juzgados de lo Social y Salas de Suplicación, el dictado de sentencias favorables a las pretensiones de los demandantes, en contradicción con la reiterada doctrina jurisprudencial.

STS de 8 de marzo de 2013 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm.: 342/2013) IL J 367/2013

1. Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social núm. 1 de las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia estimatoria de improcedencia, en la que se declara probado que la actora prestó servicios para la Administración autonómica canaria con la categoría de auxiliar administrativo, desde el día 10 de marzo de 2008, percibiendo un salario diario bruto prorrateado de 52,20 euros conforme a convenio, sin ostentar cargo de representación de los trabajadores. En aquella fecha se había celebrado un contrato de colaboración social, el cual fue prorrogado en varias ocasiones posteriores, hasta el 31 de octubre de 2010. Los trabajos prestados por la demandante fueron los mismos que realizaban los funcionarios y trabajadores de la correspondiente dependencia administrativa.

Recurrida en suplicación la sentencia de instancia por ambas partes, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, de 16 de diciembre de 2011 (Rollo 1248/11), desestimó ambos recursos, confirmando la sentencia recurrida, sin atender por tanto la pretensión absolutoria de la Administración demandada, ni la alegación de violación de derechos fundamentales que daba contenido a la pretensión de la demandante.

2. Contra la citada sentencia se interpuso recurso de casación para unificación de doctrina por la Administración autonómica, citando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2011 (recurso núm. 2928/2010), alegándose como fundamentos de Derecho los arts. 14 y 103 de la Constitución Española. En dicha sentencia casacional, aclarada mediante Auto de 27 de junio de 2011, se había resuelto que los trabajos de colaboración no pueden generar una relación de trabajo indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal, y, por ello, los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que, al ser retribuida, se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene percibiendo. La Sala del Alto Tribunal estima el recurso de casación y anula la sentencia de suplicación y de instancia, absolviendo libremente a la Administración demandada, por no haberse producido despido, habida cuenta de la inexistencia de relación laboral entre las partes. Dándose la contradicción entre las sentencias contrastadas en cuanto que una y otra sentencia contemplan un mismo supuesto de trabajadores que, previa petición por parte de un organismo público al INEM, son adscritos por este Instituto, con amparo en las normas reglamentarias –fundamentalmente Real Decreto 1445/82, de 15 de junio– de la Administración solicitante, en la que realizan funciones normales de gestión de organismo público. En ambos casos, extinguido el periodo de percepción de la prestación por desempleo –prestación que perciben del INEM– la Administración se lo comunica al trabajador y procede a cesarle en sus servicios. Considera la Sala *ad quem* que no se quiebra la contradicción entre los dos pronunciamientos pese a la diferencia existente entre los mismos, una vez que la resolución recurrida califica el cese como despido improcedente, en tanto que la señalada de contraste da por bien extinguida relación de adscripción al ente público.

3. En este caso, reitera el Tribunal Supremo, una vez más, su conocidísima doctrina por medio de la argumentación siguiente ... «*entrando en la cuestión de fondo, ésta ha*

sido ya resuelta por doctrina unificada de esta Sala, representada, entre otras, por las sentencias 24/4/00 (rcud 2864/99), 30/4/01 (rcud 2115/00), 11/12/08 (rcud 69/08), 9/5/11 (rcud 2928/10), 24/11/11 (rcud 4743/10) y 19/4/12 (rcud 2039/11), en el sentido de que se trata de contratos de carácter temporal 'ex lege', pues la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio de desempleo que se le hubiere reconocido y que no constituyen una relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que presten dichos trabajos, conforme a lo dispuesto en el art. 213.3 de la LGSS».

A partir de ahí, se reproduce el resumen realizado, sobre la cuestión debatida, por la anterior sentencia casacional de 15 de julio de 1988, que sistematizó la doctrina jurisprudencial en los puntos siguientes: ...«a) *La colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal; b) Los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando; c) La propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él; d) No se actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando de una normativa que expresamente la autoriza y ampara; y e) 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, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución».*

Este comentario se ha realizado ya en varias ocasiones anteriores, pues incomprensiblemente el litigio se plantea con mucha frecuencia y, prácticamente, en los mismos términos. Incomprensiblemente se dice por lo que respecta a todos los sujetos intervinientes: 1º) por parte de los demandantes, no se explica como el abogado al que acude el interesado no le ilustra acerca de las nulas posibilidades de prosperabilidad de una acción de despido, ahorrándole por tanto gastos y decepciones; 2º) menos se explica todavía, de parte de algunos Juzgados de lo Social y Salas de Suplicación, el dictado de sentencias favorables a las pretensiones de los demandantes, en palmaria contradicción con la reiteradísima doctrina jurisprudencial que, aparentemente, se ignora sin la menor reserva, pese a que, es de suponer, dicha doctrina se alegará y acreditará por las Administraciones demandadas; 3º) y, desde luego, no se justifica la «paciencia» de la Sala casacional, repitiendo miméticamente su misma y conocidísima doctrina una vez tras de otra, sin realizar ninguna admonición a los reclamantes y, sobre todo, a los órganos judiciales que, en la instancia y/o en la suplicación, ignoran de manera tan sorprendente la doctrina jurisprudencial, lo que presenta un matiz extremo cuando las Salas de suplicación anulan las sentencias de instancia que, irrefutablemente, habían desestimado las pretensiones del demandante, un caso distinto al de autos.

No es ya que la sentencia que se comenta aquí merezca adhesión plena, lo mismo que merecen repulsa las sentencias directa e indirectamente recurridas, ello sea dicho al margen de las opiniones personales que pueden mantenerse sobre la existencia o inexistencia de relación laboral en los casos de colaboración temporal por parte de perceptores

de prestaciones de desempleo. Porque aquí no estamos en un foro doctrinal en el que cabe cualquier opinión debidamente fundamentada, sino que nos encontramos ante actuaciones judiciales presididas por el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que, como bien se conoce, merecen de la misma manera las dos partes litigantes.

Otra cosa es el posible abuso que, en casos concretos –en el de autos, por ejemplo, se llevaron a cabo cinco prórrogas– puedan cometer las Administraciones demandadas, convirtiendo el objetivo de reinserción social, propio de los trabajos de colaboración social, en una actividad laboral ordinaria barata. Pero entonces habrá que dirigir el enjuiciamiento por esos derroteros, siempre a partir de la doctrina jurisprudencial consolidada, no pretendiendo desvirtuarla sino enriqueciéndola con pronunciamientos referidos a supuestos de hecho no contemplados todavía.

STS de 12 de marzo de 2013 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm. 1060/2012) IL J 365/2013

1. El demandante venía prestando servicios para la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias desde el 7 de abril de 2008, como auxiliar administrativo desempeñando las mismas funciones que trabajadores fijos y funcionarios. La relación del trabajador con la Administración se inició mediante un contrato de colaboración social que fue prorrogado sucesivamente hasta en cuatro ocasiones. Llegado el 31 de octubre de 2010 se le comunica la finalización de la «relación laboral».

El actor, agotada la vía previa, demandó por despido. Su pretensión fue estimada por el Juzgado de lo Social 8 de Las Palmas (autos 1219/10) en sentencia de 25 de marzo de 2011, que declaró la improcedencia del despido efectuado con los correspondientes efectos legales. Esta resolución es recurrida en suplicación (autos 1556/11) por la Consejería condenada, ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) que dicta en fecha de 25 de enero de 2012 sentencia desestimatoria confirmando íntegramente la dictada por el Juzgado de lo Social. Frente a este pronunciamiento se alzó en casación para unificación de Doctrina la Administración canaria, alegando contradicción entre la sentencia ahora recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2011, en recurso 4734/2010, así como infracción de lo dispuesto en los artículos 213.3 LGSS y 38 y 39 del RD 1445/1982 de 25 de junio.

2. La Sala *ad quem* admite que concurre la contradicción entre las sentencias comparadas, ya que la cuestión debatida en ambas es sustancialmente la misma, las circunstancias son coincidentes y sin embargo las soluciones dadas son dispares. El Tribunal Supremo, en la sentencia de contraste, tras analizar el caso de un trabajador que suscribe sucesivos contratos de colaboración social con el Servicio Canario de Empleo como auxiliar administrativo y desempeñando servicios de inserción social, concluye que no hay relación laboral y por tanto, no hay despido. Los datos concurrentes en ambas sentencias relativos a la existencia de sucesivos contratos de colaboración social o de desempeño de labores habituales de la Administración concertante, se desprecian como indicativo de fraude que encubre una relación laboral indefinida, dado el carácter paralaboral y temporal de esta contratación y que en ambos supuestos los trabajos prestados son de utilidad social y redundan en beneficio de la comunidad.

Para dar respuesta a la cuestión, la Sala alude a la reiterada doctrina jurisprudencial al respecto que ha resuelto esta cuestión sin fisura en sus sentencias, entre otras, de 24.4.2000 (Rcud 2864/1999), 30.4.2001 (Rcud 2155), 9.5.2011 (Rcud 2928/2010) o la de 18.9.2012 (Rcud 3597/2011). La argumentación cardinal se basa en:

a) Lo dispuesto en el art. 213.3 LGSS excluye de forma «clara y tajante» toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración y el desempleado que los presta, por tanto, el cese de esa relación nunca puede ser calificado como despido.

b) La temporalidad «*ex lege*» de esta modalidad de contrato impide, a pesar de que las labores puedan calificarse como habituales en la Administración, que se extienda más allá del tiempo que falta al trabajador por percibir la prestación o subsidio de empleo reconocido. Por tanto, la colaboración nunca puede ser indefinida.

c) La adscripción del desempleado a una Administración pública para la realización de una obra social de forma temporal no es fraudulenta ni supone abuso de derecho en tanto que está amparada y autorizada *ex lege* (art. 38 y 39 RD 1445/82), de hecho, y como apunta la meritada Jurisprudencia la consideración de estos trabajadores como «fijos» sí que supondría una manera fraudulenta de ingreso en la Administración eludiendo las prueba reglamentarias, con el consiguiente perjuicio para los potenciales aspirantes a ellas.

3. Hemos de compartir, como no puede ser de otra forma, la solución dada por el Tribunal Supremo que procede a la casación y anulación de la sentencia recurrida. Por un elemental principio de seguridad jurídica no existe razón o dato diferenciador que avale un cambio en el criterio asentado por la Doctrina pacífica al respecto, pero es más, por imperativo legal explícito, los trabajos de colaboración social ni son ni pueden ser considerados relación laboral, en todo caso tienen carácter temporal, siendo irrelevante mientras no superen su duración máxima que se articulen mediante la suscripción de sucesivos contratos o prórrogas. Por tanto, no ha lugar a estimar ni actuación fraudulenta, ni relación laboral, ni por ende despido.

STS de 26 de marzo de 2013 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina núm.: 1955/2012) IL J 693/2013

1. El demandante en la instancia ha venido prestando servicios para la Consejería demandada desde el 24-08-04, con categoría profesional de auxiliar administrativo, mediante una sucesión ininterrumpida de prórrogas de contrato de colaboración social.

Dichos servicios se han prestado en el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de las Palmas de Gran Canaria, teniendo encomendadas fundamentalmente las siguientes funciones: Introducción de los datos contenidos en las papeletas de conciliación individuales en el programa informático de conciliaciones, atención al público y organización de acuses de recibo y archivo de expedientes. En el desempeño de las mismas, se repartía el trabajo con personal laboral de la Consejería que realizaba las mismas tareas.

Ante la demanda del sujeto contratado, el Juzgado de lo social, estimando totalmente la demanda interpuesta contra la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, declaró que el demandante ostentaba la condición de personal laboral de la Consejería demandada desde el 24-08-2004.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Consejería de Empleo y Asuntos Sociales ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual desestimó el recurso de suplicación interpuesto y en consecuencia confirmó la sentencia de instancia condenando en costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la parte contraria que se calculan en 300 euros. Por la representación del Gobierno de Canarias se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina frente al Tribunal Supremo cuya sentencia es objeto del presente comentario.

2. Es la Administración Pública, inicialmente demandada, la que se alza ahora en casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 27 de febrero de 2012 (rollo 1967/09). La sentencia confirmaba la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Las Palmas, que estimando la demanda, declaró al actor «personal laboral de la Consejería demandada...»

El demandante inicial había venido prestando servicios para la Consejería de Empleo, del Gobierno de Canarias bajo contratos de colaboración social, con categoría de auxiliar administrativa. La sentencia recurrida reitera el criterio seguido en anteriores sentencias de la misma Sala de suplicación e interpreta los arts. 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio, sobre medidas de fomento del empleo. Concluye la Sala de Las Palmas que en el caso examinado no se identificaba la obra o servicio a realizar, siendo éste un requisito exigible a los contratos de colaboración social; los cuales, a su entender, no pueden ser utilizados para tareas permanentes y habituales de una Administración Pública.

La cuestión que el recurso plantea se refiere a la naturaleza de la prestación de servicios para las Administraciones públicas que se desarrolla en el marco de un contrato de colaboración social por quien es perceptor de prestaciones de desempleo, en los términos en que se señala en los arts. 213.3 LGSS y 38 y 39 del RD 1445/1982, antes citados; lo que, a su vez, habrá de incidir en la calificación de la extinción de dicha relación.

El primero de tales preceptos señala: «*los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que corresponda*».

El TS ha venido sosteniendo que dicho precepto excluye de «*forma clara y tajante toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos y la falta de tal carácter laboral, impide que el cese sea calificado de despido*» (no sólo en la sentencia de contraste, sino también en las STS de 24-4-00 –rcud. 2864/99–, 30-4-01 –rcud. 2155/00–, 9-5-11 –rcud. 2928/10–, 24-11-11 –rcud. 4743/10–, 19-4-12 –rcud. 2039/12–, 24-4-12 –rcud. 2766/11–, 5-7-12 –rcud. 3604/11–, y 22-10-12 –rcud. 4113/11–).

Para la doctrina ya reiterada de esta Sala, la validez de un trabajo temporal de colaboración social, exige que los trabajos a realizar sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad; tengan carácter temporal y duración máxima – art 38.1 RD 1445/82, reformado por RD 1809/86, de 28 de junio– hasta el periodo que le falte al trabajador por percibir la pres-

tación o subsidio por desempleo reconocido; coincidan con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, y no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador.

El Tribunal afirma que *«la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado, a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 2 del Real Decreto 2546/94, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aún cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter «ex lege» temporal, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido».*

Y, finalmente, añade que *«esta adscripción del beneficiario, de carácter temporal, a una administración pública para la realización de una obra social, no puede considerarse como expresivo de un abuso de derecho o fraude de ley».* Recordando la STS de 15 de julio de 1988–, la doctrina expuesta concluye que: *«a) La colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal; b) Los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando; c) La propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él; d) No se actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando de una normativa que expresamente la autoriza y ampara; y e) 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, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución».*

Consecuentemente con lo expresado, el recurso se estima, al haberse apartado la sentencia recurrida de la doctrina ajustada a derecho. Por ello, casa y anula la citada sentencia y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el recurso de aquella clase que interpuso la parte demandada, con la consiguiente revocación de la sentencia del Juzgado de la instancia y la desestimación de la demanda inicial.

3. Sobre los trabajos de colaboración temporal, llama la atención la repentina abundancia de sentencias que reiteran doctrina, efectivamente declarando su carácter no laboral. Casi siempre es el TSJ Canarias Las Palmas el que declara el carácter laboral y el relato de los hechos suele ser siempre parecido: se trata de prestaciones de servicios mediante una sucesión ininterrumpida de prórrogas de contratos de colaboración social y en el desempeño de las mismas, se confunde el trabajo con el del personal laboral. Podría decirse que en el escenario de la crisis económica y ante la imposibilidad de reponer las plantillas públicas, se puede aprovechar esta fórmula para canalizar prestaciones de servicios al margen de la celebración de un contrato de trabajo. Es llamativo cómo han aparecido ahora estos supuestos cuando antes apenas se planteaban problemas con esta figura, merece un comentario esta constatación.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

STSJ de Valencia de 15 de enero de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 3075/2013) IL J 564/2013

1. El demandante ha sido socio de la codemandada Sociedad Cooperativa de Transportes, desde el 2-8-2001 hasta el 30-12-2011, fecha en la que causó baja voluntaria en la misma. El demandante era propietario de un vehículo marca IVECO, modelo 260 25 AHB, matrícula V-2962-FM, cuyo uso cedió a la Cooperativa, manteniendo el socio la responsabilidad a efectos fiscales, haciéndose cargo de los impuestos, contribuciones, tasas o arbitrios derivados de la explotación económica del vehículo, así como de los daños que pudiera causar, comprometiéndose a mantenerse de alta en el RETA y en el IAE, reconociendo su condición de único receptor de los rendimientos económicos derivados de la explotación del vehículo. El 10-10-2002 el actor adquirió un camión, marca Scania, matrícula 4291-CBF, con un peso de 32.000 kilogramos, cuyo uso cedió a la Cooperativa en idénticas condiciones al anterior, pasando la Cooperativa a ostentar la titularidad administrativa del camión, con licencia para servicio público. El demandante realizaba servicios de transporte para Hormicem S.A., que se dedica a la fabricación y venta de hormigón, contratando el servicio de transporte de sus productos con terceros. Esta empresa abonaba esos servicios y los de otros socios a La Cooperativa demandada, al menos desde enero de 2007; el demandante facturaba mensualmente a la Cooperativa los servicios prestados, siendo el importe medio mensual en 2011 de 4.173,85 € por todos los conceptos. En el ejercicio 2010 el demandante declaró un rendimiento neto de 11.701,78 €. En el resumen anual del IVA de 2011, en régimen simplificado la cuota ascendía a 2.029,68 €. El 29-9-2011 Hormicem S.A., comunicó a los transportistas que acudieron a la planta de la empresa, entre ellos el demandante, que a partir del día 3-10-2011 esa planta se cerraría, por lo que debían acudir al resto de centros de la empresa en la provincia de Valencia.

2. El TSJ confirma la decisión de incompetencia del orden social para decidir la reclamación por despido, y a tal fin cita la doctrina del TS, según la cual la Ley 11/1994 de 19/05, modificó la LET e introdujo en el art. 1.3 un nuevo apartado —el «g»)»— por el que se excluye del ámbito de la Ley en general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo. A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador. El criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado. Y a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994 el intérprete que se enfrenta con el problema de la calificación de relaciones de servicios de transportistas queda liberado en principio de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de dichas notas generales, pudiendo y debiendo proceder en primer lugar a la comprobación de si

concorre o no en el caso el criterio legal concreto que se adopta como indicador específico de las mismas. Esta doctrina ha sido considerada conforme con la CE en la STC 227/1998, de 26/11 –porque se evidencia que la realidad jurídica que se configura en el contrato de que se trata, es la prestación de resultado, que no de actividad, realizada por el transportista al que las normas administrativas califican como empresario del transporte de mercancías por carretera, una vez habilitado para ejercer dicha actividad profesional por reunir las condiciones legalmente fijadas, de modo que la exclusión legislativa responde a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas, y que el art. 47.1 de la Ley 16/1987 de 30/07 facultó al Gobierno para exonerar de la exigencia de habilitación previa a determinados vehículos, solamente cuando se trate de transportes públicos discrecionales de mercancías que por realizarse en vehículos con pequeña capacidad de carga tengan una escasa incidencia en el sistema general de transporte, facultad de la que el RD 1211/1990, de 28/11 hizo uso al eximir de autorización previa a los vehículos de menos de dos toneladas métricas de peso máximo permitido

En el presente caso –expresa el TSJ–, se acredita que el actor es socio de la Cooperativa a la que cedió el uso del vehículo de su propiedad de más de 2 toneladas, ostentando la Cooperativa la titularidad administrativa del camión, haciéndose cargo el actor de los impuestos derivados de la explotación del camión, realizando el actor como socio de la Cooperativa el transporte de mercancías para Hormim SA, por lo que la relación del actor ni con la mercantil ni con la Cooperativa, puede entenderse incardinada en el ámbito laboral, por expresa exclusión del vigente art. 1.3.g LET.

3. Pese a las anteriores razones, cuya validez es discutible respecto del autónomo individual, especialmente a partir de la existencia del TRADE, es inadmisibles que la relación entre un socio trabajador, y la cooperativa, a la que ha transferido alguno de sus bienes, pueda ser calificada como no laboral. No es posible tratar igual al autónomo individual que al socio de una cooperativa de trabajo asociado, a la que ha cedido uno o dos vehículos.

En efecto, en la Ley 27/1999, de 16/07 de Cooperativas, se dispone: Son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. Podrán ser socios trabajadores quienes legalmente tengan capacidad para contratar la prestación de su trabajo. La pérdida de la condición de socio trabajador provocará el cese definitivo de la prestación de trabajo en la cooperativa. Serán de aplicación a los centros de trabajo y a los socios trabajadores las normas sobre salud laboral y sobre la prevención de riesgos laborales, todas las cuales se aplicarán teniendo en cuenta las especialidades propias de la relación societaria y autogestionada de los socios trabajadores que les vincula con su cooperativa. Los Estatutos podrán fijar el procedimiento por el que los trabajadores asalariados puedan acceder a la condición de socios. En las cooperativas reguladas en este artículo que rebasen el límite de trabajo asalariado establecido en el número 7, el trabajador con contrato de trabajo por tiempo indefinido y con más de dos años de antigüedad, deberá ser admitido como socio trabajador si lo solicita en los seis meses siguientes desde que pudo ejercitar tal derecho, sin necesidad de superar el período de prueba cooperativa y reúne los demás requisitos estatutarios (art. 80-1 a 5 y 8).

Sería sano y saludable reconocer la existencia de socios-trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado, a las que hacen alguna aportación, por ejemplo algún vehículo, cualquiera que sea el peso de su carga máxima, y que el vínculo existente entre ellos es el contrato de trabajo.

A ello viene a unirse la disposición de la propia Ley de Cooperativas cuando dice que las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores, por su condición de tales, se resolverán aplicando, con carácter preferente, esta Ley, los Estatutos y el Reglamento de régimen interno de las cooperativas, los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y los principios cooperativos. Las citadas cuestiones se someterán ante la Jurisdicción del Orden Social de conformidad con lo que se dispone en el artículo 2.º del Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. La remisión a la Jurisdicción del Orden Social atrae competencias de sus órganos jurisdiccionales, en todos sus grados, para conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada (art. 87-1).

En el presente caso, es indudable, partiendo de esa necesaria diferencia entre autónomo individual y trabajador socio de cooperativa de trabajo asociado, que el vínculo existente entre ambos, es laboral, y competente el orden social de la jurisdicción.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de enero de 2013 (Recurso de Suplicación núm.: 1038/2012) IL J 402/2013

1. La demandante comenzó a prestar sus servicios retribuidos en 2006 al ser contratada por la Diputación Provincial de Sevilla para prestar servicios de técnico superior (periodista) mediante contrato temporal para obra o servicio determinado. Dicho contrato fue sucesivamente prorrogado hasta el 15.05.2008. En realidad los servicios se prestaron en el departamento de comunicación de PRODETUR, S.A.

La prestación de servicios continuó ininterrumpidamente, suscribiéndose posteriormente contratos temporales con PRODETUR.: un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, luego un contrato temporal para obra o servicio determinado, que cuando finalizó, se siguió de otro contrato temporal para obra o servicio que duró desde el 01.07.2010 hasta que le fue notificada su extinción. Ante dicha extinción, se presentó demanda contra las entidades Instituto Municipal de Dinamización Ciudadana y Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, se celebró el juicio y se dictó sentencia por el Juzgado de referencia que estimó la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe y el Instituto de Municipal de Dinamización Ciudadana, ante el Tribunal Superior de Justicia cuya sentencia es ahora objeto del presente comentario.

2. La Administración no está conforme con la sentencia de instancia que declara competente la jurisdicción laboral e improcedente el cese de la actora, declarándola trabajadora indefinida, no fija, con antigüedad desde 4-7-2007, y declarando que fue destinada al Instituto

Municipal de Dinamización Ciudadana y dejó de ser personal de confianza. Con independencia de quién la tuviera formalmente contratada y del objeto que refiriesen los referidos contratos temporales, la realidad que se recoge en la sentencia es que la demandante siempre prestó sus servicios en el departamento de comunicación de PRODETUR, S.A., en concreto en su Gabinete de Prensa, realizando las mismas funciones que las periodistas de plantilla de la empresa o funcionarias de la Diputación, referidas a cualquier tipo de información o comunicación y no solo a las relativas a los proyectos que referían los contratos.

La Sala argumenta que no pueden ser identificadas con aquellas funciones de confianza y asesoramiento los cometidos que, como ocurre en este caso, encarnan tareas de carácter permanente dentro de la organización administrativa del Ayuntamiento. Así, señala respecto a las funciones que le corresponden al personal eventual lo siguiente: «...se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la «confianza» (sic); y al no realizar la actora desde esa fecha tareas de «confianza y asesoramiento especial», concluye la Sala que no estamos ante personal eventual de confianza, sino ante un contrato laboral.

3. Con menos frecuencia que la existente respecto a la contratación administrativa, pero igualmente problemática, se han planteado en estas crónicas cuestiones que versan sobre la naturaleza laboral o no de las funciones desempeñadas en los denominados cargos de confianza o asesoramiento especial. Siguiendo el relato de los hechos, comprobamos como la demandante en la instancia pasó al Instituto Municipal de Dinamización Ciudadana, como personal laboral y como eventual de confianza. El artículo 89 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local dispone que: «El personal al servicio de las entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.» y el artículo 104. 2 respecto a los mismos señala que: «El nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la entidad local corresponde. Cesan automáticamente en todo caso cuando se produzcan el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento».

El artículo 8.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), prevé que «Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) Personal eventual», y en el artículo 12 define a este último diciendo que: «Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin».

Sentado lo anterior hay que tener en cuenta el concepto y naturaleza del llamado personal eventual, que «sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin». Esto produce como resultado que no puedan ser identificadas con aquellas funciones de confianza y asesoramiento los cometidos que, como ocurre en el presente supuesto, encarnan tareas de carácter permanente dentro de la organización administrativa del Ayuntamiento.

**STSJ Andalucía de 27 de febrero de 2013 (Recurso de Suplicación núm.:1453/2012)
IL J 643/2013**

1. El actor en el proceso del que trae causa la sentencia que se comenta, ha suscrito con Empresa de Transformación Agraria S.A (Tragsa) un contrato de asistencia técnica el 1 de febrero de 1996, con el objeto de seguimiento de las instalaciones de tratamiento y eliminación de Residuos Sólidos Urbanos (R.S.U.) en la provincia de Huelva, por plazo de un año. El 21 de enero de 1997 suscribió idéntico contrato para la provincia de Sevilla. El 17 de febrero de 1998 suscribió igual contrato con el objeto de asistencia técnica para el sellado y limpieza del vertedero de R.S.U. de Motril, por plazo de ocho meses.

El 1 de julio de 1998 suscribió contrato de consultoría y asistencia con la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía con el objeto de seguimiento y toma de datos en vertederos de R.S.U. clausurados y pendientes de clausurar en Andalucía, que estuvo vigente hasta el 30 de abril de 2001.

El 7 de mayo de 2001 suscribió igual contrato al anterior, con el objeto ya expresado y también aplicado a las infraestructuras de tratamiento, que estuvo vigente hasta el 7 de mayo de 2003.

El 23 de abril de 2003 suscribió igual contrato, con el objeto de estudio y seguimiento de vertederos de R.S.U. clausurados y pendientes de clausurar en Andalucía, que estuvo vigente hasta el 29 de marzo de 2005.

El 17 de mayo de 2005 suscribió igual contrato, que estuvo vigente hasta el 27 de febrero de 2007.

El 18 de diciembre de 2006 suscribió igualmente, con el objeto de aplicación de la normativa de Fondos Estructurales en la Ejecución de Infraestructuras de Residuos, que mantiene en vigencia.

Según consta en el relato de hechos probados, el actor interpuso reclamación previa el 27 de abril de 2010 y posteriormente presentó demanda contra la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (Tragsa).

También consta que mediante resolución de 2 de diciembre de 2010 del INSS, el actor ha sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta.

El Juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda. No conforme con la sentencia dictada, en la que se estima la demanda en reclamación de derecho formulada contra ella, recurre la Consejería demandada, en suplicación ante el TSJ Andalucía, cuya sentencia es objeto del presente comentario.

2. En su recurso, la Consejería invoca el art. 1.3 ET y los arts. 10, 41 y 277.4 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, entendiéndolo que los contratos de Consultoría y Asistencia son contratos excluidos del ET y autorizados por la citada Ley de Contratos del Sector Público, en cuyos preceptos citados, se amparan aquellos cuyo objeto sean las prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto a una obra o servicio, disponiendo expresamente que a la extinción de dichos contratos, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de

las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato, como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.

Pero el TSJ rechaza estos argumentos porque entiende que «el actor es contratado, según el relato de la sentencia, en lo que aquí nos ocupa, desde 1 de julio 1998, con la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, con contrato de consultoría y asistencia, con el objeto de seguimiento y toma de datos en vertederos de R.S.U., clausurados y pendientes de clausurar en Andalucía, hasta 30 de abril 2001, el siguiente para lo mismo, de 7 de mayo 2001 a 7 de mayo 2003, el siguiente de 23 de abril 2003 a 29 de marzo 2005, otro de 17 de mayo 2005 a 27 de febrero 2007 y el último de 18 de diciembre 2007, en vigor, prestando sus servicios en las dependencias de la Consejería y con sus medios, recibiendo las instrucciones de trabajo del funcionario responsable del departamento, sometido al mismo horario que el resto de funcionarios, solicitando a la Consejería los permisos para asuntos propios y sustituyendo a los funcionarios cuando faltaban y sustituyendo éstos al actor en sus ausencias...».

Por todo ello, la Sala, que puede examinar toda la prueba practicada a fin de decidir, fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae del poder dispositivo de las partes, cita las SSTs. 23 octubre 1.989 y 10 julio 1.990, y recuerda que «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su contenido obligacional independientemente de la calificación jurídica que les den las partes, pues la determinación de la naturaleza laboral o no de la relación no es algo que pueda en ningún caso, dejarse a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los elementos que legalmente configuran el tipo contractual. Así pues, debe prevalecer la auténtica naturaleza jurídica manifestada en los actos realizados en su ejecución, sobre cualquiera que sea la denominación que le atribuyan las partes».

Además, la Sala recuerda que esta cuestión ya ha sido resuelta con reiteración por el Tribunal Supremo, y cita las sentencias de Sala de lo Social, de 17 octubre 2006, (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3195/2005) y de 20 junio 2007, (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2394/2006). En aplicación de tal doctrina jurisprudencial, el contenido o el objeto del contrato administrativo en cuestión es un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en si misma independientemente del resultado final. Empleando las expresiones argumentales del Tribunal Supremo: «Naturalmente, ese producto no tiene que ser un objeto físico: puede ser un proyecto arquitectónico, un dictamen profesional, una conferencia, etc. 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 sus tareas habituales, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, pues para supuestos semejantes el legislador no ha autorizado el contrato de consultoría y asistencia y en consecuencia, el contrato celebrado por el actor 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». Procede por todo ello la Sala a la desestimación del recurso y a confirmar la resolución recurrida, condenando en costas a la consejería recurrente.

3. Son permanentes los comentarios incluidos en estas crónicas relativos a la celebración de contratos administrativos con personas físicas que finalmente resultan ser declarados relaciones laborales. Son particularmente frecuentes en el ámbito local y ya hemos tenido oportunidad de hacer extensas reseñas acerca de la evolución legislativa y de la jurisprudencial que la acompaña a lo largo de estos años sin que hasta el momento se haya podido percibir una minoración en la incidencia de estas contrataciones administrativas que luego resultan no serlo y conllevan toda una considerable extensión de perjuicios al consolidar a personas físicas como trabajadores indefinidos no fijos de una administración local o autonómica al margen de los principios que deben regir el acceso a estos puestos, como es sabido.

No obstante, procede destacar en este comentario, lo que tal vez resulte un punto de inflexión en esta cuestión, pues comienzan a verse ya supuestos litigiosos a los que resulta ya de aplicación la normativa contenido en la Ley de Contratos del Sector público. En cualquier caso, parece claro que cuando la Ley 30/2007, está exigiendo que las personas físicas o jurídicas que pretendan optar a ser adjudicatarias de un contrato administrativo acrediten «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».

Durante la vigencia de sus contratos con la Consejería de Medio Ambiente, el actor ha venido prestando sus servicios en las dependencias de esta y con los medios de la misma, servicios consistentes en la realización de informes y memorias sobre infraestructuras de puntos limpios y vertederos, recibiendo al efecto instrucciones precisas sobre lo que debía hacer del funcionario responsable del departamento, sometido al mismo horario que el resto de funcionarios (de 8 a 15 horas), solicitando de la Consejería permisos de asuntos propios y sustituyendo el trabajo de otros funcionarios cuando los mismos faltaban y sustituyendo estos a su vez al actor en sus ausencias.

A la luz de estos datos, la mayor concreción en el texto legal, junto a las políticas de buenas prácticas que no han tardado en aparecer para precisamente evitar la consolidación de situaciones como esta, pueden originar un receso en la incidencia de estas cuestiones. Estaremos atentos a la evolución.

STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 5944/2012) IL J 641/2013

1. La actora comenzó su prestación de servicios el 1 de enero de 2004 para la Junta de Andalucía. La Administración Autonómica remuneraba sus servicios y su personal dirigía el trabajo de la demandante. Además, la actora usaba para desarrollar su trabajo el material suministrado por la Junta.

No obstante, la actora no figuraba como personal de la Administración Autonómica sino que prestaba sus servicios para una asociación a la que la Junta abonaba sus servicios cada dos meses. Esta asociación recibía los salarios de tres trabajadores, entre los que se encontraba la actora, y les abonaba su trabajo una vez dividida la cantidad percibida por la asociación entre los trabajadores.

El 23 de mayo de 2011 la trabajadora reclamó la regularización de su situación al estimar que su prestación de servicios simulaba ser una contratación administrativa mediante la interposición de una asociación, pero era en realidad una relación laboral. El día 24 se produjo una visita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La Administración resolvió negativamente la petición de la actora el 20 de junio del mismo año.

La Administración decidió el 25 de mayo del 2011 no renovar el contrato que venía renovando anualmente con la Asociación que deba cobertura legal a la contratación de la trabajadora y de sus dos compañeros. Frente a dicha decisión la actora interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social por despido.

El Juzgado *a quo* estimó la demanda interpuesta por la trabajadora y declaró que la relación que vinculaba a las partes era de naturaleza laboral. En consecuencia, al considerar la relación laboral, el Juzgado debe entrar a conocer sobre el fondo del litigio planteado. Este declaró que el despido era nulo por vulnerar la garantía de indemnidad de la trabajadora, corolario del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24 CE. El Juzgado entendió que el despido se produjo después de la legítima reclamación por parte de la trabajadora de regularizar su situación. Frente a esa solicitud la empresa optó por despedir a la demandante, lo que finalmente produce la lesión de la garantía de indemnidad.

Frente a la decisión de la instancia se interpuso recurso en suplicación por parte de la Junta.

2. El recurso presentado por la empresa alega la incompetencia del orden jurisdicción laboral, la incongruencia omisiva de la sentencia y, finalmente, que la relación es de naturaleza administrativa y no laboral.

La Administración plantea que la jurisdicción competente para conocer del recurso de la trabajadora frente a la resolución que ponía fin a la contratación de la Asociación es la jurisdicción contencioso administrativa. La Sala recuerda que han quedado atrás las dudas que se planteaban a la vista de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. En la actualidad El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no permite la contratación administrativa de actividades de trabajo en sí mismas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido. Por tanto, aunque en apariencia nos encontremos ante un contrato administrado, en tanto en cuanto, la contratación es de una actividad de trabajo en sí misma considerada la competente para su enjuiciamiento es el orden social.

El segundo motivo en el que se funda el recurso presentado alega que la sentencia es incongruente al no tener en cuenta que la Consejería se opuso en aplicación de la Ley 30/2007, por el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Este argumento tampoco merece el acogimiento por parte de la Sala. El principio de congruencia exige una identidad entre el objeto del litigio planteado y el pronunciamiento del juzgador. Por tanto, no puede tacharse de incongruente la sentencia que resuelve sobre lo pedido, aunque de forma contraria a la recurrente, pues se el procedimiento debatía la naturaleza laboral o administrativa del vínculo y sobre si el cese es un despido, nulo o improcedente, y sobre todo ello se resuelve.

Inalterado el relato fáctico de la sentencia el Tribunal debe entrar a valorar el objeto del litigio: el carácter laboral o no de la relación que vinculaba a las partes y, en su caso, la calificación de la extinción.

El Tribunal debe partir de los hechos declarados probados en instancia: la Administración se reservaba la dirección de las actividades mediante instrucciones, órdenes e inspecciones periódicas; Para la ejecución de los trabajos se hacía uso de los medios materiales de la oficina de la Administración autonómica; Además, la actora debía actuar de forma coordinada al resto del personal de la Administración. Los anteriores indicios llevan al Tribunal a confirmar el carácter laboral de la prestación de servicios de la trabajadora. Nos encontramos, por tanto, ante una contratación en apariencia administrativa que encubre una relación laboral.

Siendo la naturaleza laboral esta debe ser calificada como indefinida, no solo por ser fraudulenta, sino porque las funciones desarrolladas por la trabajadora eran funciones permanentes, por lo que no cabe la extinción por término de la actividad.

Una vez aclarado el carácter laboral de la prestación de servicios queda al Tribunal valorar la calificación de la extinción producida. La Sala entiende que el despido debe ser declarado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

La Administración Autonómica alega que en el cese no hubo represalia alguna por la reclamación previa y por la visita de la Inspección de Trabajo, sino que se produjo por la expiración del término del contrato y por no reunir la asociación los requisitos para concursar. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia mantiene que se han acreditado indicios racionales de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de la indemnidad al ser despedida la trabajadora inmediatamente después de haber presentado reclamación para regularizar su situación y de la visita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El Tribunal concluye que el ejercicio legítimo del derecho del actor, reclamar ante la Inspección de Trabajo una situación fraudulenta, fue la causa que ha provocado que no se le vuelva a renovar el contrato.

No habiéndose aportado por la Administración ninguna prueba que desvirtúe dicha presunción, pues la expiración formal del plazo del contrato, alegada por el recurrente, no es causa real del cese que lo justifique razonablemente. Al respecto, debe señalarse que desde el año 2004 se le ha venido renovando los contratos y ello por cuanto su prestación de servicios correspondía a una actividad permanente, habitual y necesaria para la Administración, tan es así, que se sigue prestando en la actualidad. Además, tampoco el argumento de la supuesta falta de requisitos de la asociación, puede ser acogido por el Tribunal, pues no se aportó ninguna prueba en tal sentido, ni declarado por tanto en los hechos probados de la Sentencia, más cuando de modo contradictorio se arguye en el recurso que la finalización del contrato se produce verbalmente.

La decisión de su cese, con la consiguiente falta de renovación del contrato, se produce justo después de haber reclamado, con tal secuencia cronológica que solo cabe inducir que la causa del cese fue una represalia por la denuncia realizada.

3. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía acertadamente declara el carácter laboral de una prestación de servicios que fraudulentamente se había configurado simulando una apariencia administrativa.

La irregularidad de la Administración es todavía mayor teniendo en cuenta que se simuló una contratación administrativa para encubrir una actividad ordinaria y habitual de la Administración que debería haberse prestado en régimen laboral.

La gravedad de las irregularidades cometidas en el caso objeto del litigio se extiende incluso al momento de la extinción. La Administración procedió a la extinción del contrato para sancionar a la trabajadora por exigir la regularización de su contratación. Petición absolutamente legítima que en ningún caso debería haber supuesto una sanción para la trabajadora.

C) Autónomos

STSJ Cataluña, de 24 de enero de 2013 (Recurso de Suplicación núm.: 642/2012) IL J 417/2013

1. En esta ocasión la sentencia de instancia recurrida en suplicación desestimaba la petición del demandante sobre reclamación de la indemnización derivada de la resolución del contrato de servicios de transporte por voluntad del cliente sin causa justificada, al estimar, por el contrario, la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada por la demandada. Del mismo modo, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña desestima el recurso de suplicación con base en los siguientes hechos probados: a.–el contrato que vincula al actor con la empresa demandada está suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2007 (LETA, en adelante); b.–mediante este contrato, el demandante ha prestado servicios de reparto en Barcelona para la empresa demandada.

2. La cuestión que se plantea consiste en determinar la competencia del orden jurisdiccional social para resolver las cuestiones surgidas de la ejecución de los contratos TRADE cuando el contrato se celebró antes de la vigencia de la LETA. Ante una materia tan delimitada, al tribunal no le queda más que aplicar la doctrina unificada del TS en este punto (Véase por todas las SSTs 17 de enero de 2012 y 4 y 19 de abril del mismo año). Esta doctrina se refiere a la aplicación de la DA 11ª LETA a los supuestos de personas que prestan sus servicios de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que son titulares e, igualmente, recuerda que las disposiciones transitorias 2ª y 3ª de la misma norma se refieren a la adaptación a los preceptos de la LETA de los contratos vigentes de las personas que tendrían, conforme a la propia nueva regulación, la consideración de autónomos económicamente dependientes.

Conforme a esta doctrina, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña indica que de este conjunto de normas se desprende que no se está calificando automáticamente como contratos TRADE los contratos civiles o mercantiles que estos trabajadores tuvieran suscritos con anterioridad a la LETA. Por el contrario, lo que estas normas señalan es que los contratos en cuestión tendrán que ser adaptados a la nueva ordenación en el plazo previsto legal y reglamentariamente. Así, para los contratos suscritos desde la entrada en vigor de la LETA será de aplicación el régimen previsto en la misma, pero los firmados con anterioridad quedan sujetos al régimen anterior, salvo que se adapten a la nueva regulación.

3. Una evidente dificultad para entrar a considerar o valorar la resolución objeto de comentario es la insuficiencia de hechos probados, que no se debe más que a la falta de pericia de la parte demandante y de su representación letrada. De ahí que, en segunda instancia, esta parte intente introducir datos verdaderamente relevantes para la resolución de la cuestión; datos que, por otra parte, no son incorporados por el TSJ de Cataluña pues

entran en contradicción con los hechos narrados por el Magistrado de primera instancia. Ante esta dificultad, no queda más que confirmar la conclusión de la resolución estudiada, en la medida en que sólo le resta aplicar la doctrina que en el TS se ha venido consolidando a lo largo de los últimos dos años.

STSJ de Castilla la Mancha de 24 de enero de 2013 (Recurso de Suplicación núm. 1286/2012) IL J 418/2013

1. En el año 2001 la Radio Televisión de Castilla-La Mancha y el actor suscribieron un contrato de duración determinada, por obra y servicio, cuyo objeto era la realización de un programa radiofónico. Una vez extinguido dicho contrato, el 1 de enero de 2002, las partes pasaron a suscribir un contrato civil de prestación de servicios.

El nuevo contrato de naturaleza civil celebrado entre las partes tenía una duración anual, pero podía ser renovado siempre que las partes así lo acordaran.

La actividad del actor consistía en llevar a cabo crónicas y reportajes deportivos para la radio y televisión autonómica sobre eventos que tuvieran lugar en Talavera de la Reina o tuvieran relación con equipos locales.

El actor realizaba sus crónicas sin sujeción a horarios, no disponía de mesa, ni lugar de trabajo, ni ordenador personal en el centro de trabajo. Usaba su propio vehículo para desplazarse y usaba su teléfono móvil particular para comunicar su crónica. No consta que percibiera dietas, ni gastos por desplazamientos. No obstante, es cierto que el actor también usaba un teléfono móvil de la empresa para retransmitir sus crónicas, se desplazaba en el coche de la productora y podía pedir permiso para usar los medios de la redacción para realizar su actividad.

El actor realizaba reportajes y crónicas según su criterio profesional, sin recibir ningún tipo de instrucción por parte de la empresa. Aunque solicitaba la autorización del coordinador de deportes para reportajes que no fueran de estricta actualidad.

En las condiciones referidas de la prestación de servicios, el contrato civil suscrito entre las partes se ha venido renovando anualmente.

El 2 de diciembre del año 2011 la empresa comunicó al actor la finalización de la relación que los había unido hasta entonces al no tener intención de renovar el contrato tal y como había venido haciendo hasta entonces.

El actor recurre dicha decisión al entender que la relación civil ha encubierto una relación laboral, subsidiariamente solicita se reconozca su carácter de trabajador económicamente dependiente.

2. El Juzgado de lo Social rechazó la demanda presentada y estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción presentada por la empresa demandada. Además, entiende que el demandante no era un Trabajador Económicamente Dependiente al no existir un contrato que reconociera tal condición.

Ante el pronunciamiento en instancia, el trabajador presentó recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia al entender que el juez *a quo* apreció erróneamente la excepción de jurisdicción.

Los contratos, como reconoce el propio Tribunal, merecen la calificación que se derive de las condiciones en las que se desarrolle la actividad profesional entre las partes y no del *nomen iuris* que hayan usado. Habrá, por tanto, relación laboral si la prestación de servicios se realiza en régimen de ajenidad y dependencia con independencia del nombre acordado por las partes.

En consecuencia el Tribunal debe valorar las condiciones en las que se prestaba la relación de servicios del actor. El Tribunal tiene en cuenta las siguientes circunstancias: la existencia de un contrato civil suscrito entre las partes, de 10 años de pacífica duración; una relación profesional en la que no ha quedado constatado que el actor recibiera instrucciones en el desarrollo de su trabajo de forma habitual; que el actor asumiera los gastos que le generaba su actividad sin que estos fueran reembolsados y que no usara los medios de la demandada de forma permanente; La ausencia de horario y de sueldo fijo, sino que percibía unos ingresos en función del número de piezas y reportajes elaborados; y, finalmente, que no haya quedado probado que el actor percibiera una retribución durante los periodos de vacaciones.

A la vista de los indicios anteriores, el Tribunal llega a la convicción de que el actor no estaba integrado dentro del círculo rector y disciplinario de la entidad demandada. Por tanto, confirma la sentencia recurrida y rechaza que entre las partes exista una relación laboral en régimen de ajenidad y dependencia.

3. La sentencia que nos ocupa se encarga de enjuiciar las siempre problemáticas zonas grises del Derecho del Trabajo. Debemos valorar si un periodista contratado por una empresa para la realización de crónicas deportivas es o no un trabajador de la mercantil.

No podemos compartir el fallo de la sentencia al no estimar la relación laboral que unía a las partes y ello en base a varias reflexiones que pueden extraerse del relato de hechos declarados probados por la sentencia.

En primer lugar, obviamente el requisito de ajenidad no se encuentra en la prestación de servicios que unía a las partes en un grado tan elevado como para no hacer discutible su identificación. Es cierto que el trabajador ha usado sus propios medios en muchas ocasiones en la prestación de sus servicios, también lo es que en otras ocasiones ha usado los medios propios de la empresa. No habiendo quedado acreditado en el relato fáctico en qué proporción. Además, el uso de determinados medios materiales propios, por su escasa cuantía, podría ser calificado como normal. Usar el teléfono móvil u el ordenador personal, dada la posesión generalizada de ambos bienes, para asuntos profesionales no debería ser motivo de exclusión del carácter laboral.

Más dudas podría plantear el desplazamiento del trabajador. No obstante, también en este aspecto cabe argumentar en sentido contrario al ejercido por el Tribunal. Téngase en cuenta que muchos trabajadores no tienen ningún tipo de complemento por trasportes y que el artículo 40 ET solo regula el desplazamiento o traslado cuando este implica un cambio de residencia temporal o definitiva. Quedando dentro del *ius variandi* la movilidad que no requiera ese cambio y no obligando ningún precepto legal a compensar económicamente dichos cambios de centro de trabajo.

En consecuencia, las objeciones planteadas deberían haber llevado al Tribunal a declarar la concurrencia del requisito de ajenidad en aplicación de la presunción del artículo 8 ET.

En segundo lugar, respecto del requisito de dependencia cabe señalar que el trabajador no decidía los trabajos que debía llevar a cabo, dependía de las directrices marcadas por la empresa. Es cierto que en su labor ordinaria sí gozaba de un alto grado de independencia, pero cuando el reportaje no era de actualidad era la empresa la que autorizaba o no su realización. La dependencia viene marcada, precisamente, por esa circunstancia.

En múltiples ocasiones el Tribunal Supremo ha señalado que los requisitos de dependencia y ajenidad en las relaciones laborales modernas se hayan sumamente flexibilizados. Incluso ha llegado a señalar que el requisito de «dependencia puede estar atenuado e incluso desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica» [STS 11 de diciembre de 1982]. La afirmación del Tribunal Supremo se produce en un litigio que discutía la laboralidad de un profesional médico. No obstante, aunque no coincida exactamente la profesión que se enjuicia en el presente litigio, debería ser valorada la dependencia en el mismo sentido pues la profesión de periodista requiere de una gran independencia, máxime en el presente caso pues el periodista trabajaba para una radio-televisión pública. En consecuencia, el Tribunal debería haber determinado que en el presente caso el periodista desarrollaba su actividad dentro del círculo organizativo y rector de la empresa.

Por tanto, una vez constatada la presencia de una prestación dependiente y por cuenta ajena, en mayor o menor grado, la presunción del artículo 8 ET obligaría al Tribunal a reconocer la laboralidad de la prestación de servicios.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (dir.)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (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 necesarios para apreciar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales (ficticio).**
 3. CONTRATAS.
 - A) **Diferencias con la cesión ilegal;**
 - B) **Sucesión de contratas y sucesión de empresa.**
 4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
 - A) **Exclusión del ámbito de aplicación del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la relación laboral entre una ETT y el trabajador cedido.**
 5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
 - B) **Efectos de la cesión: Responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria por las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido; ejercicio de la opción.**
 - C) **Efectos de la cesión: supuestos de Administraciones Públicas.**
 6. SUCESIÓN DE EMPRESA.
 - A) **Elementos del supuesto de hecho.**
 - B) **Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa.**
 - C) **Efectos de la sucesión: condiciones laborales tras la subrogación.**
 - D) **Efectos de la sucesión: responsabilidad solidaria de cedente y cesionario.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 4 a 6 de 2013 de la Revista de 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 (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales (ficticio)

La legislación laboral tradicionalmente ha prestado escasa atención al fenómeno de los grupos de empresas, probablemente de forma deliberada, en la medida en que pretende que el referente como empleador de la relación laboral lo sea con carácter general la empresa filial en los casos de los grupos de sociedades mercantiles y, derivado de ello, que las responsabilidades laborales se dirijan a la empresa filial. Si bien en los últimos años se aprecia un proceso de incorporación de diversas reglas en el ordenamiento laboral relativas a los grupos de empresas, en aspectos institucionales muy variados, no obstante, presentan un carácter inconexo y, sobre todo, sin proceder a establecer un concepto de alcance general del grupo de empresas desde la perspectiva de las relaciones laborales. La aparición de tales reglas obliga a diferenciar en esencia la presencia de dos tipos de grupos de sociedades mercantiles desde la perspectiva laboral: los grupos de empresas reales y los grupos de empresas ficticios. Los primeros comportan la presencia de una variedad de empresas auténticas, autónomas y reales (especialmente desde la perspectiva laboral), cuya titularidad corresponde a cada una de las sociedades mercantiles que integran el grupo, asumiendo cada una de ella con carácter independiente la condición de empleador de sus propios trabajadores y siendo a éstas a las que se les aplican las reglas vigentes en la normativa laboral estatal que se refieren a los grupos de empresas. Los segundos comportan la presencia de una sola empresa, que manifiesta un comportamiento fraudulento, elusivo de responsabilidades laborales, por cuanto que pretenden simular una pluralidad de empresas desde la perspectiva laboral que no es tal, lo que, en aplicación de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, desemboca en la necesidad de imputar la condición de empleador al grupo en su conjunto y extender igualmente las responsabilidades laborales al conjunto del grupo. Surge así la figura, de creación jurisprudencial y no contemplada expresamente por la legislación laboral, del denominado por nuestra jurisprudencia «grupo de empresa a efectos laborales» o patológico, que no

es sino un grupo de empresas ficticio. Desde esta perspectiva existe ya una abundante y consolidada jurisprudencia acerca de los requisitos y elementos necesarios para concluir en la existencia de tal grupo de empresas ficticio, a los que se refieren la **STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2013, IL J 521/2013** y la **STSJ de Madrid 6 de febrero de 2013, IL J 548/2013**. El primero de los pronunciamientos citados recordará que

«el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial» y que «esa misma jurisprudencia viene sosteniendo desde hace años que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad solidaria que aquí se plantea... , ya que ese dato, aunque puede ser determinante de la existencia del Grupo empresarial, no lo es de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas, habida cuenta «que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil»... Así, para lograr tal efecto, «hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia... ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.–Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo... 2.–Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo... 3.–Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales... 4.–Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección... En consecuencia, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, «la mera presencia de administradores o accionistas comunes... o de una dirección comercial común... , o de sociedades participadas entre sí... no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales»... Todo ello exige, en suma, que quede plenamente acreditado que los trabajadores, aunque formalmente pertenecientes a una de las empresas del grupo, eran en realidad trabajadores del grupo de empresas –no se exige que exista un único dominus negotii o mandante, ya que puede existir una pluralidad de ellos–, resultando ser la empresa agrupada una mera ficción jurídica, que se interpone entre la dirección o las distintas empresas del grupo y los trabajadores; es decir, al efecto de determinar la existencia de responsabilidad solidaria laboral entre todas las empresas del grupo es necesario que quede plenamente acreditado que existía una única unidad productiva, para lo que cabrá utilizar alguno de los indicios antes señalados». La aplicación de tal doctrina al supuesto enjuiciado llevará a la Sala a rechazar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales entre las sociedades Xilon Solutions S.L. y Web93 Bcn S.L. pues «no ha quedado acreditada, en primer lugar, la existencia de una unidad de plantilla (esto es, adscripción formal a una única empresa, pero con prestación de servicios –simultánea o sucesiva– de manera indiferenciada a favor de dos o más empresas del grupo), puesto que el actor, solo ha prestado servicios en Xilon. En segundo término, tampoco existe unidad de dirección, ya que, [aunque] los Administradores son diferentes. Y, en tercer y último lugar, no se puede afirmar que ambas empresas presenten unidad de caja o confusión de patrimonios, por el solo hecho del pago de una factura de 1000 € en un puntual momento o de la suscripción de un contrato para descarga de imágenes y que lo comparten ambas sociedades,...».

Con similar batería argumental la **STSJ de Madrid 6 de febrero de 2013, IL J 548/2013** llegará a conclusión diversa y, confirmando la sentencia de instancia, apreciará la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales en el caso examinado, por lo que condenará conjunta y solidariamente a las diversas empresas que lo conforman (Aula

Abierta S.A., El Amparo Producciones Artísticas S.L., Nuevo Objetivo S.L. y Promociones Ruidal S.L.) a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido llevado a cabo por una de ellas. Se razona así que «existe una confusión de caja entendida como una íntima conexión de las contabilidades de las empresas del grupo sin que conste la existencia de auténticos negocios mercantiles tras las operaciones que se contabilizan. Se señala que de las cuentas de las empresas se aprecia claramente que las propias codemandadas reconocen la existencia de un grupo en cuanto a las cuentas relativas al año 2011 (aun con la falta de credibilidad de las mismas al no haber sido sometidas a una parcial y no constar presentadas en el Registro Mercantil); en el apartado de la cuenta de pérdidas y ganancias relativas a beneficios de explotación figuran dos apartados en los que se señala « *intereses de deudas a largo plazo empresas del grupo* « y « *descuentos sobre ventas por pronto pago empresas del grupo* «. Consta que la empresa Aula Abierta ha efectuado préstamos a empresas del grupo como a Promociones Ruidal SL, Nuevo Objetivo SL, siendo el contable de todas las codemandadas la misma persona, si bien se encontraba dado de alta únicamente en Aula Abierta SA... La única empresa que tiene una actividad cierta es Aula Abierta SA. El Amparo Producciones Artísticas SL carece de empleados para llevar a cabo su objeto social... y lo que efectúa son tareas de mantenimiento (cambios de bombillas, por ejemplo) y de albañilería (cambios de muros), actividades que no son preparatorias de su objeto social, sino parte de las necesidades materiales para el desarrollo de la actividad de enseñanza que se realiza por la única empresa del grupo que genere un ingreso independiente de las demás empresas del grupo y que es Aula Abierta SA».

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

B) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Exclusión del ámbito de aplicación del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la relación laboral entre una ETT y el trabajador cedido

Las relaciones entre los ámbitos aplicativos del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999 y de la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal son objeto de examen

en la **STJUE de 11 de abril de 2013, IL J 341/2013**, recaída como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal italiano de Nápoles. La primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, y la única finalmente resuelta dado el tenor de la respuesta ofrecida a esta cuestión inicial, es la de dilucidar si la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco a ella anexo deben interpretarse en el sentido de que se aplican a la relación laboral de duración determinada entre un trabajador cedido y una empresa de trabajo temporal o a la relación laboral de duración determinada entre dicho trabajador y una empresa usuaria. Los argumentos que llevarán al Tribunal Comunitario a concluir que «La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, concluido el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de esa Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a la relación laboral de duración determinada entre un trabajador cedido y una empresa de trabajo temporal ni a la relación laboral de duración determinada entre dicho trabajador y una empresa usuaria», pueden sintetizarse de la siguiente forma: –la cláusula 2.1 del Acuerdo marco define su ámbito de aplicación con amplitud si bien dicho ámbito no es ilimitado, permitiéndose a los Estados miembros un margen de apreciación sobre la aplicación del Acuerdo marco a algunas categorías de contratos o de relaciones laborales.; –el preámbulo del Acuerdo marco, en su párrafo cuarto, señala que el mismo no se aplica a los trabajadores con un contrato de duración determinada puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal, siendo la intención de las partes del Acuerdo marco concluir uno similar para tales agencias; –la expuesta exclusión se refiere al trabajador cedido temporalmente como tal y no a una u otra de sus relaciones laborales, de modo que tanto su relación laboral con la empresa de trabajo temporal como la relación con la empresa usuaria quedan fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo marco: –si bien es cierto que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la exposición de motivos de un acto de la Unión carece de valor jurídico vinculante, en este caso la exclusión enunciado en el preámbulo del Acuerdo marco se recoge también en su cláusula 3.1, según la cual sólo la relación laboral concertada «directamente» con el empresario se rige por el Acuerdo marco; –la puesta a disposición de trabajadores temporalmente es una figura compleja, que implica una doble relación laboral y sobre cuyos aspectos específicos nada indica el Acuerdo marco, a diferencia de otras Directivas comunitarias que expresamente contemplan su aplicación a las empresas de trabajo temporal, como la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios o la Directiva 91/383/CEE, del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal; –lo declarado por el Tribunal de Justicia en el auto Briot, del que el tribunal remitente parece deducir que la relación laboral entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador cedido está sujeta al Acuerdo marco, ya que la Directiva 2008/104 sólo afecta a la relación laboral establecida entre ese trabajador y la empresa usuaria, no es contrario a la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia en este caso pues en el citado auto lo único que se indicaba es que la solución acordada de inaplicación de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de

los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad a la falta de renovación de un contrato de duración determinada que se extinguió en fecha anterior a la de la transmisión de la actividad a la que el trabajador puesto a disposición se hallaba destinado, no prejuzgaba la protección de la que, en su caso, podría beneficiarse un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal frente al uso abusivo de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos en virtud de otras disposiciones del Derecho de la Unión, en particular de la Directiva 1999/70, ni de la interpretación que de éstas hiciera el Tribunal de Justicia.

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

Ya hemos mencionado en otras ocasiones que la consagración legal de algunos de los criterios jurisprudenciales utilizados para delimitar y diferenciar entre los lícitos fenómenos de la descentralización productiva y la prohibida cesión de mano de obra, más allá de reportar ciertas dosis de seguridad jurídica, no servirían para disminuir la litigiosidad existente en torno a esta cuestión. Y ello porque en este tema lo más importante es la proyección al caso concreto de la doctrina teórica existente sobre la presencia o ausencia de la figura prohibida; es necesario atender «a las circunstancias concretas del caso, sin que la solución aplicada a un supuesto sea extrapolable a situaciones de hecho dispares» (**STSJ de Asturias de 11 de enero de 2013, IL J 431/2013**) a la hora de dictaminar acerca de la existencia o no de cesión ilegal. A partir de tales premisas, la indagación en los presupuestos fácticos se centrará en determinar si la empresa empleadora es real, cuenta con infraestructura y medios propios y, si aun siéndolo, en el caso concreto ha ejercido los poderes de dirección y control de la actividad laboral inherentes tal condición.

En aplicación de tales presupuestos metodológicos, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2013, IL J 396/2013** desestimará el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y, confirmando la resolución de instancia, declarará que en el caso examinado no se ha producido cesión ilegal de trabajadores. La particularidad del supuesto radica en la presencia de diversas Administraciones Públicas implicadas en el teórico fenómeno interpositorio instrumentado a través de contratas de servicios municipales. La trabajadora, contratada por el Ayuntamiento de Uceda como animadora sociocultural a través de diversos contratos para obra o servicio determinado (posteriormente transformados en relación indefinida) vinculados a una subvención de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. A su vez, la citada Consejería había suscrito sucesivos convenios de colaboración con el Ayuntamiento de Uceda para el desarrollo de proyectos de ejecución supramunicipal para prestaciones básicas de servicios sociales. En los mencionados convenios se indica que el proyecto de ejecución de las prestaciones básicas de servicios sociales es de carácter supramunicipal y afecta a los municipios que se adhieren al convenio, siendo el Ayuntamiento firmante del convenio el gestor de las prestaciones y el encargado de la contratación del personal laboral necesario al efecto. Tras un repaso a la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de cesión ilegal y a las diversas normas autonómicas relati-

vas al marco competencia de la asistencia social y servicios sociales y a los procedimientos para su puesta en práctica, la Sala rechazará la presencia del fenómeno interpositorio en el supuesto enjuiciado, básicamente argumentando acerca del sujeto que ocupa la posición de empresario. Se razona que, si bien entre las estipulaciones de los convenios de colaboración suscritos entre el citado Ayuntamiento y la Consejería figura una que indica que *«A la terminación de los contratos laborales que el Ayuntamiento suscriba en ejecución del presente convenio, la responsabilidad que pueda surgir será compartida por todos los Ayuntamientos de la agrupación de municipios»*, *«ello no constituye óbice para que sea el Ayuntamiento demandado el que asume la gestión y ejecución del servicio prestado por la demandante por mandato de las disposiciones legales y reglamentarias antes mencionadas, y quien suscribe el contrato de trabajo con el demandante y debe prestar los medios necesarios para el desempeño de la actividad, tal como se detalla en la estipulación tercera del convenio. Por otra parte, la actividad prestada por la demandante se ha realizado en todo momento bajo las directrices e instrucciones impartidas por el Ayuntamiento contratante, aún cuando dicha actividad, conforme se regula en los sucesivos convenios, se efectuara en los diversos municipios que conforman el Área 1904, por tratarse de de una actividad supramunicipal... , sin perjuicio de que la Jefe de Servicios de Acción Social mantuviera reuniones periódicas para el análisis y seguimiento de las actividades en cuestión»*. De lo expuesto, concluye el pronunciamiento en examen *«cabe concluir que la demandante fue contratada por el Ayuntamiento demandado para realizar una actividad propia de su competencia y la ha efectuado en todo caso bajo la dirección del mismo, por lo que no se ha producido la cesión ilegal de trabajadores que se denuncia, debiendo desestimarse el recurso formulado y confirmarse la sentencia de instancia»*.

A la misma conclusión de la inexistencia de cesión ilegal llegará la **STSJ de Asturias de 11 de enero de 2013, IL J 431/2013**. La sentencia de instancia había desestimado íntegramente la pretensión en materia de cesión ilegal y había estimado parcialmente la pretensión principal de la demanda en materia de despido, declarando el despido nulo y condenando en exclusiva a la empresa Enfoque Visual SLL y absolviendo a la empresa codemandada Televisión del Principado de Asturias (TPA). La sentencia de suplicación desestimaré el recurso interpuesto por el trabajador y confirmará la resolución impugnada. En su recurso, el trabajador pretendía que se declarase que fue objeto de cesión ilegal por parte de empresa Enfoque Visual SLL a favor de Televisión del Principado de Asturias y se condenara a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y a Televisión del Principado de Asturias a reconocer al demandante la condición de trabajador indefinido con derecho a percibir su retribución salarial de acuerdo con el Convenio Colectivo de Televisión del Principado de Asturias.

Interesa destacar el presupuesto de partida de la Sala a la hora de enjuiciar acerca de la existencia o no de cesión ilegal y que no es otro que el atender, como ya hemos indicado en muchas ocasiones y ahora también, *«a las circunstancias concretas del caso, sin que la solución aplicada a un supuesto sea extrapolable a situaciones de hecho dispares»*; y es relevante resaltarlo pues que en el supuesto analizado se alega por el recurrente que la Sala ya había dictado sentencia declarando la existencia de cesión ilegal en otro caso similar respecto de dos trabajadores de la codemandada Enfoque Visual SLL con respecto a la otra empresa codemandada Televisión del Principado de Asturias. Así, tras descartar que lo resuelto por la sala en la sentencia precedente invocada por el recurrente sirva

por sí mismo para considerar erróneo el pronunciamiento de instancia que no estimó la existencia de la cesión ilegal, «pues no puede considerarse que contemple situaciones y circunstancias idénticas a tener en cuenta», y reiterar las consideraciones contenidas en diversas sentencias del Tribunal Supremo (a saber, que «nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva»; que «en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir –con el lógico control– el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación sea inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores»; que «pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición», que «la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante –a efectos de la cesión– consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa»; o que «la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, de manera que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios») la sentencia en examen concluirá que en el caso enjuiciado no cabe apreciar la existencia de cesión ilegal pues «la empresa empleadora del actor, Enfoque Visual SLL, es una empresa real que cuenta con infraestructura y medios propios de los que hacía uso el actor (centro de trabajo, vehículo, teléfono, etc.), y que ejercía en relación con el mismo su poder empresarial de dirección, pues el actor solicitaba a Enfoque Visual las vacaciones y permisos, limitándose a informar de ellos posteriormente a la TPA, que en caso de ausencia del actor el mismo era sustituido por el socio trabajador y administrador de Enfoque Visual que es también el corresponsal en Avilés y que además era a quien en la TPA se le tenía como persona de referencia de Enfoque Visual y con la se trataban las incidencias, que no consta subordinación o dependencia del actor respecto de la TPA a la que el actor remitía desde su correo particular las previsiones de las noticias de interés y las noticias recogidas, más que las ordenes que le eran transmitidas por teléfono, para indicarle el lugar al que debía acudir acompañado del cámara y el tipo de cobertura a prestar o la línea editorial de la noticia, y sin que haya constancia de que el demandante hiciera uso para el desempeño de su cometido del material propio de la TPA pues únicamente consta tenía acceso al DALET de forma limitada para visualizar los contenidos de la escaleta pero sin poder en ningún caso incorporar contenidos o modificarlos, no existiendo realmente elementos de juicio que acrediten la imputación de cesión ilegal realizada por el recurrente».

Tampoco apreciará la existencia del fenómeno interpositorio en el caso enjuiciado la **STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2013, IL J 549/2013**. En esta ocasión, la Sala había

de determinar, amén de otras cuestiones no directamente ligadas a nuestra materia de análisis, si se había producido una cesión ilegal de trabajadores entre las empresas Waiburt, S.A., Esri España, S.A. y la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. La trabajadora, contratada inicialmente por la empresa Waiburt S.A. y, con posterioridad, por la empresa Esri España, S.A., había prestado sus servicios en los centros de trabajo de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, en virtud del contrato de servicios que esta Administración tenía suscrito con la última de las empresas mencionadas. La trabajadora demandante sostiene que las empresas referidas se habían limitado a proporcionar mano de obra a la Comunidad de Madrid, que había sido el verdadero empresario. La Sala de suplicación, confirmando la sentencia de instancia, entenderá que tal cesión ilegal de mano de obra no había acontecido en el supuesto enjuiciado, haciendo descansar el peso de su argumentación, como ya apuntábamos, en el dato del ejercicio real de las funciones inherentes a la condición de empresario. Así, tras un análisis de la jurisprudencia ya muy consolidada acerca de los criterios a tener en cuenta para delimitar entre la lícita contrata y la cesión prohibida y una referencia a la finalidad perseguida por el art. 43 ET («que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden») y a los negocios jurídicos coordinados que configuran la situación triangular contemplada en el mencionado precepto («1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal»), la Sala concluirá que «En el supuesto que aquí examinamos es cierto que la actora realizaba el mismo horario que el personal laboral y los funcionarios de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, prestaba servicios en sus dependencias y que, así mismo, ha acudido a cursos impartidos por la Consejería de Sanidad a los que iba a informar sobre el instrumento GIS, pero esas circunstancias por sí solas no son suficientes para considerar que ha existido una cesión ilegal, no siendo cierto que la empresa codemandada Esri España SA no aportara ningún medio para la prestación del servicio, de hecho, en el ordinal séptimo del relato fáctico se recoge que la Administración contrató la referida empresa una aplicación informática –denominada GIS–, cuyo mantenimiento, aplicación y control realizaba, siendo la actora la responsable de introducir los datos en los ordenadores– estos sí que son de la Comunidad– y resolver las incidencias de la técnica GIS y aplicar los datos, por ser experta en mapas y cartografía y añade también que en la empresa contratista están «...delimitados los responsables del proyecto Fabio y Higinio responsable de atención al cliente; también supervisor y director técnico don Maximo..., no siendo tampoco relevante que comunicara previamente sus ausencias a la Comunidad de Madrid, pues no consta que fuera ésta quien autorizara las mismas como tampoco que la actora solicitara a la Administración sus vacaciones, por todo lo cual no puede concluirse que la Comunidad de Madrid ejerciera el poder de dirección que incumbe a la contratista y no puede apreciarse que exista una cesión ilícita». En lo que concierne a la empresa Waiburt, S.A. la Sala señalará que no procedía examinar si existió una cesión ilegal cuando tal empresa era la contratista pues, aunque hubiera existido, habría finalizado mucho antes de que se ejerciera la acción por despido, no estando viva en el momento en que se produce el cese de la trabajadora, al haber prestado servicios con posterioridad para la empresa Esri, S.A.

La STSJ de Andalucía de 17 de enero de 2013, IL J 427/2013, por el contrario, declarará la existencia de cesión ilegal en el caso enjuiciado. El supuesto de hecho se resume en los siguientes términos: el trabajador prestaba servicios con un contrato para obra o servicio determinado para Global Sales Solutions Line SL (GSS) como promotor de productos financieros de Bankinter, en el marco del contrato mercantil suscrito entre esta empresa y GSS. Una vez comunicada por Bankinter a GSS la finalización del servicio contratado, esta última dio por extinguido el contrato de trabajo por terminación del servicio contratado. Interpuesta demanda por despido por el trabajador, la sentencia de instancia la estima y declara improcedente el despido y la existencia de cesión ilegal, condenando a las dos empresas codemandadas (Bankinter SA y GSS) solidariamente a abonarle al trabajador los salarios de tramitación y la indemnización correspondiente, salvo que el trabajador optara porque Bankinter SA le readmitiera, entendiéndose que si no realizaba la opción en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia optaba por la readmisión. Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación Bankinter SA alegando, entre otros motivos, vulneración de lo previsto en el artículo 43 ET y de la doctrina jurisprudencia y judicial que lo interpreta y de lo previsto en el art. 56.1 ET en relación con el art. 43 ET. Dejamos para el apartado correspondiente las consideraciones de la sentencia en examen acerca de este segundo motivo (véase apartado 5.B) y nos centramos ahora en el relativo a la pretendida inexistencia de cesión ilegal. A tales efectos, la Sala, tras indicar que en materia de cesión ilegal lo que se busca es «que coincidan la relación laboral real con la forma y que el empresario efectivo asuma sus obligaciones», señala que para distinguir entre la contrata y la cesión de ha de acudir a las siguiente pautas: «1ª Se está, en principio, en presencia de una subcontratación de la propia actividad, cuando la subcontratista cuenta con patrimonio específico, ..., sin que, en consecuencia, se trate de una mera ficción y/o apariencia... No obstante, ha de mantener la organización, el control y la dirección de la actividad, con asunción del riesgo correspondiente a su condición de empleador, y, en todo caso, a los trabajadores en su plantilla; 2ª Cuando la empresa contratista tenga existencia propia y cuente con organización e infraestructura deben tenerse en cuenta otras notas diferenciales, a su vez no excluyentes, sino complementarias... La cesión ilícita se produce cuando no existen cuadros intermedios ni organigramas adecuados, aunque sean necesarios para el trabajo a realizar...; o por el contrario se comparten los mismos mandos y tareas...; o se dan órdenes por la empresa principal a los trabajadores afectados; o se controla por ésta la prestación de trabajo...». Resta, pues, proyectar sobre el caso de autos tales parámetros, lo que la Sala realiza indicando que si bien la empresa formalmente empleadora del trabajador (GSS) es una empresa real, con actividad y organización propia y estable, en el supuesto en concreto los servicios prestados por el trabajador (las tareas de promoción de los productos financieros de Bankinter) son totalmente ajenos a la actividad productiva de la empresa que lo contrata (cuyo objeto social es la actividad de telemarketing, la prestación de servicios administrativos con especial atención a la conserjería y atención al público, la toma, gestión y tratamiento de datos, facturación y servicios estadísticos, lectura de contadores, organización de exposiciones, ferias y congresos y la teleasistencia domiciliaria), por lo que «la empresa GSS difícilmente podía dirigir y organizar una actividad que no le es propia y que desconoce, habiendo ejercido en todo momento Bankinter SA la dirección y organización del trabajo del actor, en el centro de trabajo sito en el Colegio Oficial de Aparejadores de Sevilla, sin que aquella (GSS) haya puesto en juego los elementos personales y materiales que con-

figuran su estructura empresarial, sino que se ha limitado a suministrar mano de obra al Banco, y a confeccionar y abonar las nóminas del actor, previa confirmación por el Banco de las captaciones de clientes realizadas por él, llegando incluso en una ocasión la persona que figuraba en GSS como su superiora jerárquica (Sra. Raimunda), a preguntar al Sr. Leovigildo [Director de Banca Virtual de Andalucía de Bankinter al que el trabajador consultaba las incidencias de su trabajo y solicitaba instrucciones y quien le comunicaba las nuevas condiciones de los productos del Banco, autorizándole a conceder condiciones particulares a determinados clientes y le ordenaba comunicar con determinadas empresas y clientes] sobre la conveniencia de mantener al actor en su puesto o sustituirlo por otra persona, todo lo cual evidencia que la verdadera empresaria del actor es Bankinter SA y que la empresa cedente, GSS, que figura formalmente como empresaria del actor, se ha limitado a poner a éste a disposición de la cesionaria Bankinter SA, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que, no cabe apreciar la concurrencia de la infracción denunciada y debe desestimarse este primer motivo».

La ya destacada importancia de las circunstancias concretas del caso enjuiciado a la hora de determinar si existe o no la figura prohibida se evidencia en el análisis de la **STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2013, IL J 520/2013** y la **STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2013, IL J 512/2013**, pues ambas examinan supuestos relativos a eventuales cesiones ilegales entre la misma empresa (Transformación Agraria, S.A. –Tragsa–) y diversas Consejerías de la Xunta de Galicia y reproducen idéntica jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la cesión ilegal, llegando, no obstante, cada una de ellas a soluciones diversas en lo concerniente a la presencia o no del fenómeno prohibido. Para la **STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2013, IL J 520/2013** no existe cesión ilegal de trabajadores en el caso enjuiciado, determinado por los siguientes datos fácticos: la trabajadora demandante había prestado servicios por cuenta de la Consejería del Mar de la Xunta de Galicia en el centro de cultivos marinos del minicriadero de O Vicedo desde noviembre de 2009. Con anterioridad había suscrito diversos contratos de trabajo con la empresa Tragsa, primero, y con la empresa Centro Tecnológico del Mar-Fundación Cetmar, posteriormente, para la realización de diversas actividades relacionadas con las encomiendas que la Consejería de Pesca había realizado a la empresa Tragsa en un primer momento y relacionadas con la producción de moluscos en el pantalán del muelle de O Vicedo, después, en el marco de los contratos celebrados con la Fundación Cetmar. Producido el cese de la trabajadora por la Consejería del Mar y presentada demanda por ésta contra Tragsa, Consejería del Mar y Centro Tecnológico del Mar-Fundación Cetmar, la sentencia de instancia la estimó parcialmente, declarando dicho cese como despido improcedente y condenando a la Consejería del Mar a las consecuencias de tal declaración, absolviendo a las codemandadas Tragsa y Centro Tecnológico del Mar-Fundación Cetmar. Interpuestos sendos recursos de suplicación por la Consejería y la trabajadora, ambos serán desestimados. Es en la suplicación de la demandante donde se alega la posible existencia de cesión ilegal, señalando la Sala –tras declarar que «el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 ET es el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, porque en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es cuando se producen los efectos de la litispendencia... a los que ha de anudarse el principio «perpe-

tuatio jurisdictionis» que hace ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica...», que «En el caso... están ausentes los presupuestos que informan la cesión ilegal de mano de obra: En primer lugar, por el tiempo transcurrido entre los contratos de la actora con cada una de las entidades demandadas, en particular desde la finalización con el Centro Tecnológico del Mar-Fundación Cetmar hasta la suscripción con la Consellería (31-12-2008/12-11-2009). En segundo término, porque carece de oportuna base fáctica al no declarar ni ejemplificar los hechos probados manifestación alguna del poder de dirección y organización empresarial por empresa distinta a cada una de las contratantes durante sus respectivas relaciones de trabajo con la demandante, contrariamente a los supuestos decididos por esta Sala en las sentencias que la trabajadora cita en su recurso». Uno de esos supuestos ha de ser el examinado por la **STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2013, IL J 512/2013**, que, confirmando el pronunciamiento de instancia, declarará la existencia de cesión ilegal en el caso enjuiciado. El debate se centraba en determinar si en el supuesto concreto examinado había existido cesión ilegal desde el inicio de la relación laboral de los trabajadores demandantes por parte de Tragsa a la Xunta de Galicia (Consejería de Medio Rural) o si realmente se trababan de contratas de servicios entre la citada empresa codemandada y la Xunta de Galicia. Tras reproducir la doctrina unificada del Tribunal Supremo acerca de las notas caracterizadoras de la cesión ilegal y de sus diferencias con la lícita contrata, haciendo especial énfasis en afirmaciones como la de que «el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse», o la de que «tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos –esos mandos intermedios– pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente», la Sala la proyectará sobre el supuesto enjuiciado para llegar a la conclusión de que «en el presente caso, no se cuestiona que la Entidad Tragsa sea una empresa real, dotadas de estructura, organización y medios, patrimonio, capital y entidad propia, que puedan asumir los riesgos inherentes a la gestión empresarial. Por ello, para determinar si ha existido o no cesión ilegal, se hace necesario prestar atención a los elementos clave de los que habla la doctrina jurisprudencial, con especial atención a la aportación de organización y medios materiales, y a su actuación como empresa a través del ejercicio de los poderes inherentes a tal condición, en concreto, la organización del trabajo frente a la actora y el mantenimiento de la misma dentro de su círculo organizativo, rector y disciplinario, lo que supone ponderar el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita... Y del inalterado relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con valor de hecho probado, se desprende que: A) Los demandantes no reciben ni ha recibido órdenes ni instrucciones de servicio por parte de la codemandada Tragsa durante todo el tiempo de duración de sus contratos. B) Los turnos de trabajo y pernocta, así como los concretos días de trabajo y las vacaciones de los demandantes venían establecidos por la Consellería de Medio Rural y el Parque Nacional Marítimo Terrestre de las Islas Atlánticas, en unos cuadrantes firmados por el Agente Territorial y la Directora Adjunta del Parque Nacional. C) Las tareas a realizar vienen determinadas

por la Dirección del Parque Nacional, y son los Agentes Forestales los que establecen las prioridades dentro del cuadro de trabajo ya determinado, asignando a cada uno de los demandantes los trabajos que deben realizar a diario. D) La empresa Tragsa no tiene ningún personal en las Islas Cíes que dé órdenes de trabajo a los aquí demandantes, sino que únicamente les facilita los equipos de protección individual cuando es necesario, y controla la ejecución de la obra civil. E) Los demandantes acuden a las Islas en un barco de la Xunta, y una vez en la Isla utilizan vehículos propios de la Xunta para la realización de sus trabajos; y así, prácticamente todo el material de trabajo que hay en la Isla (todo-terreno, turismos, motocicletas, tractores, aperos de labranza, desbrozadoras, palas, rastrillos, motobombas, prismáticos, emisoras, teléfonos móviles, etc.) es propiedad de la Xunta de Galicia. F) No existe constancia de que Tragsa ejerciera labores de organización y dirección de sus tareas, limitándose al pago de las nóminas y cotizaciones sociales, entrega de equipos de protección individual y reconocimientos médicos, y a poner a los trabajadores a disposición de la Xunta de Galicia que desde el inicio de su relación es la verdadera y real empleadora. De todo ello se desprende, a la vista de lo que resulta probado, que debe calificarse la contrata entre las dos codemandadas, como fenómeno interpositorio de carácter jurídico determinante de una cesión ilegal, y ello por cuanto la trabajadora demandante ha permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la Consellería do Medio Rural, dependiente de la Xunta de Galicia, que en todo momento ha actuado como su verdadera y real empleadora..., limitándose la Entidad Tragsa, a ejercer como empresario meramente formal, al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de la actora, dejando de ejercer la condición de empresa en sus aspectos propios y definitorios, constituyendo, consecuentemente, las contratas un fenómeno interpositorio en que los contratos suscritos resultan mero instrumento al efecto, al depender la trabajadora demandante «siempre de las órdenes e instrucciones de la Xunta de Galicia». Por otro lado, y en lo que se refiere a la gestión empresarial mediata, esto es, abono de salarios, sanciones, etc., cierto que los salarios los abona la empresa cedente, pero esta circunstancia y el hecho de que dicha empresa cedente conserve la facultad disciplinaria no es obstáculo para la existencia de cesión ilegal de trabajadores según la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1997..., pues aunque la empresa cedente, la que contrata a los trabajadores, sea quien le pague los salarios y quien les dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, sobre todo cuando no hay constancia de órdenes dimanantes de su personal directivo, ni estructuración ni control del trabajo, cuando el efectivo poder de dirección empresarial está en manos de quien actúa como empresa cesionaria. La conclusión final, por tanto, ha de ser, la de mantener la apreciación de cesión ilegal con la consecuencia legal de declarar a los actores personal laboral indefinido, no fijo, al servicio de la Xunta de Galicia...».

B) Efectos de la cesión: Responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria por las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido; ejercicio del derecho de opción

La STSJ de Andalucía de 17 de enero de 2013, IL J 427/2013, a la que ya hemos aludido (véase apartado 5.A), se enfrenta también al análisis de la cuestión de la correcta interpretación y coordinación entre los artículos 56.1 y 43 ET. Aceptada la existencia de

cesión ilegal, el contrato temporal que vinculaba al trabajador con una de las empresas codemandadas se convierte en indefinido y, por tanto, su extinción por fin de contrato da lugar a la improcedencia del despido. Resta a hora dictaminar cómo las consecuencias ínsitas a tal declaración ex art. 56.1 ET se articulan en supuestos de cesión ilegal donde el art. 43.4 ET concede a los trabajadores el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección en la empresa cedente o cesionaria. A esta cuestión nos hemos referido en crónicas anteriores (véase crónica núm. 47 y 51) donde poníamos de manifiesto una aparente diferencia de criterios en los Tribunales Superiores de Justicia en el ejercicio del derecho de opción entre readmisión o indemnización en estos supuestos pese a la existencia de doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre el particular (en concreto la contenida en las SSTS de 5 de febrero de 2008 y 3 de noviembre de 2008 criterios unificados). La sentencia ahora comentada, tras referirse a las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo, traerá a colación la de 5 de febrero de 2008 para, tras reproducir literalmente sus argumentos, llegar a la conclusión final de que en estos casos el trabajador sometido al tráfico ilegal e improcedentemente despedido tiene el derecho de optar por una de las dos empresas, cedente o cesionaria y, la empresa elegida por el trabajador es la que, con posterioridad, ostenta el derecho de opción entre readmisión o indemnización. Recordemos que el razonamiento del Alto Tribunal era el siguiente: se indicaba que el artículo 43 ET no contenía ninguna disposición relacionada con el despido, sino que, tras definir la cesión ilegal de trabajadores, señalaba las consecuencias que se derivan de la existencia de esa actuación empresarial ilícita, una de las cuales consistía en la facultad que se confiere a los trabajadores cedidos de elegir entre formar parte de la plantilla como trabajadores fijos bien de la empresa cedente o bien de la cesionaria, sin otras previsiones. Es decir, el precepto no hace referencia alguna al despido, que podría producirse o no, por lo que la opción por pertenecer a la plantilla de una u otra empresa la tiene el trabajador cedido antes de que su despido se produzca y, por supuesto, aun cuando tal despido no llegue nunca a tener lugar. Por ello, si existiera un despido, para conocer sus consecuencias habría que acudir a las previsiones sobre el particular recogidas en el ET, que para el despido improcedente se contienen en el artículo 56 ET. En suma señala el Tribunal Supremo, *«la norma contenida en el art. 43 acerca de la cesión ilegal de trabajadores, concediendo a los ilegalmente cedidos la facultad de optar por cuál de las dos empresas (cedente o cesionaria) prefiere que siga siendo su empleadora, es totalmente independiente (y, por ello, irrelevante) en materia de quién sea el sujeto (empresa o trabajador) al que el art. 56 confiera la opción entre la readmisión o la resolución contractual mediante la oportuna indemnización»*. Por tanto si el derecho de opción ex art. 56 ET no corresponde al trabajador por no ser representante de los trabajadores ni delegado sindical, la opción entre la readmisión o la indemnización no le correspondería a él, sino aquélla de las dos empresas –cedente o cesionaria– con la que dicho trabajador eligiera mantener la relación laboral.

C) Efectos de la cesión: supuestos de Administraciones Públicas

La STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2013, IL J 512/2013, que ya ha sido objeto de análisis en el apartado 5.A), nos recordará la tesis jurisprudencial según la cual en supuestos donde se aprecie la existencia de cesión ilegal y ello afecte a una Administración Pública,

la consecuencia legal será de la declarar al trabajador afectado personal laboral indefinido, no fijo, al servicio de la Administración Pública correspondiente.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

De nuevo, y probablemente como consecuencia de la crisis económica, debemos comentar un pronunciamiento judicial acerca de la virtualidad del fenómeno del cambio de titularidad vía venta judicial como mecanismo para dar lugar a la figura de la sucesión de empresa y a la consiguiente obligación de subrogación empresarial. Sobre el particular existe ya una abundante doctrina unificada, a la que se suma y recoge la **STS de 26 de febrero de 2013, u.d., IL J 393/2013**, y que, en resumen viene a indicar que en los supuestos de venta judicial de bienes productivos únicamente será de aplicación el artículo 44 ET cuando lo vendido comprenda un conjunto de elementos por sí mismos suficientes para continuar una actividad empresarial que no ha sido interrumpida significativamente. En el caso enjuiciado por la sentencia que comentamos debía dilucidarse si la adjudicación al Banco Pastor en procedimiento de ejecución hipotecaria de la finca en la que se encontraba instalado el Hotel Las Dunas constituía o no un supuesto de sucesión de empresa. La sentencia de suplicación entendió que concurrían los elementos necesarios para que así fuera, señalando que lo que se garantizó con la hipoteca fue una explotación hotelera y el inmueble ejecutado era susceptible de ser explotado de manera inmediata al contar con la infraestructura necesaria para ello. Por el contrario, la sentencia del Alto Tribunal responderá negativamente a la cuestión, argumentando que «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 adjudicados no bastaban por sí solos para la actividad empresarial de hostelería al no disponerse de los enseres atribuidos a la Corporación Financiera Iberoamericana... Como señalan las sentencias de 6 y 14 de noviembre de 2012, con cita del informe del Ministerio Fiscal, *«si determinados «bienes muebles del establecimiento pertenecían a un tercero, los trabajadores habían visto sus contratos suspendidos y el edificio carecía de energía eléctrica, es difícil pensar que el hotel se encontraba en situación de explotación»*, dotado de una organización empresarial operativa o en funcionamiento». A tales razonamientos añade la Sala uno adicional relativo a la dicción y correcta interpretación del ya derogado art. 51.11 ET, a tenor del cual *«En los supuestos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial»*. Se indica que no parece factible una interpretación laxa de los requisitos legales recogidos en el mencionado precepto, cuyo fundamento último es el principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución, pues, se arguye, *«la adquisición en venta judicial de los bienes productivos se produce por hipótesis no por libre decisión de los sujetos implicados, sino «como consecuencia de un impago hipotecario»*; por ello *«La referencia a «la totalidad de la empresa o parte de la misma» como objeto de la adjudicación, así como los requi-*

sitos 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; y esta exclusión de la exigencia de continuación de la actividad productiva es la 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)». Tal vez cabría apuntar que la eliminación por la reforma de 2012 de esta específica previsión contenida en el art. 51.11 ET para los supuestos de venta judicial, deja sin más apoyo legal que el art. 44 ET (al margen de las previsiones particulares para los casos de concurso ex art. 57 bis ET de lo dispuesto en Ley 22/2003, Concursal –art. 149.2–) la determinación de si en tales casos se produce o no el fenómeno de la subrogación empresarial, lo que significa que ya no cabría argumentar acerca de la mayor o menor corrección de la interpretación amplia o estricta de los requisitos contenidos en el mencionado art. 51.11 ET a la hora de dilucidar si se produce el fenómeno de la sucesión. Los elementos ahora a valorar son los derivados en exclusiva del art. 44 ET, en relación a los cuales la jurisprudencia comunitaria y española ha reconocido que resulta irrelevante que el cambio de titularidad sea voluntario o no.

De los dos elementos que conforman el presupuesto de hecho aplicativo del art. 44 ET, el denominado elemento subjetivo, o negocio jurídico de la transmisión, y el llamado elemento objetivo, o entidad económica transmitida, ha sido este último el que ha dado origen a mayor debate judicial. Por el contrario, la amplitud con que el art. 44 ET se refiere al cambio de titularidad de la empresa ha dado lugar a que multitud de negocios jurídicos se hayan manifestado como instrumentos jurídicos útiles a los efectos de predicar la existencia del fenómeno de la sucesión. La **STSJ de Andalucía de 24 de enero de 2013, IL J 411/2013** se refiere a uno de ellos cual es el del contrato de franquicia. Los datos fácticos del caso son los siguientes: La trabajadora demandante había prestado servicios por cuenta de la empresa Building Restauración 2006 S.L. en el centro de trabajo denominada Restaurante «La Tagliatella» hasta el día 20 de abril de 2010 (según aceptación de revisión del hecho probado). El día 5 de marzo de 2010, el representante legal de la citada empresa y D. Eliseo mantuvieron una reunión con los trabajadores de Building Restauración 2006 S.L. para informarles que dicha empresa cesaba en la explotación del Restaurante La Tagliatella, y que el Sr. Eliseo pasaría a hacerse cargo del negocio. El 20 de abril de 2010, Building Restauración 2006 S.L. hizo entrega a la actora de una carta por despido objetivo, sin que se le abonase su correspondiente indemnización. El 26 de abril de 2010, el codemandado D. Eliseo, junto con D^a Lorena constituyeron notarialmente la mercantil Márquez y Cantón S.L.; esta empresa, con fecha de efectos 3 de mayo de 2010, suscribió con la también mercantil Alius Manoterías S.L. un contrato de arrendamiento de local de negocio donde está instalado el Restaurante La Tagliatella; unos días más tarde, el 14 de mayo de 2010, D^a Lorena y D. Eliseo, y en calidad de participantes de la mercantil Márquez y Cantón S.L. (además de administradores solidarios), formalizaron con la también mercantil Pastificio Service S.L. el contrato de franquicia La Tagliatella. De los seis trabajadores que formaban parte de la plantilla de Building Restauración 2006 S.L., sólo dos fueron formalmente contratados por la empresa Márquez Cantón S.L.

En tales circunstancias, la trabajadora presenta demanda por despido contra Building Restauración 2006 S.L., D. Eliseo y Márquez Cantón S.L. La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda de la trabajadora, declara la nulidad de la extinción del contrato por causas objetivas acordada por la empresa, por no acreditar la causa ni poner a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente (aplicando, por razones temporales, la normativa anterior a la entrada en vigor del RD-L 10/2010, de 16 de junio), absolviendo a D. Eliseo y a la empresa Márquez y Cantón S.L. (al entender que comenzaron la explotación del negocio con posterioridad a la extinción de la relación laboral). Recurre en suplicación la trabajadora alegando que existió una sucesión de empresa entre Building Restauración 2006 S.L., D. Eliseo y Márquez Cantón S.L., al dedicarse todas ellas a la explotación del restaurante «La Tagliatella», argumentando que no hay causa de nulidad del despido sino improcedencia y que la responsabilidad por sus consecuencias es de todos los codemandados.

La Sala de suplicación estimará parcialmente el recurso de suplicación, afirmará la existencia de sucesión en el caso examinado, declarará la nulidad del despido acordado por la empresa Building Restauración 2006 S.L. con efectos 20 de abril de 2010, condenará a la empresa Márquez Cantón S.L. a que readmita a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes del despido y a que le abone los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión, siendo responsable solidaria del abono de estos salarios la empresa Building Restauración 2006 S.L. A la hora de argumentar acerca de la presencia del fenómeno sucesorio en el caso enjuiciado, la Sala centrará el debate en el hecho de que en la práctica ha existido un fraude de ley, resultando burlada la garantía de estabilidad y permanencia en el empleo en los casos de sucesión de empresa. A su juicio, la demora en el cumplimiento de los requisitos formales relativos a la definitiva asunción por la empresa Márquez Cantón S.L. de la explotación del Restaurante «La Tagliatella» (dado que ya muy anteriormente se había informado a los trabajadores de que se iba a producir tal circunstancia) «tenía como única finalidad evitar que se produjera una sucesión de empresas, mediante una extinción anticipada de su relación laboral por una empresa que desaparece del tráfico jurídico, derivando sus responsabilidades pecuniarias al Fondo de Garantía Salarial». Y «esta situación fraudulenta no se modifica por el hecho de que la relación laboral de la actora con «Building Restauración 2006 S.L.» se haya extinguido previamente al inicio de la explotación, ya que el despido tanto se produce como consecuencia de esta extinción indebida, como por el hecho de que con posterioridad la empresa «Márquez Cantón S.L.» no se subrogó en la relación laboral con la actora». Por lo que concierne al cumplimiento del presupuesto de hecho del art. 44 ET, en concreto a la presencia del elemento objetivo de la transmisión, tras un examen de la regulación del contrato de franquicia y su significado, en el que se hace especial hincapié en la independencia del franquiciado (cesionario) respecto del franquiciador (cedente), aunque frente a terceros aparenten ser una única empresa bajo la denominación de «Restaurante La Tagliatella», (por lo que no cabe justificar la inaplicación del régimen comunitario de la sucesión de empresa bajo el argumento de una pretendida unidad económica y de comportamiento «porque atender al criterio de la unidad económica iría contra el objetivo de la Directiva que es, según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario

en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente»), se indicará que «El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es que la entidad económica mantenga su identidad, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (Sentencias 18 marzo 1986, Spijkers, y 11 marzo de 1997, Süzen), y es algo incuestionable en esta franquicia que la entidad económica mantiene la identidad por cuanto se transmitió no solo parte de los trabajadores sino también la unidad de negocio de restauración que conforme a una serie de criterios, frente a terceros aparenta ser una sola empresa bajo una misma dirección tanto como que la denominación comercial se mantiene idéntica y la apariencia externa también, por lo que resulta que concurren cuantos requisitos se precisan para la existencia del supuesto de sucesión empresarial, dado que: 1) la actividad desarrollada por Márquez y Cantón S.L. es la misma que la que realizaba Building Restauración 2006 S.L. y en el mismo local comercial; 2) actividad desarrollada por ambas en virtud del referido contrato de franquicia. Estamos, por ello, ante una entidad económica propia, que antes realizaba Building Restauración 2006 S.L. y luego efectúa Márquez y Cantón S.L. en forma similar ya que son las concretas circunstancias en que la franquiciada lleva a cabo su actividad, impelida por las obligaciones que ha asumido con la franquiciadora, las que arrastran a esa conclusión. Por tanto, la condición de sucesora de Márquez y Cantón S.L. en la actividad empresarial que antes realizaba Building Restauración 2006 S.L. le imponía el deber de subrogarse en el vínculo laboral que ésta mantenía con la demandante».

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véase el apartado 6.B).

B) Sucesión de contratatas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

Ya hemos comentado en varias ocasiones que las principales dudas en torno a la existencia o no del fenómeno regulado en el art. 44 ET se han suscitado en los supuestos de sucesión de contratatas y concesiones administrativas que tenían por objeto actividades en cuya ejecución el elemento patrimonial, la infraestructura material necesaria para llevarla a cabo, era insignificante, pues lo relevante era el trabajo personal de quienes prestaban la concreta actividad. Pese a la incorporación literal en el art. 44 ET de la delimitación del objeto de la transmisión realizada por la norma de la Unión Europea y la asunción por nuestra jurisprudencia –tras periodos de profundo rechazo y recelo a cierta doctrina comunitaria como la representada por la denominada «sucesión de plantilla»–, de las tesis del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los requisitos necesarios para que se produzca el fenómeno subrogatorio, los conflictos prácticos no cesan, pues la riqueza y variedad de matices en los hechos enjuiciados escapan en muchas ocasiones a los esfuerzos teóricos de delimitación de la figura. La doctrina de nuestro Tribunal Supremo en relación a los efectos subrogatorios a aplicar en los supuestos de sucesiones de contratatas parece buscar un difícil equilibrio entre su tradicional «apego al elemento patrimonial» como condicionante ineludible del fenómeno de la sucesión de empresa ex art. 44 ET, que hace de las contratatas y concesiones administrativas figuras difícilmente calificables como unidades productivas autónomas a tales efectos –»salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura o de la organización de trabajo básica para la explotación» (STS de 13 de febrero de 2013, u.d., IL J 386/2013), y la necesaria asunción de la doctrina del Tri-

bunal de Justicia de la Unión Europea acerca del juego de otros elementos adicionales, más allá de los meramente patrimoniales, especialmente en determinadas actividades, a la hora de determinar si hay o no transmisión de empresa. A todo ello hay que añadir la particular circunstancia de que la vía del art. 44 ET no es la única para que en supuestos de sucesión de contratos y concesiones administrativas opere el mecanismo subrogatorio pues, no dándose los presupuestos del art. 44 ET, vía convenio colectivo o pliego de condiciones administrativas se puede establecer también la obligación de la asunción del personal adscrito a la anterior contratista o empresa concesionaria. El problema adicional, al que ya hemos aludido en otras ocasiones, es que la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla ha provocado cierto cambio en el tratamiento convencional del fenómeno subrogatorio pues de operar como alternativa para los supuestos en que no cabía apreciar los elementos exigidos por el art. 44 ET se ha convertido en vía de cumplimiento de tales requisitos. Así si en «aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario ... no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior» (STS de 28 de febrero de 2013, u.d., IL J 371/2013), y «el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación» (STS de 28 de febrero de 2013, u.d., IL J 371/2013), la subrogación convencional acaba transformándose en subrogación legal y, por tanto, en supuestos al que ha de aplicarse el art. 44 ET y todas las consecuencias en él establecidas. De ahí el nuevo valor y alcance de las subrogaciones inicialmente convencionales y de ahí, también, la importancia de determinar si a la nueva empresa adjudicataria de la contrata o la concesión administrativa se le aplica o no la norma convencional que prescribe el efectos subrogatoria. A todas estas cuestiones se refieren algunos de los pronunciamientos del Tribunal Supremos recaídos en el período examinado.

La STS de 5 de marzo de 2013, u.d., IL J 469/2013, tras realizar un didáctico e ilustrativo repaso del devenir normativo, tanto a nivel comunitario como desde el punto de vista de la regulación española, de la sucesión de empresa y de la influencia de las tesis jurisprudenciales en él, así como un interesante resumen de la doctrina jurisprudencial y española sobre el particular, llegará a la conclusión de que, en atención a la teoría de la sucesión de plantillas, en el supuesto enjuiciado sí se ha producido el fenómeno sucesorio. Los datos de hecho relevantes a tales efectos se resumen en el pronunciamiento en examen de la siguiente manera: «a) la empresa comitente Carrefour había concertado una contrata de «servicios auxiliares» con la empresa Securitas SA para distintos centros comerciales, entre ellos los ubicados en la Comunidad de Murcia; b) esta contrata Carrefour– Securitas fue «rescindida» el 28 de febrero de 2010, al mismo tiempo que se concertaba una contrata Carrefour-Eulen SA también para «la prestación de servicios auxiliares» en distintos centros comerciales, entre ellos los de Murcia; c) la «empresa saliente» Securitas ha entendido que era de aplicación al caso el artículo 44 ET, comunicando a la «empresa entrante» Eulen SA la «relación de los trabajadores afectados por la subrogación»; d) la empresa entrante Eulen no aceptó la subrogación propuesta, llevando a cabo un proceso de selección propio en virtud del cual incorporó a su plantilla catorce de los diez y nueve trabajadores empleados

por Securitas en los centros de trabajo de Carrefour en Murcia; e) la trabajadora demandante había trabajado desde el inicio de su relación laboral con Securitas, con categoría profesional de «auxiliar de servicios», en el «centro comercial de Carrefour» de Murcia; f) en el momento de finalización de la contrata de Securitas y del comienzo simultáneo de la contrata de Eulen la actora se encontraba en situación de suspensión del contrato de trabajo causada por incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo; g) la empresa Securitas cursó la baja en Seguridad Social de la demandante con efectos del mismo día 28 de febrero de 2010 en que terminó su contrata con Carrefour; h) en la fecha de la sentencia de instancia la propia actora se encontraba en situación de baja y suspensión del contrato de trabajo por maternidad, percibiendo la correspondiente prestación a cargo de la Seguridad Social; i) la demanda de despido de la trabajadora se ha interpuesto frente a las dos empresas contratistas, la «saliente» Securitas y la «entrante» Eulen». La sentencia de instancia estimó la demanda de despido de la trabajadora, calificándolo de nulo e imputando la extinción del contrato a la empresa entrante Eulen; la sentencia de suplicación, por su parte, estimó el recurso de esta empresa y, manteniendo la calificación de despido nulo, imputó sus consecuencias a la empresa Securitas, entendiendo la citada sentencia de suplicación que no concurría en el caso examinado el supuesto de la sucesión de plantillas porque Eulen llevó a cabo «un proceso de selección autónomo» y porque los «servicios auxiliares» contratados por la empresa Eulen eran diversos de los desempeñados por la empresa saliente Securitas. La Sala del Tribunal Supremo estimará el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Securitas, confirmando la sentencia de instancia. Razona el pronunciamiento que comentamos, tras una exposición sintética de la relaciones y circunstancias que caracterizan el supuesto particular de la sucesión de contrataciones o concesiones con «sucesión de plantilla» que «La transmisión de actividad, en el sentido amplio en que se define en la jurisprudencia comunitaria y española..., se ha producido sin lugar a dudas. Y también hemos consignado en el fundamento primero, en el extracto de los hechos probados, que la empresa entrante ha asumido una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior (catorce de diecinueve trabajadores), sin que la empresa recurrente haya acreditado que la organización de trabajo experimentara una variación cualitativa sustancial más allá de lo que supone la incardinación en una empresa distinta. A ello hay que añadir, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, que tampoco se ha acreditado en suplicación, mediante el correspondiente motivo de revisión fáctica, que los «servicios auxiliares» contratados con Eulen fueran sustancialmente distintos a los concertados con la contratista anterior Securitas. Ciertamente, tal como aparecen descritos en las versiones judiciales de los hechos de las sentencias comparadas, lo decisivo en la prestación de los «servicios auxiliares» (limpieza, vigilancia, información a los clientes de los centros comerciales, etcétera) objeto de transmisión es la cualificación y experiencia en el trabajo de la mano de obra, y no los elementos materiales puestos a disposición de la misma para la realización de las funciones encomendadas. En fin, el hecho de que Eulen hubiera llevado a cabo un proceso de selección tras el rechazo de la subrogación propuesta por la «empresa saliente» tampoco puede ser determinante de la inaplicación del artículo 44 ET. Como se desprende del tenor literal de este precepto, y como se ha dicho y repetido por la doctrina jurisprudencial desde los años treinta del siglo pasado en que se implanta en nuestro ordenamiento una norma de esta clase, la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo surge, una vez comprobado el supuesto de hecho legal, por imperativo de la ley y no por voluntaria asunción de la empresa sucesora».

La **STS de 28 de febrero de 2013, u.d., IL J 371/2013** debe determinar si en el caso enjuiciado, en el que la nueva empresa contratista (Eulen Servicios Auxiliares SA, –Eulen–) de los servicios auxiliares de la empresa Centros Comerciales Carrefour, SA –Carrefour– había contratado a 14 de los 19 trabajadores que pertenecían a la plantilla de la contratista anterior (la empresa Servicios Securitas, SA –Securitas–), Eulen debía asumir las consecuencias legales derivadas de la declaración de improcedencia del despido de una trabajadora perteneciente a la plantilla de Securitas en cuya relación laboral había decidido no subrogarse. La sentencia de instancia reconoció la improcedencia del despido, declaró la falta de legitimación pasiva de Eulen y condenó a Securitas a las pertinentes consecuencias legales de la citada declaración de improcedencia. La sala de suplicación confirmará la sentencia de instancia y rechazará la existencia de sucesión empresarial. Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina por Securitas, el Tribunal Supremo lo estimará y atribuirá a Eulen las consecuencias legales del despido improcedente de la trabajadora al considerar que en el supuesto examinado se ha producido una sucesión de empresa. Los argumentos centrales esgrimidos a tales efectos serán los más arriba referenciados acerca del juego de la doctrina de la sucesión de plantilla en supuestos en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra y el nuevo contratista no sólo continúa la actividad sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior; sin que el carácter voluntario o no de tal asunción afecte al alcance de la obligación de subrogación. Concluye así la sentencia en estudio que el supuesto de sucesión de plantilla «es lo que sucede en el presente caso a la vista de que. . . : 1º) la empresa Eulen se ha hecho cargo de la misma de actividad de vigilancia y seguridad en la que prestaba servicios la actora en el centro de trabajo de Carrefour, sucediendo en la contrata que antes ejecutaba Securitas; 2º) dicha actividad, en este caso sin duda, se basa de forma esencial, si no exclusiva, en el empleo de mano de obra; 3º) la nueva contratista se ha hecho cargo de una parte cuantitativamente importante de los trabajadores que prestaban servicios en la anterior; 4º) la garantía de continuidad de los contratos laborales se establece tanto en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, como en los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 2001/23; y 5º) el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002, en el caso Temco Service Industries, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable».

La aplicación de la tesis de la asunción de plantilla es también lo que lleva a la **STS de 9 de abril de 2013, u.d., IL J 627/2013** a apreciar la presencia del fenómeno contemplado en el artículo 44 ET en el supuesto enjuiciado. Del relato de hechos probados se desprende que el trabajador demandante prestaba sus servicios para la empresa Securitas S.A. en el servicio auxiliar de la que esta empresa era adjudicataria en el Centro Comercial Centro Oeste de Madrid. Tal servicio se cubría durante todos los días del año, con un promedio en los meses de enero a marzo de 7/8 trabajadores y de tres el resto de días. Con posterioridad, el Centro Oeste de Madrid suscribió contrato de arrendamiento de servicios auxiliares con la empresa codemandada Servimax, S.A., requiriéndose para los citados servicios 1 auxiliar de servicios 24 horas, todos los días del año; más 1 auxiliar de servicios de 10 a 22 horas de lunes a sábados laborales; y 1 auxiliar de servicios de 10 a 22 los domingos y festivos de apertura. Securitas remitió a Servimax comunicación a los efectos de la subro-

gación del personal adscrito al centro, figurando en la relación el trabajador demandante. No obstante, Servimax, que ha contratado a tres de los siete trabajadores que prestaban servicios para la empresa saliente, rechazó dicha subrogación. El Juzgado de lo Social estimó la demanda del trabajador y declaró la improcedencia del despido, condenando a Servimax a sus consecuencias. Recurrida en suplicación por la empresa codemandada Servimax, el Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso y revocando en parte la sentencia de instancia, absolverá a la empresa Servimax y condenará a la empresa Securitas a la readmisión o el abono de la indemnización correspondiente. El Tribunal Supremo estimará el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Securitas argumentando, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria y de su propia doctrina sobre la asunción de plantilla, ya sobradamente conocida, que frente a la tesis de la sentencia de suplicación de que *«no es posible apreciar que en este caso la nueva empresa haya contratado una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que la anterior empresa destinaba a esta contrata, pues lo único que consta es que Servicios Securitas destinaba al servicio adjudicado un total de 7-8 trabajadores, de los cuales solamente ha contratado a tres la recurrente Servimax, y es claro que la contratación de menos de un 50% de la plantilla, sin que conste otro dato referido a la cualificación de los trabajadores contratados, no implica haberse hecho cargo de una parte esencial, en términos de número o competencias, del personal que la anterior empresa destinaba al servicio contratado»*, lo que debe apreciarse es que *«El tenor literal del inmodificado relato histórico nos da cuenta de un servicio que la recurrente venía prestando a través de 7/8 personas, de las que la empresa entrante ha acogido a tres, número de personas que no representa meramente un 50% o menos sino que en realidad es parte esencial para el desempeño de la contrata si nos atenemos a las condiciones en que la misma se lleva a cabo: un auxiliar de Servicios 24 horas, todos los días del año; un auxiliar de servicios de las 10 a las 22 horas de lunes a sábados laborables; un auxiliar de Servicios de las 10 a las 22 horas los domingos y festivos de apertura»*.

La **STS de 12 de febrero de 2013, u.d., IL J 388/2013** y la **STS de 13 de febrero de 2013, u.d., IL J 386/2013** se refieren a supuestos de hecho muy similares y sobre los que ya el Tribunal Supremo se ha pronunciado con anterioridad en varias sentencias. De nuevo estamos ante supuestos de sucesiones de concesiones administrativas en los que el centro del debate se sitúa en constatar si se han cumplido los requisitos establecidos en el convenio colectivo aplicable para que se produzca la subrogación pues queda descartado que opere tal subrogación en virtud de lo previsto en el art. 44 ET. En el caso de la **STS de 13 de febrero de 2013, u.d., IL J 386/2013** los hechos pueden sintetizarse del siguiente modo: «a) el trabajador demandante fue contratado por Giahsa en agosto de 2003 con la categoría de «ayudante», convirtiéndose su contrato de trabajo en por tiempo indefinido en marzo de 2007; b) el Ayuntamiento de Lepe acordó recuperar la gestión del agua encargada a una mancomunidad de municipios, con el consiguiente cese en dicha labor por parte de Giahsa, empresa pública adjudicataria de dicha mancomunidad, mediante expediente tramitado en el año 2009; c) dicho expediente concluyó en el acuerdo del pleno de 25 de agosto de ese año por el que se decide la recuperación de la competencia cedida y el desarrollo de la misma en régimen de «gestión indirecta» por «concesión administrativa»; d) por acuerdo del propio Ayuntamiento de 10 de septiembre del propio año 2009 se adjudicó la citada concesión a la empresa Aqualia en lo que concierne a las labores y servicios de

gestión de abastecimiento y alcantarillado; e) al demandante le fue comunicado el 15 de diciembre de 2012 por parte de Giahsa la subrogación en su relación de trabajo a cargo de Aqualia, comunicación cursada también a esta última empresa y al Ayuntamiento de Lepe; f) Giahsa dio de baja al actor en Seguridad Social en fecha 9 de febrero de 2010, con efectividad del 13 del mismo mes y año; g) tal subrogación fue expresamente rechazada por decreto del Alcalde de Lepe el 15 de marzo de 2010; y h) entre las comunicaciones efectuadas por la empresa saliente Giahsa con motivo de la terminación de su encargo no figura la entrega a la corporación municipal o a la empresa entrante de la documentación exigida como requisito de la subrogación por el referido Convenio Colectivo nacional de las industrias del agua (2007) aplicable al caso». Con tales antecedentes y en aplicación de la doctrina unificada contenida en pronunciamientos precedentes, la Sala concluirá que no ha lugar a la subrogación de Aqualia en la relación laboral existente entre Giahsa y el trabajador demandante, por lo que los efectos de la declaración de improcedencia del despido son imputables a la empresa saliente Giahsa. Para llegar a tal conclusión la sentencia en examen reproduce el resumen de su doctrina contenido en la STS de 19 de diciembre de 2012 (rcud 3962/2011) indicando: «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 Giahsa estuviera adscrito al Ayuntamiento de Lepe, ni consta tampoco que esta empresa saliente hubiera entregado a Aqualia o a la corporación municipal toda la documentación prevista para el caso en el convenio colectivo, entre ella la relativa al cumplimiento de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social».

A idéntica conclusión y con reiteración de otro pronunciamiento previo similar, el de la STS de 19 de septiembre de 2012 (rcud 3056/2011), llegará la **STS de 12 de febrero de 2013, u.d., IL J 388/2013**, recaída también en un supuesto de hecho muy similar al recién comentado. Señala el Alto Tribunal, reproduciendo los argumentos de su sentencia de 19 de septiembre de 2012, que *«hemos indicado con reiteración que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente»... Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación*

*imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante». La proyección de tal doctrina al caso enjuiciado conduce a la sentencia en examen a estimar el recurso formulado por la empresa Aqualia pues «ni la Mancomunidad ni la empresa pública Giahsa, que gestionaba las actividades, cumplieron con lo establecido en el artículo 55 del mencionado Convenio Colectivo, puesto que la mera comunicación de poner a disposición la documentación que adjunta, cuando el único –de los nueve documentos que la empresa sustituida debe facilitar y acreditar ante la nueva empresa adjudicataria– que se acompañó al escrito, es el de la relación de trabajadores afectados, no supone en manera alguna cumplir la inequívoca previsión –ya referida– que se contiene en el señalado precepto convencional». En similar sentido, **STS de 16 abril de 2013, u.d., IL J 622/2013**.*

La apreciación de la inexistencia de contradicción impide a la **STS de 14 mayo de 2013, u.d., IL J 670/2013** entrar a conocer sobre el fondo del asunto en un caso de sucesión de contratados de seguridad.

La aplicación del criterio de la asunción de plantilla a un supuesto de inicial subrogación convencional será elemento determinante en el fallo de la **STSJ de Andalucía de 21 de febrero de 2013, IL J 652/2013**. Los hechos enjuiciados y el iter procesal se resumen de la siguiente forma: la trabajadora demandante prestaba servicios con un contrato para obra o servicio determinado a tiempo completo para la empresa Maessa, dedicada a la actividad de mantenimiento y limpieza industrial y adjudicataria del contrato de mantenimiento integral de los centros de Navantia Astilleros en la Bahía de Cádiz. Tras la adjudicación de los servicios de mantenimiento a la empresa Ditecsa, Maessa comunica a la trabajadora que, de conformidad con lo previsto en el convenio de aplicación, la nueva empresa adjudicataria se subrogará en su contrato de trabajo, causando baja en Maessa. La empresa Ditecsa, de los 90 trabajadores que Maessa tenía destinados a los servicios contratados por Navantia, se subroga en la relación laboral de 67 trabajadores. Presentada demanda por despido, la sentencia de instancia estima la pretensión, declara el despido improcedente y condena a Ditecsa a las consecuencias legales, absolviendo a Maessa y a Navantia. Recurre en suplicación Ditecsa, argumentando, entre otros extremos, que la obra a ella adjudicada era nueva y distinta a la anterior, en cuanto era más reducida en lo relativo a los servicios de mantenimiento, por lo que entendió que solo se subrogaba en parte de la plantilla (la necesaria para esa nueva contrata reducida). La Sala desestimaré el recurso y confirmará la sentencia del Juzgado de lo Social. Interesa detenerse en la argumentación seguida por la Sala para llegar a su conclusión final: parte el pronunciamiento de una inicial consideración en el sentido de que en el caso enjuiciado se encuentra ante un supuesto de subrogación convencional, en el que el convenio colectivo de aplicación viene a configurar un régimen subrogatorio de efectos más extensos que los previstos en el art. 44 ET, lo que, dado el carácter de mínimo de derecho necesario de tal precepto estatutario, no plantea problema alguna de legalidad. Así las cosas, la norma convencional, en lo que al alcance de la continuidad de las relaciones laborales en supuestos de sucesión de contratados respecta, viene a señalar que la sucesión afecta a los trabajadores temporales que cumplan determinados requisitos (ser contratados por la empresa saliente bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado para atender las exigencias del

contrato mercantil extinguido) que, cumpliéndose en el supuesto de la trabajadora demandante dan lugar, dada la naturaleza obligatoria de la subrogación convencional, a que la nueva empresa deba subrogarse en su relación laboral. Pero no concluyen aquí los razonamientos de la Sala sino que para «el hipotético caso de que no procediera la subrogación convencional» se indica que procedería la legal. Y es a la hora del análisis de la procedencia de la subrogación ex artículo 44 ET cuando el pronunciamiento en examen expone ya en su momento por nosotros anunciadas implicaciones que la tesis de la asunción de plantilla podría conllevar en cuanto podría convertir en subrogaciones ex art. 44 ET las iniciales subrogaciones convencionales. Reproducimos casi íntegramente, por su elocuencia, las consideraciones de la Sala en el sentido de que «El criterio del TS de la «asunción de plantilla» produce una distorsión del criterio de la sucesión de plantilla ya que se produce una conversión de una subrogación «convencional» en una subrogación «legal». En efecto, si por acción del convenio colectivo resulta que la empresa asume una parte significativa de la plantilla, se nos relata que «y además se hace cargo de una parte esencial del personal», y además estamos ante uno de esos sectores productivos en los que la mano de obra tiene una gran relevancia, habrá que entender que se ha producido una transmisión de empresa de carácter legal. Así lo ha entendido el TJUE en el asunto Temco, STJUE de 24 de enero de 2001, donde la cláusula convencional analizada imponía a la empresa contratista entrante la obligación de subrogarse en el 75% de la plantilla de la empresa saliente. A partir del cumplimiento de la obligación impuesta por el convenio, el TJUE, aplicando el criterio de la asunción de plantilla, concluye que nos movemos en el terreno propio de la transmisión de empresa sujeto a la normativa comunitaria, por lo que la empresa entrante debería haberse hecho cargo de la totalidad de la mano de obra y no sólo de un determinado porcentaje; por otra parte, niega virtualidad al argumento invocado por la empresa afectada relativo a que la asunción no se había producido como consecuencia de una decisión voluntaria, sino que le venía impuesta por el convenio colectivo». Y por lo que a la recepción por nuestra jurisprudencia de tal planteamiento se refiere se señalará que «la jurisprudencia interna parece moverse en una dirección similar a la frecuentada por los órganos comunitarios, y así la STS 12-07-2008 que al hilo de un supuesto de sucesión de contratistas de limpieza, en el que la empresa entrante había asumido un importante número de trabajadores de la empresa saliente, aplica el régimen propio del art. 44 ET y de la subrogación legal y a pesar de que no se habían notificado los datos de un trabajador –algo que venía impuesto por el convenio como requisito documental condicionante de la subrogación– se afirma la subrogación del nuevo contratista en las relaciones laborales del anterior por aplicación del art. 44 ET, lo que le lleva a olvidar la falta de cumplimiento de los requisitos formales impuestos en el convenio colectivo aplicable; por otra parte, rechaza el argumento empresarial de que la subrogación en las relaciones laborales adscritas a la contrata no fuera producto de una decisión voluntaria sino que le venía impuesta». Para la sentencia en examen las repercusiones de tales afirmaciones son de gran trascendencia pues «la aplicación del criterio de la asunción de plantilla conduce a convertir la subrogación convencional en legal y una vez convertida la subrogación convencional en una subrogación legal, por un lado, será necesario aplicar, junto a las previsiones convencionales, las previsiones contenidas en el texto estatutario; por otro lado, en sentido diverso, habrá que proceder a «inaplicar» las previsiones convencionales que resulten ser más restrictivas que las estatutarias». Ello implica, concluye la Sala «que, por ejemplo, los requisitos documentales que puedan aparecer en el convenio, a modo de condicionantes

de la sucesión, no serán exigibles. Asimismo, en segundo lugar, los requisitos relativos a que el trabajador cuente con una determinada antigüedad en la empresa para que proceda la sucesión, tampoco resultarán aplicables. En fin, por último, resta determinar qué sucede con los efectos, aspecto en el que, normalmente, como se ha indicado, las previsiones de la negociación colectiva suelen ser más limitadas que las contenidas en el ET ya que, por lo general, aquéllas se ciñen a recoger la continuidad en las relaciones laborales. Pues bien, en principio, deberá entenderse que, en función de las previsiones comunitarias y la interpretación que de las mismas se efectúa, estamos ante una transmisión a todos los efectos, esto es, ante un supuesto de subrogación legal». Y en aplicación de tales planteamientos al caso concreto enjuiciado se afirmará que «En suma, entendemos que, en estos casos de aplicación del criterio de la asunción de plantilla sobre una subrogación convencional, nos encontramos ante una transmisión a los efectos de la directiva, pues como señala la STS 12-7-2010 «debe entenderse que hay que aplicar las garantías del art. 44 ET, al menos en la parte coincidente con las que contempla la Directiva 2001/23» y los efectos de la subrogación alcanzan a la actora que debió continuar en la relación laboral al mantener una relación laboral vigente a la que ni siquiera, de existir, una reducción del objeto de la contrata le afectaba pues no está prevista en el contrato para obra o servicio determinado como causa de extinción, luego no puede alegarse esta causa para poner fin a la relación laboral con la actora, en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 10 junio 2008 (RJ 5149) al declarar que «Y como quiera que ni las disposiciones legales y reglamentarias estatales, ni el convenio colectivo aplicable, ni tampoco el propio contrato contienen mandato ni previsión alguna en el sentido de que el tipo de contrato que contemplamos pueda extinguirse por el hecho de que la empresa comitente haya dispuesto que la contratista... destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, es visto que este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral con el actor, pues lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del artículo 1.256 del Código Civil». En relación a las argumentaciones recogidas en este pronunciamiento quizás convendría precisar que, a nuestro juicio, el cumplimiento de tales requisitos convencionales es exigible para que se produzca cuanto menos esa inicial asunción de trabajadores que da lugar a que entre en juego la doctrina de la asunción de plantilla. En otras palabras, ante incumplimientos de previsiones convencionales de naturaleza esencial para que se produzca la subrogación convencional, la nueva adjudicataria no habría asumido esa parte esencial de la plantilla que da lugar a que en sectores que descansan fundamentalmente en la mano de obra se haya producido el traspaso de una entidad económica que mantiene su identidad y, por ende, una sucesión de empresa a la luz de la Directiva comunitaria y, consecuentemente, el art. 44 ET. Por lo demás, habría que analizar cómo se concilia la tesis judicial expuesta con la previsión contenida en el artículo 1256 del Código civil según la cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

A un supuesto de sucesión de contratas se refiere también la **STSJ de Castilla y León de 25 de febrero de 2013, I.L J 334/2013** que si bien llega a la conclusión de que en el caso de autos se ha producido el fenómeno de la sucesión de empresa, no obstante absuelve a la nueva empresa adjudicataria de la contrata de las consecuencias derivadas de

la demanda por despido interpuesta por uno de los trabajadores de la anterior contratista. El supuesto de hecho enjuiciado se resume en los siguientes términos: El 1 de marzo de 2011, la empresa Cogesa suscribe con la entidad Nuevo Hospital de Burgos S.A contrato de arrendamiento de servicios para la digitalización de información clínica e imagen del citado centro hospitalario, con duración hasta el 31 de diciembre de 2011 que se prorrogó finalmente hasta el 6 de julio de 2012; el 13 de junio de 2012, Cogesa comunica al trabajador demandante por escrito la finalización de la relación laboral que unía a ambas partes, por fin de la obra o servicio, con fecha de efectos el día 6 de julio de 2012; el 9 de julio de 2012, la empresa Nuevo Hospital de Burgos S.A suscribe contrato de arrendamiento de servicios con la empresa Fidelis Servicios Integrales S.L., cuyo objeto se centró en la digitalización, factoría de imágenes y archivo de documentación clínica y gestión de historias clínicas del Hospital; el mismo 9 de julio de 2012, Fidelis Servicios Integrales S.L. suscribe con el trabajador demandante contrato de duración determinada para la realización del servicio consistente en organización, gestión digitalización del archivo de historias clínicas del Nuevo Hospital de Burgos S.A, hasta el fin de la obra o servicio contratado, con antigüedad reconocida de 9 de julio de 2012; para la realización del servicio objeto de contrato se utilizaron por Fidelis Servicios Integrales S.L. los mismos medios materiales y personal encargado de impartir las instrucciones a los trabajadores, asumiendo Fidelis Servicios Integrales S.L. la mayor parte de los trabajadores de la anterior arrendataria, en un total de noventa, previo proceso de selección de personal.

El trabajador interpone demanda por despido contra Cogesa, Fidelis Servicios Integrales S.L. y Fogasa, que es estimada por la sentencia de instancia, la cual, declara improcedente el despido y condena de sus consecuencias a la empresa Fidelis Servicios Integrales S.L., absolviendo a Cogesa. La Sala de suplicación estimará el recurso interpuesto por Fidelis Servicios Integrales S.L. y, revocando la sentencia de instancia, desestimaré la demanda del trabajador absolviendo a la recurrente de todos los pedimentos de la demanda.

Los argumentos y el razonamiento que conducen a la Sala a tal conclusión pueden sintetizarse de la siguiente forma: tras el análisis detenido de la jurisprudencia comunitaria y del Tribunal Supremo acerca del juego del fenómeno sucesorio en los supuestos de sucesión de contratatas, en particular cuando se trata de actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra, el pronunciamiento en examen mantendrá que en el caso enjuiciado se ha producido una sucesión de empresa de las previstas en el art. 44 ET «porque existe una identidad sustancial entre el servicio que desempeñaba la anterior empleadora y el contratado con Fidelis, consistente en esencia, en la digitalización, archivo y gestión de las historias clínicas del centro hospitalario contratante, concluyendo esta Sala que la unidad de objeto entre una y otra debe apreciarse en todo punto, por no diferir sustancialmente una de otra.

En segundo lugar, se ha de apuntar que la actividad ha continuado llevándose a cabo sin solución de continuidad, y ello pese a transcurrir un lapsus temporal que asciende a tres días desde la finalización del contrato suscrito con Cogesa y la contratación de los servicios con Fidelis, estimando los que aquí suscribimos que esta breve interrupción en nada obstaculiza la continuidad de un servicio que en definitiva ha seguido prestándose, sin que se produzca una ruptura del vínculo contractual significativa que permita desvirtuar la existencia de una prolongación en su realización. Y se alcanza esta conclusión, por aplicación analógica de la doctrina de la Sala Cuarta relativa al cómputo de la antigüedad

en caso de contratos temporales concatenados, en los que solo una ruptura verdaderamente significativa permite acortar el tiempo de servicios al que se refiere el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores... En tercer lugar, significativo es igualmente que noventa trabajadores de la anterior arrendataria hayan sido contratados por Fidelis, teniendo en cuenta que la actividad a que se circunscribe el objeto del arrendamiento de servicios sienta su desarrollo en una necesidad evidente de mano de obra, pues por mucho que se precisen, como es obvio, medios materiales para su desempeño, la actividad de digitalización, archivo y gestión de las historias clínicas exige en su llevanza la prestación de servicios por personal auxiliado en su actividad por la maquinaria apropiada para desarrollar su labor, pero que por sí sola nunca permitiría alcanzar el objetivo previsto. A mayor abundamiento, dichos trabajadores son dirigidos por el mismo personal que en Cogesa impartía las instrucciones para el desarrollo de los servicios, tal y como se desprende del hecho probado octavo de la sentencia examinada. En cuarto y último lugar, no puede obviarse el hecho de que los medios materiales apuntados empleados por Fidelis son también los mismos que los utilizados por el personal de Cogesa, ergo la conclusión que debe alcanzarse es la misma que la expresada por la Juez a quo en su resolución, esto es, la apreciación de sucesión empresarial».

Ahora bien, pese a compartir esta misma conclusión con la sentencia de instancia, las divergencias resultan a la hora de proyectar las consecuencias anudadas a tal declaración sobre el supuesto de hecho y, en particular, sobre la existencia o no en el caso concreto de un despido improcedente de cuyas consecuencias hubiera de responder la empresa Fidelis Servicios Integrales S.L. Para la sentencia de suplicación «en la medida en que Fidelis contrató al trabajador demandante una vez suscrito contrato de arrendamiento de servicios el día 9 de julio de 2012, mal puede afirmarse la existencia de un despido operado el día 6 de julio de 2012 y el posterior incumplimiento por parte de aquélla de las consecuencias anudadas a la figura de la sucesión empresarial, ex art. 44 ET, pues efectivamente se subrogó en la contratación previa que vinculaba al trabajador con la empresa Cogesa. No existió como decimos ruptura del vínculo contractual, pues sin solución de continuidad el aquí demandante pasó a prestar sus servicios de una a otra empresa, sin que nada influya en tal afirmación el hecho de existir un proceso de selección previo por parte de Fidelis, pues en definitiva, asumió en su plantilla junto con otros noventa trabajadores más que también prestaron servicios para Cogesa, al aquí demandante.

Cuestión distinta son las condiciones en que dicha contratación fue llevada a cabo, que no se analizan en el escrito rector del demandante, y que en su caso pudieran dar lugar a la reclamación de derechos que este último tuviera por conveniente, pero que en modo alguno afectan al objeto del presente procedimiento, que se circunscribió, conforme a la súplica de la demanda a la declaración de nulidad o improcedencia del cese operado el día 6 de julio de 2012, y que insistimos, no apreciamos, pues mal puede responsabilizarse a Fidelis de un cese contractual operado por Cogesa cuando el vínculo contractual permanece vigente sin solución de continuidad y fue contratado el demandante por aquélla».

EL CASO PARTICULAR DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

La sucesión de contratos y concesiones administrativas y la eventual posibilidad de apreciar el fenómeno sucesorio en tales supuestos ha suscitado problemas particulares cuando uno de las dos empresas implicadas, bien la entrante o la saliente era un Centro

Especial de Empleo (CEE). La singular naturaleza de tales empresas y de las relaciones laborales que en ella se desarrollan, inicialmente limitadas a la contratación de trabajadores con discapacidad y desde la reforma del art. 42.2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI) por la Ley 66/1997 a que sólo un máximo del 30% de la plantilla puedan ser trabajadores sin discapacidad, da lugar a problemas particulares cuando, constatada la existencia de los requisitos exigidos para apreciar la obligación de subrogación (sea vía art. 44 ET, sea vía convencional o pliego de condiciones administrativas), ésta debe proyectarse sobre un Centro Especial de Empleo. La práctica judicial había dado soluciones diversas según el CEE ocupase la posición de empresa saliente (o cedente) o de empresa entrante (o cesionaria) y en el polo opuesto se situara una empresa ordinaria. En términos muy sintéticos y sin entrar en detalle en los diversos factores condicionantes de la resolución del problema (existencia o no de convenio sectorial específico para los CEE, determinación convenio colectivo aplicable, presencia de trabajadores contratados con o sin discapacidad, modificación de la LISMI y posibilidad de que parte de la plantilla de los CEE sean trabajadores sin discapacidad), en el primer caso la doctrina judicial consideraba que no operaba el mecanismo subrogatorio y negaba la obligación de la empresa entrante de asumir a los trabajadores con discapacidad empleados en un CEE, básicamente con el argumento de que la relación laboral especial regulada en el RD 1368/1985 sólo podía tener lugar cuando el empleador es un CEE. Por el contrario, cuando el CEE era la empresa adjudicataria de la nueva contrata o concesión administrativa, se afirmaba, tras la modificación de la LISMI por la Ley 66/1997, que estaba obligado a subrogarse en los contratos de los trabajadores sin discapacidad empleados previamente en la contrata o concesión. Así las cosas y ante la divergencia de criterios por parte de los diversos Tribunales de Justicia, la STS de 21 de octubre de 2010 (rcud. 806/2010) unificó la doctrina para el concreto supuesto en el que la nueva adjudicataria era un CEE y sentencias posteriores de 2012 (SSTS de 9 de octubre de 2012 –rcud 3667/2011– de 10 de octubre de 2012 –rcud. 3803/2011; rcud. 3471/2011 y rcud. 4016/2011–) dieron solución a la situación inversa. En relación a primer supuesto, el problema central era el de determinar el convenio colectivo aplicable en el supuesto concreto, si el correspondiente al sector de actividad objeto de la contrata (que solía contener la cláusula de obligación de la subrogación) o el específico relativo a los CEE (que no la incorporaban). A uno de estos casos se refiere la **STS de 20 de febrero de 2013, u.d., IL J 380/2013**, en el que el Alto Tribunal debe determinar si la cláusula de subrogación por sucesión de contrata de limpieza, prevista en el correspondiente convenio colectivo de esta actividad, se debe o no aplicar cuando la empresa adjudicataria de una contrata de limpieza está catalogada e inscrita como centro especial de empleo, sin que en su convenio colectivo figure tal tipo de cláusula subrogatoria para dicha actividad de limpieza. Trayendo a colación la doctrina sentada en la mencionada STS de 21 de octubre de 2010, a la que han seguido otras posteriores, se afirmará, en relación a la censura jurídica consistente en el del carácter no dispositivo de los Convenios Colectivos que impediría aplicar en el caso concreto el vigente en el ámbito de limpieza de edificios y locales públicos, en detrimento del Convenio Colectivo provincial que rige a los centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales que *«el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo»* y que del análisis de las cláusulas convencionales que delimitación el ámbito de aplicación del convenio colectivo discutido (en esta ocasión el convenio colectivo de empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales de Barcelona y provincia) se

deriva que *«Ninguna salvedad se incluye que permita, a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos cuya vinculación la recurrente rechaza»*. Si a ello se añade, continúa el pronunciamiento en examen, que el precepto del convenio colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y sensoriales de Cataluña que define el Centro Especial de trabajo contiene *«dos menciones relevantes, participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas e integrar en dicho proyecto tanto a personas con discapacidad como sin ella»*, la conclusión ha de ser que *«La norma facilita así que las empresas de este sector puedan incorporarse a cualquier clase de contrata, pero señala que lo hará en igualdad de condiciones con el resto de las empresas y sin desconocer la integración tanto de personas con discapacidad como sin ellas»* y que *«Al tiempo que la recurrente tacha el convenio colectivo de cuya aplicación pretende apartarse de norma discriminatoria indirecta, está desconociendo que el mecanismo de la discriminación positiva, por su excepcional naturaleza, deberá estar reflejado de modo expreso bien por voluntad del legislador, bien por el de los negociadores. No sólo no es así en el Convenio Colectivo al que decide acogerse sino que éste, para evitar cualquier posible connivencia defraudatoria de los intereses de los trabajadores no acogidos a este convenio se ocupa de resaltar que la concurrencia con otras empresas lo es en igualdad de condiciones y la finalidad integradora no excluye a los no discapacitados. Pudo la norma introducir el matiz de discriminación positiva afirmando que la igualdad con otras empresas se lograría privilegiando a las empresas dedicadas a centros especiales, pero no lo hizo. Pudo insistir en la noción de privilegio, obviando toda mención a los trabajadores no discapacitados, pero no lo hizo»*, por lo que, en definitiva, *«No puede merecer favorable acogida una censura jurídica en la que se invoca el carácter no dispositivo de los convenios colectivos con el propósito de disponer llevando a cabo la técnica de «espiguelo» que la doctrina consolidada rechaza»*.

La aplicación de la recién expuesta doctrina al caso concreto enjuiciado conduce al Alto Tribunal ha afirmar que *«El Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales, establece, al fijar su ámbito funcional, que regulará las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización de toda clase de edificios, locales, oficinas. Se establece, por tanto, una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza»*. En idéntico sentido, con similar argumentación y referido a un supuesto análogo, **STS de 9 de abril de 2013, u.d., IL J 661/2013**.

Por lo que concierne a la situación inversa, es decir, a los supuestos de sucesión de contrataciones en los que la empresa saliente es un Centro Especial de Empleo y la empresa entrante no, las **SSTS de 17 de abril de 2013, u.d., IL J 620/2013** y de **22 de abril de 2013, u.d., IL J 614/2013** reiterarán y reproducirán la doctrina ya unificada sobre el particular. Así, frente a la alegación de la empresa recurrente de que en estos casos no cabe la subrogación pues el carácter especial de la relación laboral de los trabajadores afectados no

lo permitiría, los pronunciamientos citados, transcribiendo sentencias precedentes (SSTS de 21 de octubre de 2010 –rcud. 806/10–, de 4 de octubre de 2011 –rcud. 4595/10–, de 26 de enero de 2012 –rcud. 917/11–, de 7 de febrero de 2012 –rcud.1096/11–, de 11 de junio de 2012 –rcud. 1886/11–, de 4 de octubre de 2012 –rcud. 3163/11–, de 10 de octubre de 2012 –rcud. 3803/2011–, de 12 de diciembre de 2012 –rcud. 750/2012–) y de 20 de febrero de 2013 –rcud. 3081/2012, en particular la STS de de 18 de diciembre de 2012 –rcud. 414/2012– señalarán que en el criterio de solución que ha de regir es el funcional, el cual determina la aplicación de la norma convencional de las empresas de limpieza, que es la actividad que realizan los trabajadores en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que obtenga la contrata en cuestión. Y si bien la situación contemplada por la jurisprudencia inicialmente había sido la inversa a la examinada en los casos de autos, es decir, aquella en la que la empresa entrante era un Centro Especial de Empleo y los trabajadores venían prestando servicios para empresas que no tenían –siquiera formalmente– dicha condición y habían perdido la contrata *«nos parece claro que esa diferencia, que no es más que el haz y el envés de una misma realidad, en nada afecta a la consecuente subrogación, no sólo porque, como vimos, la misma viene determinada por razones de índole funcional y, por tanto, es precisamente la actividad de limpieza de edificios la que conduce a aplicar la disposición convencional de dicha actividad, sino también porque, al haberse descartado por nuestra doctrina (y desde luego por nuestro ordenamiento: arts. 14 CE y 37 Ley 13/1982, según Ley 66/2003) que la discapacidad pueda acarrear cualquier elemento de discriminación a los trabajadores afectados, esa cualidad personal deja de tener incidencia alguna en la consecuencia subrogatoria porque lo contrario también entrañaría la vulneración del principio de estabilidad en el empleo que persigue la disposición convencional y supondría, precisamente por ello, un trato discriminatorio, por desigual, en perjuicio de los trabajadores discapacitados, máxime si, tratándose de la limpieza de los mismos locales..., parece indudable la eficiencia y capacidad de quien, como la actora, ha venido desempeñando en idénticos lugares esa misma actividad con anterioridad, aunque lo hiciera al amparo formal del RD 1368/1985 para un centro de empleo de discapacitados, pero no en ese centro sino fuera del mismo y en labores externas de limpieza en las dependencias de las instituciones descritas en los hechos probados».*

B) Efectos de la sucesión: condiciones laborales tras la subrogación

El art. 44 ET ha dado lugar a un importante debate doctrinal y judicial tanto en lo que concierne a la delimitación de su supuesto de hecho, y muy en particular al denominado jurisprudencialmente elemento objeto del mismo, cuanto a las consecuencias jurídicas imputadas a constatación de aquel supuesto, a saber, la subrogación del nuevo empresario «en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior», sin que el cambio de titularidad ínsito a la sucesión extinga «por sí mismo» la relación laboral. Cuáles sean tales condiciones en las que nuevo empresario haya de subrogarse no siempre ha sido una cuestión pacífica, y si bien desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Supremo ya indicó que «la subrogación empresarial ex art. 44 ET sólo abarca «aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún

modo, a las meras expectativas legales»», y la reforma del ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, especificó y aclaró, en los términos impuestos por la normativa comunitaria, el alcance del mantenimiento de las condiciones derivadas de normas convencionales, los problemas siguen surgiendo. A uno de ellos alude la **STSJ de Madrid de 18 de febrero de 2013, IL J 534/2013** que ha de dictaminar acerca de la pervivencia o no tras la sucesión de ciertas condiciones laborales disfrutadas por los trabajadores del anterior titular en virtud de convenios colectivos extraestatutarios que habían sido objeto de aplicación general por la empresa a todos los trabajadores. Los datos fácticos a tener en consideración son los siguientes: Los trabajadores, que prestaban servicios en el aeropuerto de Barajas contratados por la empresa Vinsa, pasan a ser subrogados por la empresa Eulen, al convertirse ésta en la nueva adjudicataria de los servicios de seguridad y vigilancia del citado aeropuerto; dichos trabajadores, mientras prestaron servicios para la empresa Vinsa disfrutaron del denominado «plus de parking» y del «plus de turnicidad», en virtud de sendos acuerdos suscritos por la mencionada empresa y el sindicato UGT, que, aunque no gozaban de eficacia general, se aplicaron por Vinsa a todos los trabajadores comprendidos en los diversos supuestos de hecho que daban origen a su percepción, con independencia de su afiliación sindical o ausencia de ella. Eulen considera que no tiene la obligación de continuar abonando los mencionados pluses. Interpuesta demanda de conflicto colectivo, la sentencia de instancia declaró el derecho de los trabajadores de la empresa Eulen a continuar percibiendo el plus de parking y el plus de turnicidad. La sentencia en examen estimará parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Eulen, declarando que los trabajadores no tienen derecho a percibir el plus de parking pero confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia. El razonamiento de la Sala para llegar a tal conclusión descansa en un inicial y detenido análisis de la singular naturaleza y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios a la luz de la doctrina jurisprudencial, así como de la problemática de las condiciones más beneficiosas («permanece intacta nuestra doctrina, resumida en la sentencia de 25/1/99 (Rec. 1584/98), sobre la fuerza contractual y naturaleza limitada de los convenios extraestatutarios, así como el no nacimiento de una condición más beneficiosa en orden a los derechos que sean consecuencia de un pacto de esta naturaleza, que expresamente prevé su duración temporal, sin que exista razón alguna para mantenerlo después de haber expirado, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables»), para, en segundo término, proceder a examinar la más específica cuestión de la pervivencia de las condiciones derivadas de los acuerdos extraestatutarios tras la subrogación. En relación a este tema la Sala, tras aludir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la obligación y de la empresa sucesora de cumplir los acuerdos extraestatutarios en los supuestos de subrogación convencional (lo que, con independencia de su aplicabilidad al caso concreto, quizás habría que matizar en el sentido de que en muchas ocasiones de sucesiones de contratas y concesiones administrativas los inicialmente supuestos de subrogaciones convencionales terminan por convertirse, en virtud de la doctrina de la asunción de plantilla, en casos de sucesión ex art. 44 ET), señalará que su aplicación al supuesto enjuiciado lleva a «concluir que los trabajadores a quienes afecta el presente conflicto colectivo no tienen derecho a percibir el denominado plus de parking, pues como se ha dicho el referido concepto les fue reconocido por la empresa Vinsa en virtud de un pacto extraestatutario suscrito el día 21 de febrero de 2006 y reiteramos que carecen en general de efectos más allá de las fechas

pactadas, por lo que al fijarse en ese pacto que se renovaría cada 6 meses por acuerdo de ambas partes, una vez que finalizó la última renovación se habría extinguido el derecho y como los trabajadores fueron subrogados por la empresa demandada Eulen el día 11 de noviembre de 2010, la última renovación del pacto por la anterior empresa habría finalizado el 21 de febrero de 2011, por lo que a la fecha de la presentación de la demanda ya no perviviría ese derecho que tenían reconocido por el mencionado pacto extraestatutario, al no haberse renovado por la nueva adjudicataria». Por el contrario, y en aplicación de similar tesis en relación al complemento de turnicidad, se indicará que «como ocurría con el otro complemento estaba reconocido por un pacto extraestatutario suscrito entre la representación de UGT y la empresa Vinsa, pero a diferencia de lo que ocurría con el anterior concepto, este pacto no tenía fijado una fecha de expiración por lo que de conformidad con las sentencias del Tribunal Supremo..., el nuevo empresario deberá respetar las condiciones contractuales que regían con el anterior empleador. Tanto por la propia naturaleza de la subrogación como por lo dispuesto en el artículo 14 del convenio aplicable a las partes que dispone que la adjudicataria cesante deberá notificar al personal afectado la resolución del contrato de arrendamiento de servicios y poner a disposición de la nueva adjudicataria entre otros documentos, fotocopia de las nóminas de los tres últimos meses, o períodos inferiores, según procediere, así como fotocopia de todos los acuerdos o pactos de empresa que tengan los trabajadores afectados como condición más beneficiosa, lo que se ha producido en el supuesto que analizamos en el que la demandada ha aportado los pactos litigiosos porque obviamente le han sido comunicados y, por su parte, establece como obligación de la empresa adjudicataria del servicio que deberá «... respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento,...», lo que lleva consigo que se deba concluir que la empresa adjudicataria deberá respetar el complemento de turnicidad, por lo que se estima en parte el recurso formulado en los términos reseñados».

D) Efectos de la sucesión: responsabilidad solidaria de cedente y cesionario

La STSJ de Andalucía de 24 de enero de 2013, IL J 411/2013, a la que ya nos hemos referido anteriormente (véase apartado 6.A), tras constatar la existencia de una sucesión de empresa en el caso enjuiciado, condenará solidariamente a las empresas cedentes y cesionarias al abono de los salarios de tramitación derivados de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora afectada por la subrogación. El fallo del pronunciamiento condena a la empresa cesionaria (Márquez y Cantón S.L.) a la readmisión de la trabajadora y a ambas empresas implicadas (Building Restauración 2006 S.L. y Márquez y Cantón S.L.) de forma solidaria, al abono de los salarios de tramitación. El artículo 44.3 ET señala que en los supuestos de transmisiones inter vivos el cedente y el cesionario responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechas y que sólo cuando la cesión fuese declarada delito la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario alcanzará también a las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, por lo que llama la atención esa condena solidaria a la empresa cedente al abono de los salarios de tramitación que realiza el pronunciamiento examinado.

Por su parte, la no concurrencia de ninguno de los presupuestos requeridos por el art. 44.3 ET, el no haberse cuestionado, ni haberse probado consecuentemente, que la transmisión empresarial producida en el supuesto enjuiciado constituyera delito y el hecho de que la empresa cedente (Telefónica) no fuera empleadora de los actores desde el año 2010 y se reclamaran derechos del año 2013 son los argumentos esgrimidos por la **SAN de 24 de mayo de 2013, IL J 591/2013** para absolver a la citada empresa cedente de las peticiones formuladas en materia de compensación y absorción salarial en las demandas acumuladas de conflicto colectivo promovidas por CCOO y CGT (a las que se adhirieron STC y UGT) contra Ericsson España, S.A. y Telefónica I+D SAU.

JESÚS CRUZ VILLALÓN
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS
VELASCO
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato para obra o servicio determinado.
 - b) Contrato eventual por circunstancias de la producción.
 - c) Contrato de interinidad.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Conversión en indefinidos.
 - b) Tratamiento de la extinción contractual
4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Contrato a tiempo parcial.**
 - B) **Contratos fijos discontinuos.**
 - C) **Contrato de relevo.**
5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica destacan varias sentencias. En primer lugar, la **STS de 26 de marzo de 2013, IL J 490/20136**, sobre la interpretación de la insuficiencia de plantilla de la Administración Pública que justifica la celebración del contrato eventual. En segundo lugar, la **STS de 30 de abril de 2013, IL J 611/2013**, que específicamente para el sector de la construcción aplica la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación que debe hacerse de la expresión del art. 15.5 ET «mismo puesto de trabajo» en el Convenio General de la Construcción. En tercer lugar, la **STC 61/2013, de 14 de marzo, IL J 347/2013** que

declara la inconstitucionalidad de la regulación del cálculo de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial establecida en la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS, por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo. Este pronunciamiento ha motivado la aprobación del Real Decreto-Ley 11/2013, estableciendo nuevas reglas de cálculo para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social. También tienen relevancia un grupo de pronunciamientos de unificación de doctrina sobre determinadas condiciones para el acceso a la jubilación parcial.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) supuestos

a) *Contrato por obra o servicio determinado*

Son varias las sentencias que abordan cuestiones relacionadas con el contrato por obra en el período analizado. Concretamente, en relación con la duración del contrato destaca la **STS de 6 de marzo de 2013, IL J 391/2013**, en la que se declara que el contrato permanece en vigor en tanto lo haga la obra o servicio que justificó su celebración. De este modo, la sentencia que nos ocupa señala que en el supuesto concreto que en la misma se dilucida:

«[...]se ha producido una situación límite en la que no ha finalizado la actividad que dio lugar a la obra o servicio determinado para la que se contrató a la trabajadora lo que en principio no puede justificar el cese de la misma, y ello aun aceptando la plena licitud del contrato temporal suscrito, como lo hizo la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido no por fraude en la contratación sino porque los trabajos continuaron con posterioridad al cese. Tanto si se parte exclusivamente de la mención en el contrato de la trabajadora de la obra o servicio en el que debía participar, lo que impone la pervivencia de su contrato mientras aquellos se mantengan, como si se vincula su duración a la conexión de su contrato con la encomienda administrativa de la que se había hecho cargo TRAGSEGA, con una fecha de finalización que obviamente no coincidió con la terminación real de los trabajos, lo que habría requerido una prórroga del contrato laboral, ambas expectativas dan cobertura a la pretensión actora que se ha visto burlada sin un motivo razonable u objetivo por lo que solo a la finalidad excluyente, perjudicial para quien ha intentado llevar sus pretensiones por los cauces que las normas legales autorizan cabe atribuir el resultado que comporta la calificación de despido nulo con las consecuencias inherentes al mismo».

En relación con la expresión de la causa en el contrato por obra, en segundo lugar, la **STSJ de Galicia de 31 de enero de 2013, IL J 556/2013**, respecto del recurso a esta modalidad contractual por parte de la Administración Pública –concretamente, la Televisión de Galicia– aplica la doctrina general en la materia, concluyendo que «la Administración cuando acude a este tipo de contrataciones, recibe un trato semejante al que se dispensa a los empresarios, aunque con las particularidades del caso, así es que la obra o el servicio

debe quedar suficientemente identificado y concretado»; en otras palabras, «las AAPP no quedan exoneradas del cumplimiento de esa exigencia legal –que sea suficientemente identificada la obra o el servicio–, puesto que deben «someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios [artículo 1.2 ET], celebren y queden vinculadas con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en su desarrollo ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Así lo impone el artículo 35.1 RD 364/1995 [10/Marzo], Reglamento General de Ingreso del personal al Servicio de la Administración General del Estado. Y negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del artículo 9.1 CE, que sujeta no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En definitiva, no es posible a las Administraciones Públicas eludir el artículo 15 ET y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y generadoras de derechos y obligaciones».

Finalmente, también en relación con la causa del contrato, destaca la **STSJ de Castilla La Mancha de 21 de febrero de 2013, IL J 654/2013**, que en un supuesto de contrato por obra vinculado a la celebración de una contrata señala que se ajusta a derecho el contrato temporal concertado entre un trabajador y una empresa contratista en el que se especifica que el objeto del contrato para obra o servicio determinado es para «recogida de animales muertos en Castilla-La Mancha», vinculándose la duración del contrato al mantenimiento de la encomienda de tal servicio a la contratista. Y ello además porque consta acreditado «adecuadamente que el servicio al que fue destinado el trabajador ha sido desde el principio hasta su conclusión a la retirada de animales muertos de las explotaciones ganaderas para su posterior destrucción mediante incineración o inhumación, extremo que no ha sido contradicho por el demandante, por lo que cabe concluir que se ha identificado suficientemente la obra o servicio objeto del contrato, no concurriendo la utilización fraudulenta de la contratación temporal que se denuncia».

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Es interesante destacar en relación con el contrato eventual la **STS de 26 de marzo de 2013, IL J 490/20136**, que entra de nuevo a valorar una cuestión controvertida en el supuesto de que la Administración Pública recurra a esta modalidad de contratación alegando la insuficiencia de plantilla. Como es sabido, y recuerda además el TS en la sentencia que comentamos, se ha venido interpretando que en el caso de las Administraciones Públicas, el déficit de plantillas puede constituir una causa de eventualidad. Así, se ha admitido que «lo que caracteriza a la «acumulación de tareas» es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aún estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo» (STS de 7 de diciembre de 2011, Rec. 935/2011).

Pues bien, en la sentencia que comentamos, el TS se manifiesta en sentido contrario al considerar que la aplicación de esta doctrina jurisprudencial requiere en todo caso de la concreción de la causa de la insuficiencia de la plantilla; esto es, no se entiende suficiente la referencia genérica a la misma en relación con las ausencias de la plantilla debidas a permisos disfrutados por los trabajadores:

«Ahora bien, con independencia de la adecuación de las vacaciones de la plantilla para justificar la existencia de una acumulación de tareas, lo cierto es que la utilización del contrato eventual exige la concurrencia real de dicha causa, no pudiendo servir al respecto la mera mención a la concurrencia con las vacaciones de otros trabajadores de la plantilla. Así lo hemos recordado en la STS de 12 de junio de 2012 (rcud. 3375/2011). En el presente caso, no sólo no se consignaba válidamente la causa de la contratación –con identificación de la circunstancia de los permisos o descansos de trabajadores concretos–, sino que, además, la extinción se produce sin relación alguna con el agotamiento de los períodos de descanso de los trabajadores en cuestión, lo que impide conocer en qué medida había un incremento de las necesidades productivas de la empresa».

c) Contrato de interinidad

En punto a la interinidad por sustitución, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2013, IL J 419/2013**, declara la ilegalidad del cese de una trabajadora interina. En el caso de autos, la contratación por sustitución, motivada por una incapacidad temporal de la trabajadora sustituida fue posteriormente modificada en lo relativo a la causa de la sustitución, una vez que dicha trabajadora fue declarada en situación de incapacidad permanente total revisable en el plazo de dos años. Sin embargo, el cese se produjo, al no autorizar la Dirección General de Presupuestos la subsistencia del contrato de interinidad por sustitución. A este respecto, entiende la Sala que ello no es causa de extinción legal del contrato de interinidad. Asimismo, desestima la alegación de la Administración recurrente en que habiendo optado la trabajadora sustituida por cobrar una indemnización por extinción de su contrato con la Administración, ello justificaría que la relación laboral que fundamentaba la sustitución se habría extinguido. A estos efectos, la sentencia comentada toma en consideración que en todo caso, la terminación del contrato de interinidad se produjo dos meses después de la decisión de la trabajadora inicialmente sustituida de solicitar dicha indemnización.

También se reputa improcedente el cese de un contrato de interinidad por sustitución producido tiempo después de que finalizara el período máximo de excedencia voluntaria por cuidado de un familiar de la trabajadora sustituida que justificaba el contrato temporal, habiéndose prolongado la prestación de servicios de la trabajadora interina más allá de la causa que inicialmente habilitaba la extinción del contrato (**STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2013, IL J 537/2013**).

En el terreno de la interinidad por vacante, la **STS de 13 de mayo de 2013, IL J 677/2013** reitera la doctrina ya unificada en STS de 27 de febrero de 2012, recud. 736/2012, y que afecta a trabajadores interinos de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, que si bien no tiene la consideración de Administración pública, se rige en cuanto a su personal

por las reglas de contratación previstas para estas entidades (RD 370/2004 por el que se aprueba el Estatuto de Personal de la sociedad estatal demandada). En esencia, estima el Alto Tribunal que puede producirse la amortización de la plaza (en el caso de autos para reparto de correo en sábados, por supresión de dicho reparto). Lo más relevante es que se declarara que dicha amortización puede llevarse a cabo sin necesidad de cumplir las formalidades que los arts. 52 y 53 ET, para la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y ello aún cuando se trataba de trabajadores interinos donde se había sobrepasado ampliamente la duración máxima del contrato de interinidad por vacante.

B) Reglas generales

a) *Conversión en indefinido*

Destaca en esta materia la **STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2013, IL J 551/2013**, que declara que se convierte en indefinido el trabajador contratado mediante «treinta y siete contratos de trabajo desde el año 1995, inicialmente para empresas de trabajo temporal a través de contratos temporales por circunstancias de la producción o de obra, pero que encubrieron una prestación de servicios para la TVG en actividades normales y habituales de la entidad, cuales fueron la realización de programas, telexornales, y diversas retransmisiones deportivas [...]». Por otro lado ya en la prestación de servicios directamente con la TVG, como operador montador de video, la realidad es que tales funciones las completaba con actividades de postproducción como operador, sustituyendo incluso a operadoras en su ausencia».

En segundo lugar, se ha de hacer especial mención en esta materia a la **STS de 30 de abril de 2013, IL J 611/2013**, que específicamente para el sector de la construcción aplica la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación que debe hacerse de la expresión del art. 15.5 ET «mismo puesto de trabajo» en el Convenio General de la Construcción, considerando que el puesto se define por las tareas y funciones que desempeñe el trabajador, por la categoría profesional y por el centro de trabajo, de manera que cualquier variación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo:

«Con tales circunstancias fácticas, pues, y a diferencia de lo que esta Sala ha entendido respecto a otras actividades y en supuestos muy diferentes a éste (SSTS, entre otras, de 19-7-2010, R. 3655/09; 9-12-2010, R. 321/10; 15-2-2011, R. 1804/10; 19-4-2011, R. 2013/10; y 24-5-2011, R. 2524/10), parece evidente que aquí no nos encontramos ante «el mismo puesto de trabajo», que es el presupuesto del art. 15.5 ET, máxime cuando la regulación convencional específica, tanto la estatal del Convenio General de la Construcción (art. 18: «*El puesto de trabajo se define por las tareas y funciones que desempeñe el trabajador, por la categoría profesional y por el centro de trabajo, de manera que cualquier variación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo*») como la del Convenio Provincial de Vizcaya que lo reproduce tras la redacción de su art. 12 por la Comisión Paritaria (Acta 2/2007) a la que alude la propia sentencia impugnada y de la que ya nos hicimos eco en la nuestra de 25-5-2011. Por todo lo razonado se concluye que los trabajadores no han prestado servicios en el mismo puesto de trabajo, con lo que no se ha superado el límite temporal que contempla el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores

al referirse «al mismo puesto de trabajo». Hay que poner de relieve que la redacción del artículo 15.5 del ET aplicable al asunto examinado es la introducida por la ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, redacción modificada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que es la actualmente vigente. En dicha redacción el requisito referido al puesto de trabajo ha variado pues ahora el precepto se refiere a «para el mismo o diferente puesto de trabajo». Se suspendió la aplicación de dicho precepto hasta el 31 de agosto de 2013 por el artículo 5 del RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto. Dicha suspensión se anticipó al 31 de diciembre de 2012 por el artículo 17 de Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero y posteriormente por el artículo 17 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral».

b) Tratamiento de la extinción contractual

Ha de traerse a colación en materia de extinción del contrato temporal, la **STS de 15 de mayo de 2013, IL J 667/2013**, en la que se reitera la doctrina de la STS de 18 de diciembre de 2012, Rec. 1117/12, en materia de extinción del contrato por obra en los supuestos de reducción de servicios de contrata concertada para la protección de personalidades. La sentencia que nos ocupa llega a la misma conclusión apuntada anteriormente por el TS con los mismos argumentos; esto es, se considera que la extinción del contrato se ajusta a derecho.

También en relación con la vinculación del contrato de obra a una contrata, la **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013, IL J 640/2013**, considera en un supuesto en el que la contrata no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, que cabe entender que la resolución de la contrata comporta también la del contrato de trabajo, puesto que:

«[...] existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste [...] se autoriza la limitación del vínculo contractual cuando la terminación de la contrata opera por causa distinta de la voluntad del contratista y por ello si es éste el que denuncia el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable, no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término, sin necesidad de algún pronunciamiento sobre la declaración de nulidad solicitada, porque así se pronuncia la sentencia y en consecuencia, se impone el fracaso del recurso y la confirmación de la recurrida».

Finalmente, de nuevo en un supuesto de vinculación del contrato de obra a contrata, la **STSJ de Castilla La Mancha de 21 de febrero de 2013, IL J 654/2013**, declara que la extinción del mismo ha de entenderse perfectamente ajustada a derecho cuando, por modificación de la normativa reguladora de la actividad, se fija un sistema de elección del contratista diferente:

«En esa tesitura, el demandante comenzó a prestar servicios el 25/03/2008 para la entidad Sanidad Animal y Servicios Ganaderos, S.A. (TRAGSEGA) que posteriormente fue absorbida, según escritura pública de fecha 21/10/2010, por la entidad Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A. (TRAGSATEC), que se subrogó en la relación laboral del demandante, que se mantuvo inalterada. Por Resolución de 13/12/2010 de la Dirección General de Agricultura y Ganadería de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se autoriza a la empresa TRAGSATEC, como empresa filial de TRAGSA, como empresa gestora autorizada para la retirada de los animales muertos de las explotaciones ganaderas de Castilla-La Mancha por un período de 10 años, si bien se especifica en su apartado cuarto que la autorización puede ser revocada por acuerdo mutuo, por la concurrencia de causas sobrevenidas que imposibiliten su continuación o por incumplimiento de la empresa autorizada. Sin embargo, por Resolución de 10/02/2012, de la Dirección General de Agricultura y Ganadería de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM27/02/2012), en cumplimiento de la normativa europea, transpuesta al ordenamiento español, y con la finalidad de abrir la actividad al mercado libre, se procede al cambio del sistema anterior instaurado para la retirada de los animales muertos de las explotaciones ganaderas de Castilla-La Mancha, de modo que será el ganadero individualmente quien elegirá la empresa que le preste el servicio de entre aquellas que hayan sido autorizadas por la Administración autonómica, que según dicha Resolución resultan ser las empresas Francisco Barrueco, S.L.; Secanim Bio-Industries, S.A. y Cevega, S.L. Tal Resolución se remite a la Entidad Estatal de Seguros Agrarios (ENESA) para su difusión e información a las entidades de seguros agrarios, empresas y explotaciones ganaderas, oficio con fecha de salida de 08/03/2012. Así las cosas, se produce el cese del trabajador demandante el día 31/05/2012 que ha de considerarse ajustado a derecho por concurrir la causa prevista en el art. 8.1 a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, esto es, por realización de la obra o servicio objeto del contrato, pues como consecuencia del cambio normativo operado, el servicio de retirada de los animales muertos de las explotaciones ganaderas de Castilla-La Mancha pasa de ser gestionado mediante encomienda a TRAGSATEC como empresa gestora del servicio, a ser de libre elección de cada ganadero de entre las empresas privadas autorizadas para ello, lo que implica que la empresa demandada ya no puede seguir realizando el servicio que venía prestando, concluyendo por ello la actividad para la que fue contratado el trabajador demandante. Tal circunstancia, además aparece recogida en el propio contrato de trabajo suscrito con el demandante, puesto que en su cláusula adicional cuarta se dice que «Si por cualquier circunstancia quedase anulada la encomienda del servicio descrito en el objeto del presente contrato, bien por la conclusión del servicio, decepcionado satisfactoriamente por la Administración ordenante, o bien en el supuesto de que dicha Administración suspendiera, cancelara, extinguiera o redujera los efectivos materiales y/o humanos unilateralmente del referido encargo, se entenderán finalizados los trabajos propios de su especialidad y categoría previstos en el presente contrato y se procederá automáticamente a su extinción».

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Contrato a tiempo parcial

De entrada, cabe destacar la muy relevante **STC 61/2013, de 14 de marzo, IL J 347/2013**, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de la regla 2ª del apartado 1 de la Disposición

Adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social. La sentencia considera que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Por esta razón, estima que se ha producido una discriminación indirecta por razón de sexo, a la vista de la predominante incidencia de este tipo de contratación sobre el empleo femenino. Obviamente en esta resolución ha sido notable la influencia de la STJUE de 22 de noviembre de 2012, comentada en anteriores crónicas y cuya doctrina se recoge en el pronunciamiento reseñado y que estimó contraria a la Directiva 79/7 una regulación estatal que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada. Asimismo, analiza la sentencia que las reglas correctoras de atender a los días teóricos de cotización y fijar un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización contenidos en la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS, que perjudicaría especialmente al sector de los trabajadores a tiempo parcial con una jornada laboral reducida o con mayores períodos de ocupación a tiempo parcial en el conjunto de su vida laboral. Este pronunciamiento ha motivado la aprobación del Real Decreto-Ley 11/2013, estableciendo nuevas reglas de cálculo para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social

En otro orden de cosas, la **STS de 18 de marzo de 2013, IL J 478/2013**, enjuicia un conflicto colectivo de la empresa IBERIA en relación con la obligación empresarial de comunicar en los recibos mensuales de salarios de los trabajadores a tiempo parcial las horas complementarias realizadas y su retribución. La sentencia confirma el pronunciamiento de instancia que ya había rechazado la argumentación de la entidad empleadora de que era imposible el cumplimiento de esta obligación al haberse fijado una jornada anual. A este respecto, se apoya la sentencia en la previsión convencional que establecía dicha obligación.

««Si se ha pactado una jornada anual ordinaria, tendrá que planificar la utilización mensual de dichas horas, de manera que las horas de exceso mensual deberán reputarse complementarias, sin perjuicio de las eventuales disfunciones, que pudieran producirse, cuya resolución no plantea, a nuestro juicio, problemas de tal magnitud que impidan el cumplimiento de lo pactada convencionalmente, dado que una planificación razonable del trabajo de estos trabajadores, inexcusable convencionalmente, si se tiene presente que la utilización de las horas complementarias exige preaviso, a tenor con lo dispuesto en el art. 267 de la parte segunda del convenio de IBERIA, permitirá prever razonablemente en plazos mensuales qué número de horas ordinarias y complementarias serán necesarias en cada mensualidad»».

También tiene interés la **STS de 26 de abril de 2013, IL J 679/2013**, que enjuicia un supuesto de un trabajador contratado en una empresa de servicios a tiempo completo, pero distribuyendo su jornada entre dos contratistas que tenía la empresa de servicios con dos empresas clientes. Esencialmente, la sentencia analiza la concurrencia de una causa

productiva por disminución del pedido de horas de una de las empresas clientes respecto a la empleadora del trabajador, causa que el Alto Tribunal estima acreditada. En segundo término, se analiza que ante este cese en el número de horas, la empresa de servicios ofreció al trabajador mantener su contratación con la otra empresa cliente, pero a tiempo parcial. Oferta ésta que fue rechazada por el trabajador en el año 2011. La sentencia de unificación de doctrina ante el despido del trabajador estima que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, y viceversa, exige la voluntariedad del trabajador y que a falta de acuerdo con el trabajador, no cabía al empresario utilizar la medida de la modificación sustancial de condiciones del art. 41 ET, lo que apuntalaba la razonabilidad del cese.

De menor relevancia, por atender a las circunstancias del caso concreto y a la valoración probatoria realizada en instancia, es la **STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2013, IL J 433/2013**. En dicho pronunciamiento, se estima que pese a que en un contrato a tiempo parcial no se especificó debidamente la distribución horaria de la jornada pactada, ello no implica automática la consideración del contrato a jornada completa, pues la previsión contenida en el art. 12.4.a) ET es de carácter «iuris tantum», al disponer que la misma operará «salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios».

B) Contratos fijos discontinuos

La **STS de 21 de marzo de 2013, IL J 480/2013**, resuelve un recurso de unificación de doctrina relativo a un pacto alcanzado en un expediente de regulación de empleo por el cierre de un centro de trabajo, que reconocía el derecho de los trabajadores fijos discontinuos a ser llamados prioritariamente a trabajadores temporales en caso de necesidades de trabajo en otros centros. La sentencia confirma este derecho y delimita este tipo de pactos respecto de aquellos acuerdos colectivos de creación de una bolsa de trabajo, ya que estos últimos al tener naturaleza obligacional, requerirían para su aplicación un desarrollo previo mediante acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

«Ciertamente el acuerdo de crear una bolsa de contratación tiene un alcance obligacional para la empresa y la representación de los trabajadores, que las compele a ulteriores concreciones negociadas. Sin embargo, esa naturaleza no es predicable del pacto por el que establece la prioridad, que aquí interesa, pues de él lo que se deriva es una obligación para la empresa de respetar la prioridad que se indica y, en contrapartida, nace un derecho de los trabajadores, que reúnan las condiciones a las que se refiere el pacto; derecho exigible aunque el mismo pueda adolecer de algunas imprecisiones para los supuestos de concurrencia de trabajadores, cuestión ajena a la debatida aquí».

La **STSJ de Galicia de 28 de enero de 2013, IL J 408/2013** examina la reclamación de despido de un trabajador con un contrato de obra o servicios para sucesivas campañas. La sentencia de suplicación aplica la doctrina unificada que considera que la contratación adecuada es la de contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, a tenor de lo previsto en el art. 15.8 ET, al haberse constatado la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos

limitados, ya que la necesidad de prevención y extinción de incendios forestales responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa pública demandada, las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos.

También se dilucida el carácter de la contratación en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2013, IL J 655/2013**, que determina que la relación de un profesor de clarinete en una Escuela Municipal de Música es una relación indefinida de carácter discontinuo por cuanto la actividad formativa desempeñada por el trabajador demandante es una actividad cíclica y con vocación de permanencia, como lo demuestra el hecho de los sucesivos cursos; y no constituye una obra o un servicio con autonomía o sustantividad propia, sino que forma parte de los servicios o actividades que presta el Ayuntamiento de manera permanente si bien de forma cíclica y regular en los sucesivos cursos escolares. En este sentido, atendiendo al verdadero carácter fijo discontinuo del contrato, el plazo de caducidad del despido se iniciaría a partir del conocimiento por parte del trabajador de su falta de convocatoria para el curso siguiente.

En punto a la protección por desempleo, y en concreto a la reanudación de la prestación suspendida tras un período de ocupación de un trabajador con una relación indefinida de carácter fijo discontinuo, la **STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2013, IL J 538/2013**, desestima el recurso interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal que reputaba como días cotizados los días de inactividad tras el cese de la prestación. Esto es, lo que vino a invocar la entidad recurrente es que no había finalizado la causa de suspensión de la prestación, equiparando a trabajo efectivo el periodo de cotización que se obtiene conforme a las reglas legales y que la norma califica como «días asimilados al alta». Sin embargo, la sentencia estima que el período de prestación por desempleo fijado anteriormente no quedaría afectado por la cotización ficticia o asimilada, por cuanto la asimilación de días cotizados solo lo es a los concretos efectos que ahí se indican: para causar el derecho, para el periodo de carencia, porcentaje de pensión de jubilación y base reguladora y nunca para el periodo de ocupación cotizada sobre el que se obtiene el de duración de la prestación por desempleo.

C) Contrato de relevo y jubilación parcial

Diversas sentencias de unificación de doctrina abordan requisitos relacionados con el acceso a la jubilación parcial. En primer lugar, la **STS de 25 de febrero de 2013, IL J 377/2013** interpreta el alcance de la expresión «Convenio y acuerdos colectivos de empresa» contenida en la Disposición Transitoria 2.ª del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo. La referida Disposición Adicional dice literalmente: «*Jubilación Parcial.*— *Hasta el 31 de diciembre de 2012, podrán acogerse a la modalidad de jubilación parcial establecida en el artículo 166.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las letras b, c, d, e y f de dicho artículo, los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, a las siguientes edades: –60 años si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante*

un contrato de duración indefinida. –60 años y 6 meses si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones».

En el caso de autos, se denegó la jubilación parcial a un trabajador que tenía sesenta años y dos meses porque el convenio colectivo en que se contemplaba la jubilación parcial era de carácter sectorial y no un convenio o acuerdo de empresa. Pues bien, el Alto Tribunal, sobre la base de primero un argumento gramatical, y posteriormente finalista, considera 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 17.ª de la LGSS, que se refiere a los «convenios y acuerdos colectivos», sin circunscribirlas al ámbito empresarial. A este respecto se argumenta en la sentencia:

«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. 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 entendemos que responde a cálculos económicos elaborados por la Administración de la Seguridad Social».

En segundo lugar, la **STS de 11 de marzo de 2013, IL J 366/2013**, reitera doctrina en el sentido de negar la jubilación parcial a los funcionarios públicos incluidos en el régimen de Clases Pasivas, pero además también excluye el cómputo recíproco de cotizaciones. De suerte que a efectos de la jubilación parcial en el régimen general de la Seguridad Social, no son computables las cotizaciones efectuadas por el trabajador beneficiario de esa prestación en el régimen de Clases Pasivas del Estado, mientras prestó servicios como funcionario de carrera. Sin embargo, distinta es la cuestión analizada en la **STS de 25 de marzo de 2013, IL J 485/2013**, en que se aborda si para el requisito de antigüedad mínima en la empresa, previa a la jubilación parcial de seis años, no puede computarse el período en que la trabajadora solicitante tenía la condición de funcionaria incluida en el RGSS. El Tribunal estima que esta «antigüedad» es equivalente a «vinculación» o prestación de servicios, por lo que no ha de ser exclusivamente de carácter laboral. Por ello, en el supuesto de Administración pública son computables los servicios prestados, previamente, como funcionario.

En tercer lugar, y al hilo del anterior requisito, la **STS de 5 de marzo de 2013, IL J 470/2013**, unifica doctrina sobre la antigüedad mínima en la empresa previa a la jubilación parcial en casos en que se accede a esta situación antes de la edad de 65 años. A estos efectos, se precisa que si bien de acuerdo con la reforma legislativa operada por la Ley 40/2007 se exige para alcanzar la jubilación parcial con menos de 65 años que el beneficiario esté sujeto a una relación de trabajo a tiempo completo y por tanto, no puede accederse a la jubilación parcial desde un contrato a tiempo parcial, en cuanto al requisito de una antigüedad previa en la empresa no es necesario que todo el periodo de prestación de servicios lo haya sido a tiempo completo. En esencia, señala el pronunciamiento:

«La norma no exige que la antigüedad en la empresa sea en su totalidad a jornada completa. Es cierto que podrían darse los supuestos hipotéticos que apunta la sentencia recurrida;

ahora bien, en tal caso nos encontraríamos ante un supuesto claro de fraude de ley, pues la contratación a tiempo completo se habría realizado con la única finalidad de poder superar el requisito que impedía el acceso a la jubilación parcial. Pero, sin perjuicio de que el fraude no puede suponerse, sino que ha de acreditarse, este no es el caso ahora enjuiciado, ni mínimamente puede intuirse de la larga relación laboral del trabajador con la empresa...».

En punto a la extinción de la jubilación parcial, la **STS de 27 de marzo de 2013, IL J 690/2013**, declara el derecho a percibir la jubilación parcial en un supuesto donde el trabajador jubilado parcialmente fue despedido de su primer contrato a tiempo parcial mediante un despido colectivo, suscribiendo posteriormente un contrato con diferente empresa, también a tiempo parcial en jornada equivalente a la del contrato extinguido. Finalizado el segundo contrato, el derecho a la jubilación parcial se extendería hasta la finalización del derecho del trabajador a su prestación por desempleo.

Por su parte, la **STS de 22 de abril de 2013, IL J 615/2013**, declara la responsabilidad empresarial en el pago de la jubilación parcial por el incumplimiento de la obligación de sustitución del trabajador relevista cuando la empresa procedió a extinguir por causas objetivas los contratos de dicho trabajador y también del trabajador relevado. De entrada, el Tribunal Supremo diferencia este supuesto de la doctrina establecida para los casos de cese de los trabajadores mediante un despido colectivo que afectaba a la totalidad de la plantilla, donde se ha excluido la responsabilidad empresarial (TS 4ª de 22, 29 y 31 de enero de 2013, rec. 1998/12, 1571/12 y 1575/12). En segundo término, el Alto Tribunal desestima la alegación de que la responsabilidad empresarial hubiera podido quedar excluida porque el trabajador relevado y jubilado parcialmente reuniera los requisitos para acceder a la jubilación a los 63 años por haber trabajado con anterioridad a 1967 y tener más de 40 años cotizados.

Por su parte, la **SAN de 8 de abril de 2013, IL J 463/2013**, analiza la congelación de jubilaciones parciales en AENA a partir de abril de 2012. Considera que dicha congelación legalmente prevista no vulnera la regulación convencional, ya que la norma pactada está subordinada jerárquicamente a la ley, y concretamente a las limitaciones presupuestarias de la negociación colectiva en el ámbito del sector público.

Ya en relación con el contrato de relevo y su naturaleza, la **STSJ de Galicia de 22 de febrero de 2013, IL J 527/2013**, argumenta que dicho contrato es un contrato a término, fijándose la fecha de finalización en la jubilación total del trabajador sustituido parcialmente, y por consiguiente, consideran ajustada a derecho la terminación en dicho momento, aunque con anterioridad hubiera acaecido la muerte del trabajador sustituido.

Por último, cabe reseñar algunos otros pronunciamientos sin interés en esta materia. Así, en cuanto a la responsabilidad empresarial por la prestación de jubilación parcial, cuando el relevista ha de cumplir una sanción de suspensión de empleo y sueldo que le impone la empresa, ésta viene obligada a sustituir al trabajador con el contrato de trabajo suspendido, y en su defecto, a responder de la pensión de jubilación parcial que percibiera el trabajador parcialmente jubilado, la **STS de 11 de marzo de 2013, IL J 389/2013**, no entra en el fondo del recurso, al estimar que la condena empresarial no alcanzaba la cuantía litigiosa que habilitaba el acceso al recurso de suplicación. Y, en fin, aplicando doctrina ya unificada, la **STSJ de Andalucía de 24 de enero de 2013, IL J 557/2013** deniega el dere-

cho a la jubilación parcial del personal laboral de una Administración Pública por cuanto la concreta Administración empleadora no tiene obligación de aceptar la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, pues no hay norma legal que lo imponga y tampoco está previsto en el convenio colectivo aplicable.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

La **STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2013, IL J 540/2013** examina la extinción de un contrato de un trabajador indefinido no fijo realizada por amortización de los puestos de trabajo decidida en la resolución de la Entidad local empleadora motivada por causas económicas. La sentencia estima que debió seguirse el procedimiento de despido colectivo, por lo que declara la nulidad del cese.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. SALARIO.

A) Definición y composición de la estructura salarial.

- a) Puesta a disposición solamente del 60% de la indemnización en despido objetivo por causas económicas, en empresas de menos de 25 trabajadores.
- b) Error excusable en la consignación de la indemnización. No devengo de salarios de trámite.
- c) Abono de los salarios de trámite pactados en conciliación administrativa.
- d) Retenciones de IRPF no practicas. Plazo de prescripción de reclamación de cantidad desde el momento del pago a la hacienda pública.
- e) Reclamación de cantidad. Empresa Pública. Plus de convenio declarado nulo por falta de autorización administrativa. Es correcto dejar de abonarlo pero sin detraer las cantidades ya abonadas por este concepto.
- f) Empresa de Seguridad. Retribución de las horas extraordinarias. Valor no inferior a la hora ordinaria. Complementos de puesto.
- g) Supresión de la paga extraordinaria en el Sector Público.
- h) Antigüedad. Trabajadores de RTVE. Cómputo según el tiempo de prestación de servicios previos.

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 art. 53.1.b) ET. Relación entre lo dispuesto en los artículos 53.1.b) y 33.8 ET.

2. TIEMPO DE TRABAJO.

A) Descanso intrajornada. No procede su retribución en jornadas inferiores a 6 horas.

B) Computo de la jornada. La modificación de la reglas del cómputo de inicio y fin de jornada constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

C) Distribución irregular de la jornada. Tiene como límite temporal el año natural.

- D) **Registro informático de la jornada. Tiene la consideración de Tratamiento Automatizado de datos.**
 - E) **Jubilación Parcial. Validez de los periodos trabajados a tiempo parcial en el cómputo de los 6 años de antigüedad en la empresa.**
 - F) **Vacaciones: Nulidad de práctica empresarial consistente en reconocerlas en el año siguiente a su devengo cuando supuestos de I.T impiden su disfrute dentro del año natural, manteniendo íntegra la exigencia de la jornada correspondiente al ejercicio donde se reconoce ese periodo vacacional.**
3. SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.
- A) **Convocatoria de cobertura de plazas y delimitación del ámbito profesional abierto para concurrir a la misma: modalidad procesal adecuada.**
 - B) **Amortización de plazas laborales vacantes en Universidad pública y conversión en administrativas: procedimiento.**
4. MODIFICACION SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.
- A) **Modificación de las condiciones laborales. Reducción salarial injustificada.**
 - B) **Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Nulidad.**
 - C) **Suspensión de contratos y reducción de jornada. Periodo de consultas negociación de buena fe.**
 - D) **Conflicto Colectivo. Suspensión de gastos de acción social. Desestimatoria.**
 - E) **Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Licitud.**
 - F) **Reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.**
 - G) **Modificación sustancial de condiciones. Sistema de retribución por comisiones. Nulidad del periodo de consultas.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 4, 5 y 6 de 2013 de la *Revista de Información Laboral* (abril-junio 2013).

1. SALARIO

A) **Definición y composición de la estructura salarial**

- a) *Empresas de menos de 25 trabajadores. Puesta a disposición solamente del 60% de la indemnización en despido objetivo por causas económicas*

STS de 4 de marzo de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 958/2012), IL J 369/2013, **STS de 15 de marzo de 2013** (recurso de casación unificación de doctrina

1725/2012), IL J 477/2013, **STS de 27 de marzo de 2013** (recurso de casación unificación de doctrina 2234/2012), IL J 493/2013, **STS de 8 de abril de 2013** (recurso de casación unificación de doctrina 2291/2012), IL J 689/2013, **STS de 16 de abril de 2013** (recurso de casación unificación de doctrina 1437/2012), IL J 623/2013.

1. El objeto de los procedimientos referidos, consiste en determinar si la puesta a disposición solamente del 60% de la indemnización en despidos por causas objetivas, por empresas de menos de 25 trabajadores, remitiendo al trabajador para el cobro del 40% restante de la indemnización al fondo, cumple lo regulado por el legislador en el art. 53.1 del ET, o de contrario deviene que el mismo sea calificado como improcedente, argumenta la representación del trabajador que de esta forma no se da cumplimiento al requisito de puesta a disposición de la indemnización, que exigiría que fuera completa, pues el citado artículo reza: «poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita la indemnización de 20 días por año de servicio».

2. Se desestima la pretensión de la parte actora, al realizar una interpretación integrada con el artículo 33.8 del ET, que según este precepto, interpreta la Sala de lo Social, el fondo se convierte en responsable directo del pago del 40% de la indemnización, y en consecuencia el empresario solamente debe poner a disposición el importe que corre a su cargo, es decir el 60%. Refiere a los trabajadores como titulares del derecho al 40% de la indemnización frente al fondo.

3. Si bien es cierto que esta doctrina se casa mediante la primera sentencia de las referidas es decir la de fecha 4 de marzo de 2013, la misma tiene su base argumental sobre otra doctrina unificada de la Sala en sentencias de 27 de junio, 24 de noviembre, 12 de diciembre de 1992 y 11 de mayo de 1994, que ya establecen que el fondo «tiene carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores, si bien admiten que esta obligación se module en función del comportamiento de las partes, de forma que si la empresa anticipa el pago de la parte correspondiente al Fondo, podrá solicitar su reintegro de éste Organismo, pero si la empresa hace efectivo solamente el porcentaje del 60%, se estará en el supuesto normal de la legitimación del trabajador para solicitar el 40% del Fondo, como había ocurrido en el caso resuelto por las Sentencias citadas, en el que la empresa había mejorado la indemnización, abonando el 60% de la indemnización legal más la mejora íntegra, reclamando los trabajadores el 40% restante al Fondo, siendo los trabajadores «titulares del mencionado derecho» de reclamación frente al Fondo».

b) Error excusable en la consignación de la indemnización. No devengo de salarios de trámite

STS de 13 de marzo de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 2002/2011, IL J 473/2013)

1. La parte actora plantea en la aplicación del art. 56.2. del Estatuto de los Trabajadores (ET), en la redacción existente antes de la última legislación de reforma del mercado laboral (RD-L 3/2012 y Ley 3/2012), es decir la llevada a cabo en la ley 45/2002, aplicable al presente caso por razones de derecho transitorio, es que el reconocimiento posterior de la empresa del error en la consignación de la indemnización como despido improcedente, evita que la misma pueda exonerarse del abono de los salarios de trámite. Así la empresa

reconoció en el mismo escrito la improcedencia del despido y consignó judicialmente en fecha 2/9/2010 el importe de la indemnización por despido en la cantidad de 3.305,93 euros, poniéndolo a disposición del trabajador que cobró dicha cantidad. En fecha 26/9/2010 procedió a consignar judicialmente la cuantía de 314,85 euros, aduciendo error material de cálculo, poniéndolo a disposición del trabajador que también cobró dicha cantidad.

El presente procedimiento trata en consecuencia de la interrupción del devengo de los llamados «salarios de tramitación» o indemnización complementaria por despido en el supuesto de una consignación errónea o inexacta del importe de dicha indemnización básica. Defiende la demandada la tesis que era poco cuantiosa la diferencia en la inadmisión, y que la empresa subsanó la consignación alegando un error de cálculo.

2. Estima el recurso la Sala siguiendo la doctrina en esta materia ya establecida por el TS, haciendo suyo nuevamente los argumentos de la Sentencia de fecha 9 de junio de 2003 que, en la aplicación del art. 56.2 ET que distingue entre la consignación insuficiente por error excusable y la consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables, distinción que tiene la consecuencia de que «en el primer caso el efecto exoneratorio o interruptivo de la consignación no se malogra, mientras que en el segundo sí». Afirma la referida sentencia que «los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro, y habrán de ser ponderados en cada caso», señalando entre los indicios de error excusable la coincidencia en el posible error de cálculo entre las partes del proceso y la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia que puede ser achacable a diversas causas (error de cuenta, complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas, vicisitudes o cambios en el contenido de la relación de trabajo).

Opta por la tesis que defiende la postura empresarial al entender que concurren varios de los indicios de error excusable que se acaban de mencionar, el error de cálculo fue advertido y corregido *motu proprio* por la empresa antes de que transcurriera un mes desde la consignación judicial de la indemnización asumida, la diferencia en la cuantía es de escasa relevancia, por último el referido error se refiere a un concepto retributivo que fue polémico, y objeto de debate en la sentencia.

3. Si bien es una materia que ha de atender al caso concreto, pues hay que valorar las circunstancias referidas en cada de forma individual, el recurso sigue la doctrina que ha venido estableciendo el TS entre otras, sentencias de 24 de abril de 2000 (rcud 308/1999), 19 de junio de 2003 (rcud 3673/2002), 26 de enero de 2006 (rcud 4925/2004), 7 de febrero de 2006 (rcud 3850/2004), 28 de febrero de 2006 (rcud 121/2005), 20 de diciembre de 2011 (rcud 1882/2011), y últimamente en sentencia de 23 de enero de 2013 (rcud 1119/2012).

c) *Abono de los salarios de trámite pactados en conciliación administrativa.*

STS de 16 de abril de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 2126/2012), ILJ 624/2013.

1. El litigio se plantea para si el fondo, una vez que la empresa fue declarada insolvente, ha de abonar los denominados salarios de tramitación y otras cantidades incluidas en una conciliación administrativa por despido reconocido como improcedente que, ade-

más de la indemnización por el despido, incluía en el acuerdo suscrito entre empresa y trabajador el concepto de «saldo y finiquito y salarios de tramitación». La parte actora pide se condene al fondo a abonar al trabajador, excluyendo la indemnización por la improcedencia del despido, el resto de las cantidades «saldo y finiquito y salarios de tramitación» pactado en la conciliación administrativa.

En instancia se desestima íntegramente la demanda, citando la doctrina del TS (SSTS 26-12-2002 y 23-4-2004) y del Tribunal comunitario (12-12-2012), porque, «no es posible desglosar ni distinguir, ni a la vista de la papeleta ni a la vista de la conciliación posterior, qué cantidades corresponden a salarios derivados de saldo y finiquito y cuáles a salarios de tramitación». Se plantea el recurso de suplicación por único motivo, infracción del artículo 33, apartados 1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores solicitando se declare el derecho del trabajador a que se le abone la cantidad acordada en concepto de saldo, finiquito y salarios de tramitación o, subsidiariamente, se consideren excluidos los salarios de tramitación.

Desestima la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Granada, el recurso tras un pormenorizada cita de la doctrina jurisprudencial y comunitaria en la materia, y afirma de modo literal, «las cantidades que hoy se reclaman de manera principal y subsidiaria es global, y corresponde a lo que no ha podido obtener en ejecución de un acto de conciliación administrativa en el que se pactó una cantidad asimismo global por los conceptos de salarios de tramitación, saldo y finiquito. Y es precisamente esta falta de desglose de los conceptos objeto de la demanda, la causa de la desestimación, pues éstos han de ajustarse a los prevenidos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, diferenciando salarios, salarios de tramitación e indemnización, y especificando los respectivos importes adeudados y los que se reclaman al FOGASA ya ajustados a los límites legales correspondientes establecidos en el precepto citado.

2. Se argumenta el recurso de casación para la unificación de doctrina denunciando la infracción del art. 33 del ET e invocando como sentencia referencial la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 13 de octubre de 2008 (R. 3465/07). En ella, empresa y trabajador también llegaron a un acuerdo en conciliación administrativa, en virtud del cual, la empleadora ofrecía al actor la suma de una cantidad en concepto de indemnización, saldo y finiquito, a abonar en 19 pagos. La empresa sólo pagó el primero de los plazos, instada la ejecución, se declaró la insolvencia de la empresa. La sentencia de instancia condenó al FGS al abono de la citada cantidad pendiente. La sentencia del TS que se cita como contradictoria estima el recurso del FGS por estar pactadas las cantidades en conciliación administrativa, pero, revoca en parte la sentencia de instancia para mantener la condena relativa a los salarios de tramitación al entenderlos asimilables, a estos efectos, a retribuciones, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero).

Se estima el recurso e incluye en el paraguas protector del Fondo el crédito expresamente reconocido en el acta de conciliación administrativa por el concepto de salarios de tramitación, y se limita a determinar que los salarios de tramitación son realmente indemnizaciones, pero según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se consideran a estos efectos como retribución (sentencia de 12 de diciembre de 2002, caso Rodríguez Caballero)» [FJ 2º, párrafo 2º, STS 13-10-2008];

«... como en la cantidad reclamada se incluyen salarios de tramitación que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero), se asimilan a estos efectos a retribuciones, la revocación de la sentencia de instancia tiene que ser parcial, de forma que debe mantenerse la condena del Fondo en lo que se refiere a las cantidades que correspondan a los salarios de tramitación con el límite legal aplicable...» [FJ 3º *in fine* STS 13-10-2008].

3. Nuevamente es la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que como en otras materias, obliga a nuestros Tribunales a interpretar un determinado concepto en función de la legislación comunitaria, y con independencia de la naturaleza que la normativa y Tribunales nacionales otorguen a los salarios de trámite, prima el carácter retributivo otorgado en el ámbito comunitario.

d) Retenciones de IRPF no practicas. Plazo de prescripción de reclamación de cantidad desde el momento del pago a la hacienda pública

STS de 17 de abril de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 2401/2012), IL J 619/2013.

1. Que el demandado prestó sus servicios como trabajador por cuenta ajena para H.S.C.I. S.A. desde el 2 de octubre de 1972 hasta el día 30 de septiembre de 1993, fecha en la que tras una ERE, fue despedido. Que el mismo día 30 de septiembre de 1993 el demandante concertó con esta empresa un contrato de arrendamiento de servicios profesional que estuvo vigente hasta el día 30 de julio de 2008, fecha en la que se dio por finalizado dicho contrato de arrendamiento debido al cierre de la planta de la empresa demandada en el mes de agosto de 2008. Que la empresa abonaba mensualmente al actor el importe correspondiente a los servicios prestados, conforme a las facturas emitidas por el trabajador, en la que se reflejaba el IVA del 16% correspondiente, que era abonado por la empresa. Que mediante sentencia de 26 de junio de 2009, el juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián, estimó la demanda interpuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social frente a la mercantil H.S.C.I. S.A. declarando la naturaleza laboral de la relación jurídica del demandante con la misma. Que mediante resolución de 19 de diciembre de 2008, la TGSS acordó estimar la procedencia de la devolución de las cuotas realizadas por el actor indebidamente al RETA, por importe de 26.020,45 euros, más 3.784,21 euros en concepto de intereses. Que la empresa demandante abonó al trabajador demandado la suma de 50.807,33 euros en el año 2005 y 2006, y la cantidad de 52.168,17 euros en el año 2007, cantidades a las que la empresa no practicó retención ni ingreso cantidad alguna a cuenta del trabajador en concepto de IRPF. Que se dictaron resoluciones por la Diputación Foral de Guipúzcoa el día 3 de diciembre de 2010 no constando que la empresa hubiere ingresado la totalidad de las retenciones a cuenta del Impuesto de las Personas Físicas correspondientes al trabajador por los años 2005, 2006 y 2007, habiendo modificado este trabajador su declaración del IRPF por los referidos períodos, de modo que se descontó de la cuota, en concepto de pagos a cuenta sobre rendimientos de trabajo, la cantidad de 12.193,36 euros por el ejercicio 2007. Que la empresa demandante procedió a ingresar en la Hacienda Foral de Guipúzcoa las referidas cantidades el día 25 de enero de 2011.

El objeto del litigio es determinar si el plazo de prescripción se inicia con el pago de las cantidades a la hacienda pública por parte de la empresa, o desde que ésta pudo reclamárselo al trabajador. Estimada la pretensión de la empresa recurre el trabajador demandado en casación.

2. Invoca el trabajador recurrente en casación unificadora cabe entender que invoca como esencialmente infringidos los arts. 26.4 y 59.2 ET en relación con el art. 1969 CC. Y casa el TS siguiendo la jurisprudencia contenida en la STS de fecha 15-marzo-2011 (rcud 3772/2008), que determinaba:

A) «...*el punto de partida para resolver la cuestión debatida no puede ser otro sino la reiterada consideración jurisprudencial –tras abandonar la rigidez de la interpretación estrictamente dogmática de la prescripción que venía siguiéndose hasta no hace mucho tiempo e inspirarse en criterios hermenéuticos finalísticos y de carácter lógico-sociológico que consagra el art. 3.1 CC– de que al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva; de manera que sólo ha de perjudicar a quien –con su inactividad– haya hecho efectiva dejación de sus derechos (así, recientes, SSTS –I– 19/12/02 –rec. 2667/97; 16/01/03 –rec. 3345/97; 29/10/03 –rec. 4061/97; y 15/07/05 –rec. 673/99. Y también –IV– SSTS 07/06/06 –rec. 265/05; 27/06/08 –rco 107/06; 31/03/10 –rcud 1934/09; 21/10/10 –rcud 659/10; y 24/11/10 –rcud 3986/09). Y este criterio –la aplicación restrictiva– creemos que es el que ha de informar la aplicación del instituto en el caso de autos».*

3. En una aplicación mas flexible de la institución jurídica de la prescripción, distingue el TS, entre la fecha del «imponible» en que la empresa tendría que haber retenido la cantidad, y la obligación del trabajador-contribuyente de reintegrar a la empresa la cantidad que hubiese abonado sin la retención previa, casando en unificación que la fecha de inicio de la prescripción en la fecha que se produjo el ingreso efectivo en la hacienda pública, quizás dejando de sancionar la dejadez de una de las partes, en este caso de la empresa, en haber practicado correctamente las retenciones en la fecha que debió hacerlo.

e) *Reclamación de cantidad. Empresa Pública. Plus de convenio declarado nulo por falta de autorización administrativa. Es correcto dejar de abonarlo pero sin de- traer las cantidades ya abonadas por este concepto*

SAN de 10 de abril de 2013 (conflicto colectivo 48/2013), IL J 352/2013.

1. Se centra el procedimiento en la reclamación por parte de la empresa RTVV es una entidad pública que tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines. –TVV y RAV son sociedades mercantiles filiales y constituyen con su principal el grupo denominado RTVV. De un plus de convenio que no tiene aprobación con la autorización de la Consejería de Hacienda correspondiente. Así en las tablas salariales, aprobadas por la Comisión Paritaria desde 2001, aparece este concepto denominado plus convenio, que no está originado en el convenio, ni se ha acreditado qué retribuye, sin que conste su autorización por la Consejería de Hacienda. El 24-11-11 se

dictó sentencia núm. 162/11 por esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (proc. 161/11), en la que, entre otros pedimentos, se solicitaba que las empresas demandadas actualizaran conforme al IPC el abono del plus convenio para el ejercicio 2010, consolidando la actualización en las tablas salariales de 2011. En dicha sentencia se razonó que la práctica empresarial de incrementar con arreglo al IPC real el plus de convenio chocaba frontalmente con los límites retributivos establecidos en las Leyes de Presupuestos de la G. V., «y que al no haberse acreditado que contarán con la autorización de la Consejería de Hacienda correspondiente, era una medida nula de pleno derecho». Se expuso igualmente que «no se ha acreditado que dicho concepto [el plus de convenio] hubiera obtenido la autorización administrativa ni ahora, ni tampoco en el año 2001, de modo que su mantenimiento al precio 2007 no está apoyado legalmente. El 19-12-11 tuvo lugar reunión de la Comisión Paritaria del VIII Convenio, y en la misma el representante de la empresa argumentó que, según la SAN de 24-11-11, que no fue recurrida, el plus de convenio es ilegal, y que lo habrían seguido pagando si los sindicatos no hubieran acudido a los Tribunales. Comunicó que se dejaría de pagar a partir de la nómina de diciembre de 2011 y que se estudiaría la reclamación de las cantidades percibidas por este concepto en el último año, estando abierta la empresa a negociar las condiciones de esta devolución con los representantes de los trabajadores. El origen del pleito es que las empresas demandadas dejaron de abonar el plus convenio.

2. Ha de partirse de la premisa que según la sentencia firme de la AN de 24-11-11, el plus de convenio origen del litigio y que figura en las tablas salariales «no está originado en el convenio, ni se ha acreditado qué retribuye, sin que conste su autorización por la Consejería de Hacienda». Situación que sigue así incluso queda constancia que la empresa habría seguido pagando el citado plus de no haberse desvelado su falta de cobertura legal por la AN. La AN nuevamente se ratifica en esta no cobertura legal del plus de convenio y en consecuencia entiende que es correcto que la empresa deje de abonarlo, y no es negociable el cumplimiento de la legalidad vigente. Si no comparte la tesis empresarial la Sala de la AN de poder detraer las cantidades abonadas en concepto de plus de convenio durante el último año. La argumentación se esgrime desde el art. 1303 del Código Civil establece que, «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato (...) salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Por su parte, el art. 1306 del Código Civil introduce una excepción a esta regla general, indicando que «Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido». Dicho lo que antecede se centra la controversia en determinar si la culpa en este caso recae en ambas partes o únicamente en una, puesto que la empresa solo estaría legalmente habilitada para repetir lo abonado en el primer caso, debiendo, en cambio abstenerse de semejante conducta si la causa torpe le es imputable de modo exclusivo. Se decanta la AN ante la segunda opción, pues la empresa se comprometió a abonar unas cantidades en concepto de plus de convenio, que no fueron autorizadas y sin embargo

vino pagándolas durante años, sin que la misma haya argumentado o acreditado que se debiera a algún tipo de error, ni tampoco que la nulidad del compromiso y la continuidad en los pagos indebidos fuera imputable también a los representantes de los trabajadores. Y de contrario la interposición de la demanda acredita por si misma, que los trabajadores desconocían la falta de autorización administrativa del plus de convenio del que reclaman la actualización del IRPF, por ello la decisión de la AN de declarar no ajustada a derecho la detracción de las cantidades del último año desde que cesó su abono.

3. Parece cuando menos acertado y justo el razonamiento de la AN la no estimación de la detracción del plus de convenio del último año a la decisión de la empresa de cesar en su abono, y ello porque es evidente que el conocimiento del requisito formal, cual es la falta de autorización administrativa, era conocida únicamente por la empresa, lo que justifica la excepción recogida en el art. 1306 del Código Civil, donde la voluntad conocida o acreditada de las partes es la que determina la posibilidad de reclamar en este caso un año atrás las cantidades que tenían su derecho en una regulación declarada nula.

f) *Empresa de Seguridad. Retribución de las horas extraordinarias. Valor no inferior a la hora ordinaria. Complementos de puesto*

STS de 30 de abril de 2013 (recurso de casación unificación de doctrina 546/2012), IL J 700/2013, **STS de 14 de mayo de 2013** (recurso de casación unificación de doctrina 1061/2012), IL J 671/2013.

1. Nuevamente se centra el objeto del litigio en un recurso de procedimiento viene generado por la determinación del valor mínimo de la hora extraordinaria a los efectos del artículo 35.1 del ET, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina la empresa Prosegur, el cual se estima parcialmente. Se solicita en la demanda por lo actores el abono de las horas extraordinarias con inclusión de los pluses de nocturnidad y festivo. La hora extraordinaria se regula: «*su cuantía... en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria*». Así el artículo 42.2 del convenio colectivo del sector contenía una regulación en virtud de la cual el valor mínimo de la hora extraordinaria a los efectos de este precepto legal tenía en cuenta solamente el «salario base» pero no los restantes complementos salariales. La sentencia del TS dictada ante la impugnación de convenio colectivo de 21 de febrero de 2007 (recurso de casación 33/2006) anuló la normativa convencional, argumentando que el artículo 35.1 ET contiene una norma de derecho necesario absoluto indisponible para la negociación colectiva, y que, en consecuencia, el valor de la hora extraordinaria debe referirse no sólo al salario base, sino a la remuneración total que percibe el trabajador por la prestación de sus servicios, regulados en el art. 66 del Convenio y 75 plus de vestuario. La sentencia de contraste ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha de 22 de septiembre de 2008, con la particularidad de que también ha sido aportada para comparación en varios de los recursos de unificación de doctrina sobre la misma cuestión litigiosa aquí y ahora examinada. Esta sentencia de contraste, en un supuesto sustancialmente igual, ha interpretado el pasaje controvertido del artículo 35.1 ET (y nuestra sentencia de 21-7-2007) de distinta manera. Viene a decir la Sala de suplicación de Madrid que el valor mínimo de la hora extraordinaria de trabajo fijado en el precepto legal ha de estar «en función del patrón establecido para la jornada

laboral ordinaria, de manera que si tal jornada tiene una retribución que compensa la concurrencia de circunstancias especiales (caso, por ejemplo, de trabajo nocturno, en festivo, toxicidad, etcétera), en consecuencia el complemento en cuestión solo podrá devengarse cuando concurren dichas circunstancias»; y «al contrario», si las mismas «no están presentes durante la ejecución de las horas extras, éstas no se compensarán con tales pluses».

2. Deniega el derecho de los actores a obtener las diferencias que reclaman por el pago de las horas extraordinarias, porque no han acreditado su realización de noche o en día festivo. 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 art. 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. 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 2.012 (Recurso de Casación Unificación de Doctrina núm. 4427/2011),

g) *Supresión de la paga extraordinaria en el Sector Público. Aplicación del RD-Ley 20/2012*

SAN de 4 de abril de 2013 (conflicto colectivo 58/2013), IL J 361/2013, **SAN de 8 de abril de 2013** (conflicto colectivo 81/2013), IL J 465/2013, **SAN de 17 de abril de 2013** (conflicto colectivo 71/2013), IL J 457/2013, **SAN de 10 de mayo de 2013** (conflicto colectivo 110/2013), IL J 593/2013, **SAN de 30 de mayo de 2013** (conflicto colectivo 132/2013), IL J 585/2013.

1. Las empresas demandadas no han abonado la paga extraordinaria de diciembre de 2012, por la aplicación del RDL 20/2012. Así se plantean las pertinentes reclamaciones manifestando las empresas que la supresión del abono de la paga extraordinaria se debe a la aplicación del citado Real Decreto-Ley. No es controvertido la aplicación de los convenios colectivos y legislación que regula el derecho al abono de las pagas extraordinarias. Y que todas las empresas son del sector público y les es de aplicación el RDL 20/2012. El procedimiento correcto según el art. 153 de la LRJS es el de Conflicto Colectivo. Asimismo en relación con la pretensión subsidiaria referida a la devolución de la parte proporcional ya

devengada a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de las retribuciones totales anuales, se estará a la resolución en su caso del Tribunal Constitucional en los términos de la cuestión planteada por la Sala en el procedimiento de autos núm. 322/2012.

2. Reitera la Sala en todas las sentencias dicta ante las numerosas demandas por los trabajadores del sector público, derivadas de la aplicación del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuyo artículo 2 ordena la supresión del abono de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público. Expresa su reflexión sobre la constitucionalidad de esta norma que dio lugar al Auto 16/2013, de 1-3-13, mediante el que se acordó *«por unanimidad elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, junto con el testimonio de los autos principales, así como las alegaciones realizadas por las partes y por el Ministerio Fiscal, para que, si se admite a trámite la cuestión y previa tramitación legal procedente, resuelva si la redacción del art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, ha vulnerado o no el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales contemplado en el art. 9.3 CE, puesto que la Sala entiende que dicho precepto es aplicable al caso y el fallo depende de su validez, no siendo posible acomodarlo al ordenamiento constitucional por otra vía interpretativa»*. Reitera su argumentación la Sala en todas las sentencias, al justificar que para llegar a esta resolución se analizó la compatibilidad del art. 2 del Real Decreto-Ley 20/12 con el texto constitucional, y el posible choque se observó en el art. 9.3 CE, y no en muchos otros preceptos que los demandantes traen a este pleito y desestima el resto de los argumentos, que se repiten en todos los procedimientos.

Ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 20/2012 en su totalidad, por no revestir el carácter extraordinario y urgente que le es exigible, y porque no estaría habilitado para modificar una Ley de Presupuestos Generales del Estado, puesto que ello supone, según entienden, una alteración de la estructura del ordenamiento jurídico que le estaría vedada según STC 29/1982. Responde que no es el Real Decreto-Ley en su conjunto, sino específicamente su art. 2, el que resulta de aplicación al caso, tal y como determinaron en la Sentencia de 20-3-13 (proc. 15/2013) expresamente: *«Tampoco podemos convenir con los demandantes en que no existiera la situación de urgente y extraordinaria necesidad que exige el art. 86.1 CE. Si atendemos a la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 20/2012, cuyas afirmaciones no se han intentado rebatir de ningún modo, se alude a un proceso de sostenibilidad de las cuentas públicas que «exige de las Administraciones Públicas continuar adaptando una serie de medidas extraordinarias y cuya adopción debe ser urgente, dirigidas a racionalizar y reducir el gasto de personal de las Administraciones Públicas», todo ello basado en que «durante los dos primeros trimestres del presente año [2012] la actividad económica profundizó su deterioro y las perspectivas para la segunda mitad del año no serán mejores si no se adoptan medidas urgentes»*.

Desestima también la Sala *que* el Real Decreto-Ley tenga vedada la posibilidad de afectar lo dispuesto en una Ley de Presupuestos Generales del Estado. Y ello aun dando por cierto lo manifestado por los demandantes que apoyan su fundamentación jurídica en

la sentencia 29/1982, del T.C, que establece como uno de los límites infranqueables para los decretos leyes la alteración de la estructura del ordenamiento, pero a su vez muestra su disconformidad la Sala pues no considera que la modificación de una Ley de Presupuestos Generales del Estado a través de esta vía suponga una alteración estructural del ordenamiento. La interpretación pasa porque *«las medidas requeridas para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad han de ser concretas y de eficacia inmediata y, por tanto, dado su carácter, no pueden alterar la estructura del ordenamiento, si bien la supresión de una paga extraordinaria no puede calificarse como tal»*.

Se demanda también que el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012 vulnera el art. 14 CE, al colocar a los trabajadores del sector público en una situación más desfavorable que a los del sector privado, desbaratando tal argumentación, con una nueva remisión a la sentencia de 20-3-13 (proc. 15/2013), aludiendo a las reflexiones vertidas en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, *«Es, precisamente, esa justificación vinculada a la necesidad de reducir el gasto de personal en el sector público, la que impide apreciar en este caso un trato desigual no justificado entre los empleados públicos y el resto de la sociedad que vulnera el art. 14 CE»*.

Sobre la argumentación esgrimida en la sentencia referida, desestima la petición de vulneración de los arts. 28 y 37 CE, y que *«una duda semejante dio lugar al planteamiento por esta Sala de una cuestión de constitucionalidad respecto del Real Decreto-Ley 8/2010 (...) que mereció respuesta negativa del Tribunal Constitucional (Autos 85/2011 y 101/2011), considerando que «del art. 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 sobrevinida» puesto que «en virtud del principio de jerarquía normativa, 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». En consecuencia, «los preceptos legales cuestionados no suponen una ‘afectación’ en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE» (ATC 85/2011, de 7 de junio, FJ 8)*.

Se denuncia igualmente la vulneración de los arts. 31 y 33 CE, por tratarse de una medida confiscatoria, a través de una expropiación que no cumple los requisitos legales para ser válida, pero lo cierto es que el TC establece que el nivel de contribución al sostenimiento de los gastos públicos mediante el sistema tributario deviene confiscatorio cuando, a raíz de la aplicación de los diferentes tributos, se agota la riqueza imponible, lo que sucede si se llega a *«privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 33.1 de la Constitución (STC 150/1990, fundamento jurídico 9)» (STC 14/1998)*. Ya resuelto en la sentencia de 20-3-13, en la que explicamos que *«los argumentos vertidos en la demanda de UGT en torno a la posible vulneración del art. 33 CE, de algún modo se recogen en nuestro Auto de planteamiento de cuestión de constitucionalidad, al rechazar que pueda hablarse en este caso de una expropiación legislativa de derechos, de modo que el razonamiento se ha elevado ya y las partes se han conciliado a lo que dicho Tribunal resuelva»*.

Desestima asimismo que el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012 suponga un atentado contra el derecho a la promoción a través del trabajo y a la remuneración suficiente que reconoce el art. 35.1 CE, puesto que, como manifestamos en nuestro Auto 16/2013, ese derecho a la remuneración suficiente se identifica tan solo con el salario mínimo interprofesional, que no se ha visto afectado, y si bien sí lo está el derecho a la promoción en su dimensión económica, en modo alguno de ahí cabe colegir una suerte de blindaje constitucional que impida mermas retributivas, siempre que se respeten los mínimos de derecho necesario que establece nuestro ordenamiento jurídico.

Y finalmente se remite a la resolución que tendrá que dictar Tribunal Constitucional en los términos de la cuestión planteada por la Sala en el procedimiento de autos núm. 322/2012, a la que subsidiariamente se han sometido todas las partes.

3. Es necesaria la amplitud del punto 2 de las sentencias ahora comentadas en este apartado, por la coincidencia casi absoluta en los argumentos esgrimidos en todas las demandas, con independencia de la entidad pública empresarial de que se trate, y la doctrina que para sí misma determina la propia Sala en su Sentencia de fecha 20-3-13 (proc. 15/2013), a la que se remite constantemente, puesto que es donde dilucida cada uno de los supuestos que denuncian en todas las demandas de los procedimientos referidos en este apartado. La conclusión no puede ser otra que la posible colisión constitucional que aprecia a priori la Sala de la AN, en el Auto 16/2013, de 1-3 de 2013, cuando solita del TC se pronuncie sobre si el art. 2 del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, y si ha vulnerado o no el principio de irretroactividad de las disposiciones de derechos individuales contemplado en el art. 9.3 de nuestro Texto Constitucional.

h) Antigüedad. Trabajadores de RTVE. Cómputo según el tiempo de prestación de servicios previos

STS de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4231/2011), IL J 385/2013, **STS de 18 de abril de 2013** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2864/2012, IL J 618/2013).

1. Los trabajadores han venido prestando servicios para la demandada RTVE en virtud de diversos contratos temporales entre los cuales ha habido interrupciones de distinta duración. Se incorporan como personal fijo de plantilla mediante acuerdo de 27/07/2006, por el que se les reconoce una determinada antigüedad a efectos del cómputo de trienios con la cual los actores se muestran disconformes. En consecuencia, solicitan que se tenga en cuenta la fecha de celebración de su primer contrato con la demandada a los efectos indicados.

2. La Sala de lo Social del TS, en base a sentencias previas [25/01/2011 (rcud. 1991/2010), 25/01/2011 (rcud. 207/2010), 15/03/2011 (rcud. 2966/2010) y 07/03/2012 (rcud. 3119/2011)], declara que el acuerdo de 27/07/2006 tiene nula eficacia a la hora de determinar la antigüedad, por contrariar lo previsto en el art. 15.6 LET y en el XVI Convenio Colectivo de empresa.

Además, entiende que aplicar los criterios establecidos en el acuerdo referido para determinar la antigüedad de los trabajadores que han devenido en fijos supone una diferencia injustificada respecto a los trabajadores temporales, a los efectos del complemento, pues a éstos últimos se les computa toda la «unidad de vínculo contractual».

Declarada, por tanto, la procedencia de iniciar el cómputo de la antigüedad desde la fecha del primer contrato suscrito con la demandada, no obstante se hace notar la importancia de los períodos de interrupción entre contratos que, por su entidad, provoquen la ruptura de la «unidad esencial del vínculo laboral», pues habrán de ser descontados.

3. La doctrina del TS se sustenta en el art 15.6 LET, el cual establece la igualdad general de derechos entre los trabajadores con contratos temporales y los trabajadores con contratos de duración indefinida y, específicamente, que «*cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador; ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualesquiera que sea la modalidad de contratación*».

Un trato desigual en materia retributiva (en concreto referido al complemento de antigüedad) entre los trabajadores fijos y los de duración indefinida que carezca de justificación objetiva y razonable, entraña un trato prohibido por el ordenamiento y, del mismo modo, si se produce entre los que siguen siendo temporales, que, en aplicación del ET y del Convenio, verían reconocida la antigüedad, y quienes hubieran adquirido la fijeza, pese a que unos y otros habrían mantenido en la misma medida la unidad del vínculo contractual durante los períodos de prestación temporal, señala la Sala.

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 art. 53.1.b) ET. Relación entre lo dispuesto en los artículos 53.1.b) y 33.8 ET

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.

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 art. 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 art. 53.4, párrafo 4º ET.

En todos 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 art. 53.1.b) ET debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 33.8 del mismo texto legal. Por ello, si bien es cierto que el art. 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 art. 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. Tanto las SSTs de 15 de marzo y de 27 de marzo de 2013 como la STS de 8 de abril de 2013 citan expresamente la STS anterior de 4 de marzo de 2013. Asimismo, si bien referida no solo a esta cuestión sino también al error inexcusable en el cálculo de la indemnización, reitera al respecto la misma doctrina la **STS de 16 de abril de 2013** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1437/2012) IL J 623/2013.

2. TIEMPO DE TRABAJO

A) Descanso intrajornada. No procede en jornadas inferiores a 6 horas

SAN de 29 de mayo de 2013 (proc. 105/2013), IL J 588/2013.

1. Las Federaciones Agroalimentarias de los sindicatos CC.OO y UGT interpusieron demanda de conflicto colectivo frente a la empresa LOGISTA. Pretenden que se declare el derecho al cómputo de 30 minutos de descanso retribuido como trabajo efectivo, en aquellas jornadas denominadas de «flexibilidad negativa» en las que los trabajadores prestan menos de 6 horas de trabajo continuado.

La empresa LOGISTA reconoce este derecho a los trabajadores que prestan servicios en jornadas continuadas de más de seis horas, pero no así a aquellos que no cumplen esta condición.

Conviene resaltar que la empresa pose convenio colectivo propio donde se regula la jornada y los tiempos de descanso; sin embargo, no da una respuesta literal exacta para las denominadas jornadas flexibles, en las que no se superan las 6 horas continuadas.

2. La Audiencia Nacional desestima la demanda de conflicto colectivo. Para ello realiza una interpretación finalista, al entender que la finalidad de reconocer el descanso reclamado es la prevenir riesgos laborales, derivados del mayor cansancio y pérdidas de

atención que se sufre tras superar la sexta hora de trabajo continuado, con clara incidencia en la siniestralidad laboral. Circunstancia que no concurre en la situación que se demanda.

3. La Audiencia Nacional rechaza también el argumento relativo a la vulneración del principio de igualdad en relación a los trabajadores que prestan servicios durante la jornada completa, entendiéndose que se trata de situaciones desiguales que no exigen una respuesta uniforme.

B) Jornada. La modificación de las reglas del cómputo de inicio y fin de jornada constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo

STS de 21 de mayo de 2013 (proc. 3/2012), IL J 657/2013.

1. El Comité de una empresa dedicada al mantenimiento de ascensores, interpone una demanda de conflicto colectivo que afecta, principalmente a un grupo de trabajadores, concretamente el de Técnicos de mantenimiento de ascensores.

Durante más de 30 años, la empresa viene computando la jornada de estos trabajadores tomando como referencia el centro de trabajo, donde se hallan los vestuarios. De esta manera, la jornada se entiende que comienza en las instalaciones de la empresa donde se hallan los vestuarios de los que los técnicos parten al lugar donde se demande la reparación, y finaliza en el mismo lugar.

De forma sorpresiva, la empresa publica el 21 de noviembre de 2011 una nota de régimen interior, en la que anuncia un cambio en el cómputo de la jornada. Informa con carácter general, que el cómputo se hará a partir de citada fecha, de forma y manera que el trabajador se halle en el puesto donde se demanden los servicios, tanto al comienzo como al fin de la jornada, siendo libre y opcional utilizar previa o posteriormente los vestuarios de la empresa. Esta decisión unilateral, es la que el Comité combate por la vía del conflicto colectivo.

2. El conflicto lo ve, en primera instancia la Sala del TSJ de Asturias, que estimo la demanda interpuesta por el Comité, declarando la nulidad de la medida adoptada. Esta decisión es confirmada por la Sentencia del TS objeto de esta crónica.

El argumento esgrimido para estimar la demanda consiste en entender que la decisión unilateral de la empresa constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (41.2) que no ha seguido la tramitación prevista en citado precepto, lo que determina su nulidad e conformidad con lo previsto en el artículo 138.7 de la LRJS.

3. El artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, determina que el tiempo de trabajo se compute de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Es el puesto, por tanto, y no el centro de trabajo, el que utiliza el legislador como referente para el cómputo de la jornada.

La pretensión de la empresa, entronca por otro lado con los motivos de competitividad, productividad u organización del trabajo enumerados en el apartado 1 del artículo 41.

Es por ello, que esta Sentencia no cabe interpretarla como resolutoria de un tema de fondo, sino de forma. La empresa no respetó el procedimiento previsto para la implanta-

ción de la medida lo que determina su nulidad exart 138 de la LRJS; pero ello no impedirá a la empresa demanda la reposición de la decisión, con posibilidades de éxito, si respeta los requisitos procesalmente previstos para las modificaciones sustanciales de carácter colectivo.

C) Distribución irregular de la jornada. Tiene como límite temporal, el año natural

SAN de 24 de mayo de 2013 (proc. 103/2013), IL J 574/2013.

1. El 30 de enero de 2013 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo Estatal de Industrias Cárnicas, que fue suscrito por UGT y CCOO.

Posteriormente, a su firma, CCOO impugna ante la Audiencia Nacional citado convenio fundando citada demanda en la ilegalidad, de parte de su contenido; en concreto, el relativo a la distribución irregular de la jornada.

La norma colectiva impugnada, regula la distribución irregular de la jornada por razones de necesidad de la empresa afectada, admitiendo que a fecha 31 de diciembre de 2013 exista un saldo positivo o negativo de horas; se prevé, que la empresa pueda ordenar hasta el 1 de Marzo del ejercicio siguiente, la recuperación de las horas no trabajadas durante el ejercicio anterior, a consecuencia de la implantación de la distribución irregular de la jornada.

De la misma manera, para el caso de que el saldo sea positivo para el trabajador a fecha 31 de diciembre, habiendo sobrepasado el número máximo de horas anuales, se prevé su compensación en el ejercicio siguiente como días de libre disposición o a valor hora descuento.

2. La Audiencia Nacional estima la demanda interpuesta anulando parcialmente el convenio impugnado.

Cita para ello el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores relativo a la imposibilidad de la prestación. Como es conocido citado precepto dispensa de recuperar las jornadas no trabajadas a aquellos trabajadores que no han podido prestar servicios por causas a ellos no imputables, conservando a la vez el salario de citadas jornadas no trabajadas.

Por otro lado, recuerda que el artículo 34.2, se regula la distribución irregular de la jornada *a lo largo del año*.

Con el juego de ambos preceptos, la situación de una empresa que utilizando la distribución irregular respecto de sus trabajadores, a fecha 31 de Diciembre, no hubiera dado trabajo a su plantilla en cuantía igual a la jornada anual prevista, quedaría asimilada a un supuesto de imposibilidad de prestación no imputable al trabajador, que impide su recuperación en ejercicios anteriores en virtud de lo dispuesto en el artículo en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores.

3. Esta sentencia se enfrenta de nuevo al problema de la legitimación del sindicato firmante de un convenio para impugnar el mismo posteriormente. Como resulta ya línea doctrinal consolidada, la cuestión se resuelve priorizando el principio de legalidad del con-

venio colectivo sobre el principio de vinculación a los actos propios. No obstante la solidez del argumento jurídico, sería deseable una reforma legislativa, limitando la legitimación a las partes firmantes del convenio, en defensa del principio constitucional de seguridad jurídica (Art 9.3 de la C.E) y legal de la buena fe en la negociación (art. 89 del ET).

D) Registro informatizado de la jornada. Tiene la consideración de tratamiento automatizado de datos

STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-342/2012), IL J 446/2013.

1. Un establecimiento portugués de una cadena comercializadora de productos electrónicos e informáticos, sufre una inspección de las autoridades laborales portuguesas. Al solicitarle a la empresa un registro accesible del tiempo de trabajo, éstas oponen su indisponibilidad, alegando la directiva comunitaria 95/46 relativa a la protección de las personas físicas e lo que respecta al tratamiento de datos personales.

Los trabajadores de la cadena portuguesa fichaban a través de un sistema magnético, cuyo único acceso lo poseía un encargado general no presente en el establecimiento inspeccionado.

La cadena portuguesa es sancionada con 2.000 euros por la autoridad laboral, ya que el artículo 202 del Código de Trabajo portugués exige mantener en un local accesible, de forma que permita su consulta inmediata, el registro del tiempo de trabajo prestado por los trabajadores, incluidos aquellos que están exentos de ajustarse a horario.

Impugnada la sanción ante el Tribunal de Trabajo, éste decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales:

1ª—Si la indicación de horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como sus causas, queda comprendido en el concepto de dato personal de la directiva.

2ª—Si en virtud de lo anterior, estaría obligado el estado portugués a adoptar medidas para la protección de esos datos.

3ª—Si el principio de primacía del derecho de la Unión, impide sanción a la entidad empleadora que esgrime el carácter confidencial de esos datos, frente a las exigencias de la normativa nacional de acceso inmediato a los mismos.

2. El TSJ de la Unión Europea contesta a la cuestión prejudicial planteada en los siguientes términos. En primer lugar, entiende que los horarios de trabajo, sí tendrían encaje en el concepto de dato personales regulados en la Directiva 95/46, toda vez que se trata de información sobre una persona física identificada e identificable. Por ello su recogida, registro, organización, conservación y consulta revisten el tratamiento de datos personales.

Dicho esto, no es al Estado miembro el que tiene que instalar un nivel de seguridad adecuado de esos datos. La obligación de adoptar medidas de seguridad respecto de esos datos incumbe únicamente al responsable del tratamiento, que es el empresario.

Lo expuesto, para el Alto Tribunal, resulta compatible con el derecho interno, en la medida en que el derecho nacional autoriza el acceso a estos datos de las autoridades nacionales competentes para la supervisión de las condiciones de trabajo.

3. El TSJUE recuerda que la obligación del empleador de proporcionar a la autoridad nacional competente el acceso inmediato al registro del tiempo de trabajo, ya se contempla en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el sentido de que tal obligación puede resultar necesaria si contribuye a una aplicación más eficaz de la normativa en materia de condiciones de trabajo. Puede verse al respecto la sentencia Huber (TJCE 2008, 314).

E) Jubilación parcial. Requisito de los 6 años de antigüedad en la empresa. No incluye que todo el periodo lo sea a tiempo completo

STS de 5 de marzo de 2013, IL J 470/2013.

1. El INSS deniega la prestación de jubilación parcial solicitada por un trabajador, arguyendo el incumplimiento de los 6 años de antigüedad en la empresa desde la que se pretende la jubilación parcial.

En el caso concreto, el demandante cuya antigüedad en la empresa era del año 1990, solicita jubilación parcial el 7 de mayo de 2010. En los 6 años anteriores a esta fecha, había permanecido como trabajador a tiempo completo los dos últimos años (01/04/2008 a 30/04/2010), y a tiempo parcial los previos (01/09/90 a 31/03/2008).

La demanda del trabajador fue estimada en la instancia; interpuesto recurso por el INSS y TGSS, el mismo fue estimado por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

Formalizado recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el mismo es estimado por la Sala de lo Social.

2. La Sala estima el recurso presentado por el trabajador.

Distingue la Sala dos situaciones que califica de distintas. La primera de ellas, sería aquella en la que el trabajador que pretende la jubilación parcial, se halla en situación de contrato a tiempo parcial en el momento en el que pretende la jubilación.

En este caso, la Sala recuerda su doctrina previa contenida en la STS de 25 de Junio de 2012, en la que señala cómo la regulación actual de la jubilación parcial, la limita a aquellos que presten servicios a tiempo completo.

Ahora bien, esta situación es para la Sala distinta a aquella en la que, estando el trabajador prestando servicios a jornada completa, acredita algún periodo dentro de los seis inmediatamente anteriores a la jubilación, prestados en régimen de jornada parcial. Señala la Sala que nada hay en la normativa reguladora de esta Institución que exija la antigüedad en la prestación de servicios a jornada completa en su integridad. Estima por ello la demanda.

3. No desprecia la Sala el riesgo de fraude a ley que esta línea doctrinal puede suscitar. Pero recuerda, que el fraude a ley debe ser acreditado, sin que quepa su presunción. Es por ello que habrá que analizar cada caso concreto, y concluir si concurre o no fraude a ley en la concreta solicitud de jubilación parcial que se formule.

F) Vacaciones. Nulidad de práctica empresarial consistente en reconocerlas en el año siguiente a su devengo, cuando supuestos de IT impiden su disfrute dentro del año natural, manteniendo íntegra la exigencia de la jornada correspondiente al ejercicio donde se reconoce ese periodo vacacional

SAN de 21 de febrero de 2013 (proc. 335/2013), I.L.J 335/2013.

1. Distintas organizaciones sindicales (FASGA, FETICO, FECHOT-CC.OO y UGT) promovieron demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional frente a la mercantil CARREFOUR S.A. Solicitaban que se declarase contraria a derecho la práctica empresarial consistente en incrementar y redistribuir la jornada de aquellos trabajadores que disfruten de un periodo vacacional correspondiente a las vacaciones no disfrutadas, en todo o en parte, como consecuencia de su coincidencia con un proceso de incapacidad temporal y, que se reconozca el derecho de dichos trabajadores al disfrute íntegro de sus vacaciones en las condiciones del último párrafo del artículo 38.3 del ET.

Como antecedente cabe destacar que la empresa redistribuía la jornada anual de aquellos trabajadores que, por haberles coincidido sus vacaciones del año previo con suspensión de contrato por I.T, disfrutaban de dicho periodo vacacional en el año en curso. De esta manera, de facto, se les hacía recuperar los días de vacaciones.

2. La Audiencia Nacional estima la demanda y declara contraria a derecho citada práctica.

Explica la Sala que no cabe confundir distribución irregular de la jornada con derecho a vacaciones. De esta manera, cuando la empresa redistribuye la jornada anual para que, al cabo de año, el número de horas trabajadas sea exactamente el mismo que si no se disfrutaran estas vacaciones, lo único que hace es una redistribución del tiempo de trabajo, pero no ha reconocido un periodo vacacional retribuido. El descanso y su retribución, quedarían neutralizados al exigirse su compensación con trabajo suplementario. Recuerda, finalmente, que resulta doctrina del TS el que, cuando el descanso consiste en dispensar de prestar trabajo al tiempo que se garantiza la percepción del salario correspondiente, exigir su recuperación lo priva de su verdadera naturaleza. (STS de 5 de noviembre de 2002, RJ 2003,467).

3. Desde la primera sentencia del TS de fecha 7 de abril de 2009, rcd 56/2008, que cambia el criterio sobre la materia a la vista de la doctrina comunitaria, no existen fisuras en la línea doctrinal que garantiza el descanso vacacional frustrado por un periodo de Incapacidad Temporal previo o sobrevenido durante el periodo vacacional. La última de estas Sentencias de fecha 19 de marzo de 2013, I.L.J 486/2013 ratifica esta línea jurisprudencial.

3. SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Convocatoria de cobertura de plazas y delimitación del ámbito profesional abierto para concurrir a la misma: modalidad procesal adecuada

STS 5 de junio de 2013 (recurso de casación para unificación de doctrina contra STSJ País Vasco 34/2011).

1. En fecha 2 de marzo de 2011, la dirección de recursos humanos de la empresa Euskal Trenbide Sarea (en adelante ETS), convoca por medio de comunicación interna la cobertura de dos plazas de operador puesto de mando, nivel 8, mediante traslados voluntarios y coberturas de plazas, convocatoria dirigida a todo el personal de ETS, expresándose que solo podría presentarse exclusivamente el personal de ETS que ocupen puestos de trabajo de técnicos de red, jefes de estación y técnicos de estación. Dentro del propio plazo de presentación de solicitudes el Comité Intercentros advierte que la convocatoria debería estar abierta a todo el personal, justificando ETS su ámbito en el ánimo de contribuir a solventar un problema de excedentes de plantilla que deriva de la supresión de la categoría de jefe de estación. Concluido el consecuente proceso de selección conforme a la convocatoria se suceden los nombramientos en fecha 27 de junio de 2011.

2. Antes y después de esta última fecha sendos actos de conciliación por conflicto colectivo, presentados por distintas organizaciones sindicales ante el Consejo de Relaciones Laborales, se celebran sin avenencia. Visto lo cual la central sindical LAB interpone demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, frente a Euskaltrenbide Sarea, comité intercentros –también llamado Permanente– de la anterior, ELA, CCOO y Trenbideginen. La pretensión consiste en declarativa del derecho a que en la Convocatoria de Promoción Interna 2/2011 puedan libremente concurrir personas que, a fecha 29-7-05 tuvieran la condición de fijos en «Eusko Tren» o estuvieran incluidos en sus bolsas de trabajo oficiales con la especialidad de «Técnicos de Red», «Jefes de Estación» y «Técnicos de Estación», al objeto de que dispongan de la posibilidad, sin limitación temporal, de acceder a los puestos de trabajo que se creen, por delante de las convocatorias externas, condenándose a la empresa demandada a reponer el proceso selectivo al momento inmediatamente anterior a la publicitación de la Convocatoria al objeto de posibilitar dicha concurrencia.

La mentada Sala dicta sentencia el 28 de noviembre de 2011, en el procedimiento número 34/11, cuyo fallo aprecia excepción de inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo, dejando como no juzgada la cuestión de fondo debatida. La representación letrada de la actora LAB interpone recurso de casación contra dicha sentencia, en lo sustantivo denunciando infracción de la Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo de ETS y artículo 24 de la Constitución Española. El recurso es impugnado por la representación letrada de la demandada ETS, informando el Ministerio Fiscal el carácter improcedente del recurso.

3. Sentencia nuestro Alto Tribunal en fecha 5 de junio de 2013 sobre la modalidad procesal adecuada, parafrasea su doctrina de aplicación al efecto y trae a colación un nutrido conjunto de pronunciamientos. El más reciente de éstos de fecha 26 de febrero de 2013, que a su vez se remonta, entre otras, a la STS/IV de 24 de julio de 2002. Interesa en particular reproducir, como parte de esta jurisprudencia, que *«se ha dicho con reiteración que los concursos convocados por las empresas para la cobertura de plazas vacantes, tienen sin duda carácter colectivo al estar capacitado para concursar un grupo indeterminado de trabajadores; cabe asimismo la impugnación de tales concursos, 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 afectado y directamente interesado en el concurso, sino los adjudicatarios de las plazas»*.

Habiéndose producido la adjudicación de las plazas no cabe dar curso a la modalidad procesal de conflicto colectivo porque, reiterando la que es igualmente doctrina de la Sala, *«quedarían en manifiesta indefensión los intereses individuales de los trabajadores que habían resultado beneficiados por tales adjudicaciones de plazas, razón por la que, la inadecuación del procedimiento y la consiguiente incompetencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, resultan perfectamente ajustadas a derecho, de acuerdo no solo con la regulación propia del Conflicto Colectivo, sino también, con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que viene a mantener el criterio de que en aquellos casos en los que existen unos derechos individuales del trabajador que merecen una protección judicial, no cabe ya plantear el Conflicto Colectivo y debe irse, en cambio, al procedimiento ordinario correspondiente a través de las demandas singulares o plurales que puedan presentarse ante el Juzgado de lo Social que resulte competente»*. Se desestima en definitiva el recurso.

B) Amortización de plazas laborales vacantes en Universidad pública y conversión en administrativas: procedimiento

STS de 4 de junio de 2013 (recurso de casación para unificación de doctrina STSJ Extremadura de 17 de mayo de 2012).

1. Los hechos analizados en la presente Sentencia parten de la reunión de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo para el personal laboral de administración y servicio de la Universidad de Extremadura. Convenio aplicable de fecha 17 de diciembre de 2001, publicado en el DOE del día 22 de diciembre de 2007 y con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2009 en situación de prórroga. En la citada reunión se trató la actualización de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) del personal de Administración y Servicios Laboral de la Universidad de Extremadura para el año 2012, acordando que causarían baja y se amortizarían para engrosar la propia del personal funcionario o administrativo.

Materia que a continuación es tratada por la Mesa Negociadora de la Universidad de Extremadura y aprobada en Consejo de Gobierno que aprueba los presupuestos para el ejercicio 2012. La RPT de Funcionarios, Personal de Administración y Servicio, y personal eventual, relación de personal laboral y servicios excluye, por haberse amortizado, las plazas comentadas, siendo publicada en el diario oficial de la Comunidad Autónoma.

2. Tras preceptivo intento de conciliación previa, sin avenencia, el Comité de Empresa del Personal Laboral de Administración y Servicio de la Universidad de Extremadura formula demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Demanda de conflicto colectivo en la que pretende la actora se declare contrario a derecho la amortización de ciertas plazas vacantes. Y ello por, a su juicio, haberse amortizado las mismas sin seguir el procedimiento establecido en el art. 36 del Convenio Colectivo para su provisión, y, en particular, por no haber hecho uso del sistema de promoción interna con anterioridad a dicha amortización. El TSJ Extremadura, en Sentencia de fecha 17 de mayo de 2012, desestima la demanda.

3. Recurrido el anterior pronunciamiento en casación por infracción del art. 36.2 Convenio Colectivo en relación con el art. 31.3 de idéntica norma, la STS de 4 de junio de 2013 confirma la resolución judicial de instancia. Y ello en base a una serie de razones de fondo.

En primer lugar, subraya el carácter de la decisión adoptada como propia de la condición de Administración, no de empleadora, de la Universidad demandada. Y consiguientes consecuencias jurídicas.

En segundo lugar, considerar –en clara sintonía con la instancia– en todo caso cumplido el procedimiento expuesto y establecido en el art. 16 Convenio Colectivo, auténtico requisito de licitud de la controvertida decisión.

Añade además la Sala que el «artículo 31.3 del convenio colectivo obliga a someter a los sistemas de cobertura de plazas que menciona «todas las plazas ofertadas públicamente», entre las que obviamente no se encuentran las excluidas de la RPT».

Finalmente, como colofón de la anterior argumentación, cierra la Sala advirtiendo que el derecho a la promoción profesional reconocido en el artículo 19 del Estatuto Básico del Empleado Público es un derecho de configuración legal, ha de hacerse efectivo a través de los procedimientos legalmente previstos. Procedimientos que no incluyen la pretendida promoción interna, ni, se entrevé más tímidamente, demandan un acuerdo en el *iter* seguido que pueda condicionar la decisión de la Administración.

4. MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

A) **Modificación de las condiciones laborales. Reducción salarial injustificada**

STSJ Cataluña de 19 de febrero 2013 (conflicto colectivo 40/2012), IL J 394/2013.

1. La empresa propuso negociar un convenio de empresa en que se contemplaba la reducción salarial del 18 % como medida de flexibilidad laboral a fin de mantener la plantilla, alegando para ello un descenso de pedidos, a lo que el Comité de empresa manifestó su negativa a negociar ese convenio sin oponerse a adoptar medidas de flexibilidad, solicitando a tal fin se les facilitase la documentación de empresa y de sociedades dominantes, que se cumplimentó con las cuentas anuales, respondiendo la empresa con la utilización de las facultades que le otorga actualmente el art 41 ET, dando por iniciado el periodo de consulta, tras lo cual el Comité de Empresa el mostró su disconformidad con tal inicio del periodo de consultas iniciando una huelga. Varios días después se suspendió la huelga e iniciando el periodo de consultas. Estos se celebraron en varios días, En el seno de dichas reuniones, la representación legal de los trabajadores solicitó información, formulándose propuestas negociadoras por ambas partes, si bien la empresa mantuvo su punto de vista de que ante las pérdidas en los centros de Cataluña debido al nuevo contrato con Endesa, con una menor carga de trabajo y bajada de precios, se atenía a su propuesta inicial de reducción de los salarios de los trabajadores de la plantilla, en términos generales, en un 15 %. Finalmente se notificó por la empresa de forma individual y colectiva la modificación sustancial de condiciones de trabajo, consistente en una reducción del salario en un 15 %. En la reunión del 19/06/2012 expresamente se indica en el punto 4 del acta: « Del mismo modo, nos comprometemos a que, hasta la revisión de final de año éste sea el único mecanismo de ajuste de costes laborales, o dicho de otro modo, no se producirán más reducción de plantilla, pues esta medida planteada es sustitutoria de los despidos, no complementaria, y como hemos comentado, nace de nuestra intención de no tener que

proseguir por el camino más traumático irreversible». La cifra de negocio de la sociedad demandada en el ejercicio 2011 experimentó un crecimiento del 82,96 % respecto al ejercicio anterior, habiendo sufrido una caída del 64 % en el ejercicio del 2012 respecto del ejercicio del 2011 y del 34,17 % respecto al ejercicio 2010; y, habiendo sido el ejercicio 2011 de una facturación de 76.494.984,75 euros y una producción de 81.344.800,24 euros, se ha pasado en el ejercicio del 2012 a una facturación de 23.000.743,05 y a una producción de 29.269.566,77 euros. Los gastos de personal (sueldos y salarios más seguridad social y gastos sociales) se mantuvo constante en los ejercicios 2010 y 2011, para experimentar un descenso del 13,74 % en el ejercicio 2012. Han sido despedidos en el año 2.012, 11 trabajadores por causas económicas, productivas y organizativas. La sociedad ha salvado los resultados del ejercicio por su actividad en Francia, Las pérdidas en España se han producido especialmente en Cataluña. Los trabajadores debido a la menor actividad de sus centros no perciben el plus correspondiente.

2. La representación de los trabajadores planteó conflicto colectivo, tanto desde el punto de vista formal como del fondo, lo que fue resuelto por la Sala de lo Social. En lo que se refiere a la cuestión formal, cuyo núcleo es el periodo de consultas, la Sala de lo Social trae a colación la doctrina contenida en la SAN 28-5-12, donde se señala: ««El objetivo del periodo de consultas, regulado en el art. 41.4 ET, es lograr un acuerdo, lo que obliga a las partes a negociar de buena fe, estableciéndose por el legislador un guión de buenas prácticas para dicho periodo, consistente en la obligación de examinar la concurrencia de las causas esgrimidas por el empleador y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para [os trabajadores afectados, como ha defendido esta Sala en sentencia de 26-09-2007, lo que exigirá necesariamente que el empresario cumplimente la información necesaria y la entregue en tiempo útil para alcanzar dichos objetivos, como recuerda la jurisprudencia, por todas STS 30-06-2011, ROJ 5459/2011, en la que se sostuvo que la obligación de negociar de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información. Estamos, por tanto, ante un auténtica negociación, que no se cubre por el simple cumplimiento de trámites formales en los que no exista ni intención ni búsqueda de las vías de acuerdo y consenso, siendo exigible dotar de contenido material a dicha negociación, porque la inteligencia del precepto no se colma mediante un mero formalismo, debiendo entenderse que el periodo de consultas no puede reducirse a un simple dar y/o pedir un parecer, sino que se concibe por la Ley como un medio para alcanzar un acuerdo al que se ajusten las modificaciones que finalmente se produzcan. Por consiguiente, el periodo de consultas ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta, habiéndose defendido que no puede admitirse que dicho periodo se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero cambio de pareceres o a una mera propuesta, sino que la misma debe ir acompañada de una precisa, concreta y amplia documentación que posibilite una negociación real, pudiendo concluirse que el deber de negociar de buena fe, impuesto por el art. 41.4 ET, obliga a la empresa a cumplimentar adecuadamente el preceptivo periodo de consultas, facilitando a la representación de los trabajadores la información y documentación necesaria y planteando en abierta y leal negociación la naturaleza, necesidad

y justificación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que pretende introducir... Dicha conclusión no puede suponer, de ningún modo, que deban cumplimentarse exigencias formalistas exorbitantes, porque lo importante es que se haya producido efectivamente negociación de buena fe...». En el presente caso, se ha dado cumplidamente la información requerida y el ánimo negociador por parte de la empresa, llevándose a cabo sucesivas reuniones entre las partes, con el acompañamiento documental preciso y, sin duda convincente, al hacer la parte trabajadora, incluso, una propuesta de reducción salarial ante la evidencia de esos datos, aunque fuere insatisfactoria para la empresa; y ésta, por su parte, estableciendo una nueva jornada por ese ánimo negociador. En su consecuencia se rechaza los defectos formales aducidos respecto al periodo de consultas.

Respecto al fondo de la litis, la Sala recuerda la doctrina judicial en cuanto que «la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional». La tesis expuesta se ha mantenido firmemente en la jurisprudencia, por todas TS 2-03-2009, 16-05-2011, defendiéndose que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La Sala reconociendo que la medida está relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica y que la reducción del 15% del salario supone una reducción de gastos de personal del 37,12 %, sin embargo, la empresa ha optado, y no en vez de, por unos despidos objetivos que han desnaturalizado completamente la medida reductora de salarios, cuando los trabajadores tampoco ya perciben el plus correspondiente por esa falta de actividad, ya que no se ha conseguido con ella evitar esos despidos, cuando la razón de ser de la modificación de condiciones de trabajo está en evitar los mismos. Por tanto no se ha justificado la medida reductora de salarios, porque la adaptación de la productividad de la empresa a la nueva línea de mercado se debía haber conseguido con esos despidos que, en definitiva, tratan de adaptar el volumen de trabajo a la plantilla adecuada, y eso no parece se haya de lograr con el simple método de reducir salarios que no buscan tal adaptabilidad sino meramente reducir costes en una empresa que obtiene beneficios globalmente. Por ello la medida es injustificada.

3. Por consiguiente desde el punto de vista de la forma el periodo de consultas de la empresa se llevó a cabo conforme la reglas de la buena fe. En lo que se refiere al fondo de la litis, como quiera que la empresa pacto la medida de reducción salarial sin la existencia

de despidos, y como quiera que estos se han producido, ello desnaturaliza la medida pues la adaptación de la productividad se debió haber conseguido con los despidos.

B) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Nulidad

SAN de 19 de marzo 2013 (conflicto colectivo 46/2013), IL J 357/2013.

1. Las empresas que constituye un grupo se dedica a la actividad de porta vehículos. Estas en noviembre 12 presentaron ante la representación de los trabajadores la necesidad de reducir las retribuciones del personal, adjuntando la documentación de las cuentas anuales, facturación, pedios, listados de costes salariales., trabajadores afectados por la medida. Se mantuvieron diversas reuniones y sin que en estas se solicitaran las cuentas consolidadas. 31 trabajadores han solicitado la extinción como consecuencia de la medida adoptada por la empresa. Ha descendido el resultado de la explotación en las empresas y asimismo se han reducido los pedios y reducido las ventas.

2. El sindicato demandante, en primer lugar alega el incumplimiento de los deberes de información, exigidos por el art. 6.4 RD 801/2011, de 10 de junio, porque no aportaron las cuentas consolidadas del grupo empresarial, al que pertenecen ambas mercantiles. –Denunció, en segundo lugar, que las cuentas provisionales de 2012 no estaban firmadas por los administradores o los representantes de las mercantiles codemandadas, como exige el art. 6.2 de la norma antes dicha. La sala parte de la omisión de regulación de la documentación en los procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial colectiva y descuelgue de convenios, pero no por tal supone que al empresas estén eximidas de aportar la documentación necesaria para que el período de consultas alcance sus fines, que habrá de versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. En el presente supuesto, los representantes de los trabajadores dispusieron de las cuentas anuales auditadas desde 2008 a 2011 inclusive del grupo de empresas, así como de las cuentas auditadas del mismo período de ..., aportadas precisamente a iniciativa de la RLT, como se desprende de las actas de 10 y 14-12-2012 y dispusieron también de las cuentas provisionales ... de los nueve primeros meses de 2012, así como una información pormenorizada del kilometraje y la evolución de los pedidos de las demandadas, lo que nos permite concluir que dispusieron de la información suficiente para conocer la situación económico-productiva de ambas mercantiles de modo profundo y transparente, habiendo podido ofertar las alternativas que consideraran oportunas. Respecto a la firma por los administradores o representantes de las demandadas en las cuentas provisionales de 2012 no constituyen un vicio grave, que comporte la nulidad de la medida, aunque la firma constituya una garantía para la RLT, puesto que la suscripción de las cuentas provisionales por administradores o representantes comporta responsabilizarse de las mismas, pero no es menos cierto que, si los representantes de los trabajadores dudaban que los administradores o representantes de las empresas hubieran validado dichas cuentas provisionales, debieron exigir que se firmaran durante el período de consultas, puesto que se trata de un defecto subsanable.

El sindicato reprocha a las demandadas la promoción de un procedimiento de reducción de las retribuciones pocos meses después de suscribir un pacto con los representantes de los trabajadores, cuya vigencia se prolonga hasta 2015, en el que ya se redujeron las retribuciones, denunciando que la nueva medida constituye una clara manifestación de mala fe. Para la Sala, la empresa ha acreditado que en los nueve primeros meses de 2012 sus resultados de explotación arrojaron unos resultados negativos de -438.380 euros y unas pérdidas de 1.628.545 euros, confirmándose dicha evolución negativa al final del ejercicio, cuando sus resultados de explotación alcanzaron un resultado de -602.415 euros y arrojaron unas pérdidas de 1.875.345 euros, lo que nos permite concluir que su situación económica evolucionó negativamente respecto a la existente en el año 2011, lo que justifica sobradamente que promoviera medidas de flexibilidad interna, sin que dicha decisión comporte una actuación fraudulenta o sea manifestación de mala fe contractual, puesto que se trata de una alternativa, reconocida legalmente en el art. 41 ET, cuando concurren causas económicas y productivas, que aquí se han acreditado cumplidamente, puesto que las empresas entraron en pérdidas y han reducido sustancialmente su actividad productiva. Asimismo denuncia una utilización masiva de la subcontratación, lo que es rechazado por la sala acudiendo a la doctrina jurisprudencial, por todas STS 4-03-2008, recud. 1310/2007, ha defendido que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [así lo pone de manifiesto el art. 42.1 ET lo que supone -con carácter general- que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [STS 27/10/94 -rec. 3724/1993-]; y habida cuenta de que los arts. 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas STS 17/12/01 -rec. 244/2001-). Así como quiera que las empresas proporcionan trabajo efectivo a toda la plantilla debemos descartar que la proliferación de subcontratas con empresas, que prestan exclusivamente servicios para las demandadas, constituya fraude de ley o abuso de derecho, tratándose, por el contrario, de una medida de descentralización productiva, que les permite atender a franjas de mercado, que no podrían atender a sus precios normalizados, lo que constituye una estrategia empresarial legítima, que comporta naturalmente gastos, pero también ingresos normalizados del 10% de la facturación (hecho probado undécimo), que si no se hubiera realizado habría contribuido a deteriorar aún más su situación económica y productiva.

Por último el sindicato demandante alude que la medida no se adecua al fin propuesto. La nueva versión del art. 41.1 ET, como señalamos en SAN 28-05-2012, proced. 81/2012, ha limitado, aún más, el nivel de exigencia de la versión precedente, que admitía la concurrencia de causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, ya que ahora el precepto se limita a exigir la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose como tales las que se relacionen con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa. La doctrina reitera que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa

la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Así en el presente supuesto ambas empresas están en situación económica negativa, al haberse acreditado pérdidas actualizadas, que podrían justificar, en su caso, el recurso a medidas de flexibilidad externa, causadas por una retracción grave del mercado del transporte, que ha provocado la pérdida de algunos clientes importantes, así como una reducción significativa de su actividad, concurriendo, por tanto, causas económicas y productivas, que la Sala considera suficientes para justificar la medida impuesta, que ha supuesto una reducción retributiva proporcionada con su situación económica y productiva, por se entiende ajustada la medida.

3. La sala rechaza los argumentos del sindicato recurrente tanto respecto a la forma como el fondo pues la documentación, aportada por las empresas demandadas, permitió que el período de consultas alcanzara sus fines, entendiéndose por la Sala que la falta de firma de las cuentas provisionales era susceptible de subsanación, sin que se requiriera por la RLT. Asimismo, se acreditaron las causas económicas y productivas alegadas por las empresas, puesto que concurren pérdidas económicas actualizadas graves y un claro descenso de la actividad productiva de la empresa, entendiéndose adecuada la medida impuesta.

C) Suspensión de contratos y reducción de jornada. Periodo de consultas negociación de buena fe

SAN de 19 de marzo de 2013 (conflicto colectivo 45/2013), IL J 358/2013.

1. La empresa, cuyo objeto social es la promoción, difusión, comercialización, recogida, tratamiento, clasificación, franqueo, almacenamiento, transporte tanto por carretera como naval y aéreo, distribución y entrega de bienes e información, impresos, envíos, etc., tiene una plantilla de un total de 2.645 trabajadores distribuidos geográficamente en centros de trabajo ubicados en varias comunidades autónomas. La empresa desde marzo del 2011 ha llevado a cabo diversos expedientes de reducción de jornada autorizados. Asimismo en fecha diciembre del 2011 se publicó en el BOE el convenio colectivo de la empresa demandada para el período 1-01-2011 a 31-12-2012. En abril la empresa alcanzó acuerdo con el comité intercentros, así como con los sindicatos, mediante el que acordaron modificar las condiciones previstas en el tercer Convenio Colectivo, para los años 2011 y 2012, reconociendo todas las partes la concurrencia de causas económicas y productivas que exigen la adopción del presente Acuerdo en el que acordaron prorrogar un año el convenio, introducir más flexibilidad en la jornada y congelar los salarios en 2012. Con fecha junio 2012, la empresa notificó el Comité intercentros su decisión de iniciar periodo de consultas para la inaplicación del Convenio Colectivo con descuelgue salarial entre el 5,49% y el 15,71%. Ello fue sometido a la Comisión Consultiva Nacional de Convenio Colectivos declarando la improcedencia. Las ventas y facturaciones han descendido. La empresa en el año 2012 ha tenido un resultado de pérdidas. Con fecha octubre del 2012 la empresa comunico a los representantes de los trabajadores la apertura de un periodo de

consultas al objeto de reducción de jornada, suspensión y extinción de los contratos de trabajo, así como descuelgue del Convenio Colectivo. Tras esto existieron 5 reuniones, aportando la empresa la memoria de la acusas justificativas, documentación económica de los años 09, 10, 11, con las cuentas debidamente auditadas, cuentas provisionales del 12, y relación de trabajadores afectados. Y plan de recolocación externa. En estas reuniones existieron propuestas y contrapropuestas. En una de ellas renunció la empresa a las extinciones ante no tener fondos necesarios para el pago de las indemnizaciones, presentando una nueva propuesta. Dos días antes del final de la prórroga del periodo de consultas un sindicato pidió determinada documentación a lo que la empresa la imposibilidad material de atender a la petición. No obstante invito al mismo a una reunión con la finalidad de responder a las cuestiones planteadas. Por la CCNCC se dictó resolución que se declaró la inaplicación del incremento salarial para el año 2013.

2. Es impugnado la decisión de la empresa de suspender los contratos y reducir la jornada acordada por la empresa. Los demandantes denuncian que la conducta de la empresa no ha estado presidida por la buena fe. La Sala recuerda la doctrina en el sentido que «Como recordamos en nuestra Sentencia de 15-2-13 (proc. 376/12), el período de consultas es una manifestación propia de la negociación colectiva, que ha de versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, siendo exigible que durante el mismo las partes negocien de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. La negociación de buena fe exige acreditar la concurrencia de propuestas y contrapropuestas (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010y SAN 21-11-2012, proc. 167/2012), habiéndose entendido que no se negocia de buena fe cuando la empresa se limita a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012)». En el presente supuesto no existió una posición inamovible de la empresa, sino que se manejaron propuestas y contrapropuestas; tanto es así que la decisión final de la empresa, más allá de la supresión de las extinciones por problemas de tesorería, difiere de su plan inicial, acogiendo algunos de los extremos que se habían barajado durante la negociación. No obsta a esta conclusión el que se negociara la suspensión y reducción de jornada al mismo tiempo que un descuelgue salarial, pues nada en la legislación vigente impide dicha negociación simultánea, siempre que se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de estas medidas, lo que no se ha alegado que se incumpliera.

Asimismo se alega que la documentación entregada adolecía de defectos y faltaba otra relevante. Recuerda la Sala la doctrina «En SAN 14-11-2012, proc. 170/2012, señalamos que el deber de negociar de buena fe obliga a la empresa a facilitar a la representación de los trabajadores la información y documentación necesaria para asegurar que la negociación llegue a buen fin, tal y como sostuvimos en SAN 27-07-2011, ROJ 3831/2011y SAN 22-07-2011, ROJ 3828/2011. En este sentido, según razonamos en SAN 15-2-13 (proc. 376/12), el deber de negociar de buena fe pivota sobre la aportación por parte de la empresa de la información suficiente, entendiéndose como tal aquella que permita alcanzar los objetivos del período de consultas, puesto que si los representantes de los trabajadores no disponen en tiempo hábil de los elementos de juicio, en los que la empresa fundamenta su medida, el período de consultas se vacía de contenido. Así pues, la empresa debe aportar toda la información, que

permita acreditar la concurrencia de las causas, por las que toma la medida y la adecuación de la medida a las causas, porque ni no se hace así, la representación de los trabajadores no podrá constatar la concurrencia de causas, ni estará en condiciones razonables de evitar la medida o reducir sus efectos, que son los objetivos del período de consultas, al no contar con los elementos de juicio utilizados por la empresa para ejecutar la medida». La Prueba practicada, informe de al Inspección de Trabajo, destaca la aportación de toda la documentación prevista en el RD 801/11 y respecto a la información de la aplicación concreta de la medida, por las fechas no resultaba de aplicación el RD 1484/12 sino el señalado 801/11, no obstante, la empresa sí detalló de modo suficiente cómo y cuándo se irían aplicando las suspensiones, bien que no mediante un calendario prefijado, pero sí comprometiéndose a aplicarlas por períodos de 7 días naturales, sin superar los 14 en un mismo mes, avisando al trabajador con antelación mínima de 2 días. Y todo ello en el marco temporal de tres meses. En relación con las cuentas de otras empresas del grupo al que pertenece la demandada, se ha probado que se aportaron las cuentas consolidadas de la matriz, Unipost Servicios Generales, que es con la que la demandada tenía obligación de consolidar. Por lo que respecta a la restante documentación exigida y que la empresa no habría aportado, procede recordar que, como mantuvimos en SAN 15-2-13 (proc. 376/12), «no basta, para anular un período de consultas, que las empresas no hayan aportado documentos requeridos por la RLT, siendo necesario, por el contrario, que esta acredite suficientemente, que la falta de esas informaciones les impidió objetivamente la negociación efectiva durante el período de consultas». De la lectura de las actas se colige que en ningún momento los representantes de los trabajadores solicitaron a la empresa documentación sobre el ahorro que supondrían las medidas, limitándose CCOO a preguntar sobre dicho ahorro en la reunión de 5-11-12, siendo respondida por la empresa. En la reunión de 12-11-12 CCOO manifiesta que sólo podría hacer una propuesta a la empresa si dispusiera de más información y más clarificada, pero no consta qué tipo de documentos está pidiendo, y si es que, en efecto, los pide. No es sino en la reunión de 16-11-12 –es decir, en la quinta y prevista inicialmente como última–, cuando este sindicato hace constar que la información suministrada por la empresa es insuficiente y poco transparente, y que ha venido solicitando reiteradamente información adicional que no le ha sido suministrada, sin que nada de todo esto pueda observarse en las actas de las reuniones previas. Su siguiente acción es la remisión del burofax mediante el que pide toda una serie de documentación económica, siendo razonable que, a dos días del fin del período de consultas, la empresa no tuviera tiempo material para aportarla. No obstante ello, ofreciéndose la demandada a resolver sus dudas con posterioridad, no consta que el sindicato haya accedido.

Asimismo se cuestiona la documentación económica en orden a fundamentar la inexistencia de causa económica, pero la prueba pericial propuesta por la empresa corrobora los extremos lo que se corrobora con la admisión de del descuelgue salarial admitido por la CCNCC.

Por último se alude a un comportamiento fraudulento y abuso de derecho pues se solapan y encadenan con otras medidas, para la Sala no existe tal abuso de derecho cuando las medidas están justificadas y recuerda la doctrina de la Sala «SAN 25-1-13 (proc. 305/12), en un supuesto de dos expedientes suspensivos sucesivos, en el que el segundo se pone en marcha sin haber agotado completamente el primero, que “El que no se hayan implementado el 100% de las suspensiones adoptadas en el expediente suspensivo que concluía en septiembre, no desvirtúa la concurrencia de la causa, sino que, en este caso concreto, nos parece que desvelaría una situación de caída productiva continuada en la que la empresa

ha ido planteando suspensiones en número y período de aplicación ciertamente prudentes, en orden a no mermar los derechos de los trabajadores más allá de lo que se observe como realmente indispensable”». Por tanto se desestima la demanda.

3. Un debate nuclear de todos los supuestos es el periodo de consultas y la negociación de buena fe, la cual existe aunque se solapen con un periodo de consultas para el descuelgue salarial y tampoco existe abuso de derecho por la circunstancia de que se encadenen y solapen medidas de flexibilidad interna si están debidamente justificadas, como es el supuesto.

D) Conflicto Colectivo. Suspensión de gastos de acción social. Desestimatoria

SAN de 19 de abril de 2013 (conflicto colectivo 76/2013) IL J 456/2013.

1. La empresa mercantil pública notificó por escrito a los representantes y a los propios trabajadores su decisión de suspender el pago de la póliza sanitaria y dental, que mantenía con A., así como el denominado complemento de acción social durante el año 2013, con base a lo dispuesto en el art. 21.7 de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2013.

2. La Sala parte del contenido del art. 21 de la LP de Madrid para el 2.013 en la que establece: «Durante el año 2013, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32, párrafo segundo y 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, queda suspendida y sin efecto la aplicación de cualquier previsión relativa a la percepción de beneficios sociales, gastos de acción social y de todos aquellos de naturaleza similar, tanto en metálico como en especie, que tengan su origen en Acuerdos, Pactos, Convenios y cláusulas contractuales para el personal al servicio del sector público de la Comunidad de Madrid contemplado en el presente artículo, excluidos préstamos, anticipos y las ayudas y pluses al transporte de los empleados públicos». La jurisprudencia, estudiando si las leyes autonómicas prevalecían sobre las leyes presupuestarias de diversas comunidades autónomas que, ejecutando el RDL 8/2010, redujeron el 5% de las retribuciones del personal laboral de las sociedades mercantiles públicas autonómicas, ha defendido la prevalencia de las leyes autonómicas, en aplicación del principio de jerarquía normativa. Por tanto siendo una sociedad mercantil pública resulta de aplicación tal precepto, y por ello no estamos ante una modificación sustancial sino ante la aplicación de la Ley autonómica.

3. La Sala acude al principio de jerarquía normativa, pues procede aplicar la ley autonómica, que ordenó suspender los derechos, al tener prevalencia respecto a cualquier otra fuente convencional o contractual.

E) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Licitud

STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2013 (recurso de suplicación 5766/12), IL J 541/2013.

1. La trabajadora, educadora, viene prestando servicios en el Centro de Asistencia y Educación Especial «Santiago Apóstol», el cual venía prestando servicios a usuarios con

edades comprendidas entre los 6 y los 21 años, excepcionalmente hasta 24 años, cerrando sus instalaciones en Navidad, Semana Santa y del 24 de julio al 16 de septiembre. Por resolución de 20 de julio de 2011 se acuerda la modificación del anterior pasando a ser Centro de Atención a personas con Discapacidad de la Coruña, con cuarenta plazas, pasando a ser sus usuarios las personas entre los 16 y los 59 años pasando a prestar servicios 365 días al año, 24 horas al día. En las mismas instalaciones situadas en Las Xubias (La Coruña) se encuentra el Colegio María Mariño el cual se encuentra dedicado a actividades educativas: Por acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 4 de agosto de 2011 se aprueba la modificación de la RPT por modificación sustancial y cambia de tipología de este, pasando a ser 18 los educadores del centro, amortizando 8 puestos de educadores. Por la Consellería se procedió a la apertura de un proceso de consultas con los representantes de los trabajadores sobre la modificación de la RPT. Con anterioridad a la modificación el horario de los educadores eran turnos de mañana (de 10:00 a 17:00 horas) y de tarde (de 15:00 a 22:00 horas) estando asignados a un turno fijo, que en el caso de la demandante era de mañana, así como uno en turnos rotatorios de mañana y tarde los fines de semana y los festivos. Tras la modificación los educadores pasan a realizar turnos rotatorios de mañana (de 08:00 a 15:00 horas) y de tarde (de 15:00 a 22:00 horas). En el periodo solapado entre ambos turnos (de 15:00 a 17:00 horas) se procedía por los cuidadores a atender al comedor con los alumnos del Colegio María Mariño. La sentencia de instancia fue estimatoria declarando injustificada la modificación operada.

2. La Sala de lo Social examina el recurso de suplicación formulado por la Administración y señala que «la medida, que reorganiza el sistema de prestación de servicios de la Educadora [y de todo el centro], es una causa “organizativa” y “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya [...] a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. La relación entre las causas técnicas y organizativas, a pesar de ser evidente, pues ambas hacen referencia al denominado ámbito interno de la empresa, no impide que –desde un punto de vista teórico– puedan delimitarse: mientras las primeras se refieren a la maquinaria, esto es, los medios materiales de la empresa; las segundas se refieren la organización del personal, esto es, a los medios personales. Si bien cualquiera de las dos causas anteriores supone una redistribución del tiempo o del trabajo del personal que le permite al empleador adaptarlo a las nuevas circunstancias de la entidad. Porque la justificación empresarial de la medida es que “el nuevo centro pasa a funcionar los 365 días del año, 24 horas al día, por lo que se producen razones organizativas que requieren una reorganización de los efectivos adecuada a las necesidades de atención de las personas destinatarias”. En otras palabras, se ha producido una modificación en el mismo centro de trabajo de la parte recurrida, que de ser un “Centro de Asistencia y Educación Especial para menores discapacitados” ha pasado a ser un denominado “Centro de Atención a Personas con Discapacidad” con los efectos inherentes; porque no sólo se ha ampliado el rango de edad de los usuarios del mismo, que ya no se queda en los 3 a 24 años, sino que va desde los 16 años en adelante (hasta los 59), sino que ahora se atenderá a “personas discapacitadas gravemente afectadas”, al margen de que se han separado definitivamente las funciones educativas de las asistenciales, quedando atribuidas las primeras al Colegio de Educación Especial “María

Mariño”; centro este con el que hasta ahora el Colegio “Santiago Apóstol” compartía ubicación física, servicios de comedor, algunas actividades extraescolares y asistencia a los alumnos en su salida a sus domicilios. Tales cambios organizativos, derivaron igualmente en una modificación de la relación de los puestos de trabajo. Y todo ello hace preciso una reorganización del personal que trabaja allí». Por tanto entiende la Sala que se ha acreditado la causa organizativa derivada de la modificación de las actividades que desarrollaba el centro, lo que justifica la reorganización. Además señala que «al órgano judicial sólo le está permitido pronunciarse sobre la justificación de la medida (esto es, la concurrencia o no de la causa que lo determina y sus efectos), mas no sobre una posible organización alternativa o medidas menos drásticas para los trabajadores [o, incluso, actuaciones que solventasen deficiencias en la atención de los pacientes o internos –que es el argumento de la Sentencia de Instancia–], pues ello significa introducirse en criterios ajenos a lo que ha de ser una fiscalización de la medida en los términos exigidos por la jurisprudencia, habida cuenta que ello extralimita las previsiones del precepto estatutario, al integrarse en la esfera organizativa y directiva de la empleadora».

3. En el presente supuesto se examina una causa organizativa por mor de la reestructuración interna de un centro público, ello supone que se den las circunstancias para la modificación de horario pues contribuye a adaptarse a las nuevas circunstancias, lo que justifica la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, quien entro en valoraciones que no corresponden al juzgador en mérito de las manifestaciones de la libertad de empresa y de la defensa de al productividad reconocidas en el art. 38 CE, «la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional».

F) Reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2013 (recurso de suplicación 1027/2013), IL J 547/2013.

1. Hospital P. SA figura incluido en la Red Hospitalaria Gallega, como centro privado concertado. En fecha 14 de febrero de 2012, la Dirección del Hospital y 136 empleados de las categorías auxiliar de clínica y celador, pasan a acordar que la jornada de trabajo semanal será de 35 horas con efectos desde el 1 de abril. El 9 de abril suscriben igual acuerdo otros cinco trabajadores de la categoría de celador con efectos de 2 de mayo. En fecha 1 de julio se suscriben iguales acuerdos con trabajadores de la empresa, pero sin precisar el cuerpo o categoría profesional a la que pertenecen. Al tiempo de acordarse la jornada semanal de 35 horas, existían en el Hospital tres turnos; el de la mañana de 8:00 a 15:00 horas; el de la tarde de 15:00 a 22:00 horas; y de la noche de 22:00 a 8:00 horas. En fecha 9 de abril de 2012 se constata por la Inspección de la Seguridad Social que desde el 22 de marzo de 2012 no se respetan los descansos entre jornadas ni los horarios y turnos de trabajo, afectando en concreto al cuerpo de auxiliares de clínica y a los celadores. Del día 1 al 20 de julio de 2012 se desarrollan las negociaciones entre la dirección del hospital y los representantes de los trabajadores al considerar estos que no se respetan los turnos,

ni las previsiones del tiempo de trabajo previsto en el Convenio Colectivo. Las negociaciones continúan en fechas de 2 a 23 de agosto, y de 3 a 7 de septiembre. En este ámbito, los representantes de los trabajadores no aceptaron: a/ Turnos de 21'30 horas a 7'30 horas, de 22'30 horas a 8'30 horas, de 7'30 horas a 13'30 horas, de 10 horas a 16 horas, de 10 horas a 17 horas y de 7 horas a 23 horas, por no encajar en el horario normal de cada turno (8 horas/15 horas, 15 horas/22 horas y 22 horas/8 horas). b/ Distribución irregular de la jornada diaria (p.ej. lunes-miércoles-viernes de 6 horas a 8 horas y martes-jueves-sábado de 8 horas a 15 horas), por no ser estable y regular dentro de la misma semana. c/ Noche de domingos de 22 horas a 6 horas, por resultar endeudados en dos horas que pasarían a ser de libre disposición por la empresa. Durante la negociación se realizaron turnos de 21'30 horas a 7'30 horas, de 22'30 horas a 8'30 horas, de 7'30 horas a 13'30 horas, de 10 horas a 16 horas, de 10 horas a 17 horas y de 7 horas a 23 horas. El Juzgado de lo Social estimó la demanda de conflicto entendiendo nula la modificación sustancial operada.

2. La empresa recurre ante la Sala de lo Social y primer debate que responde esta lo es el ejercicio de *ius variandi* con amparo en el arts. 5.c) y 20.2 ET, pero tal ejercicio se proyecta en situaciones concretas y con requisitos específicos, de modo que los demás deben acudir al procedimiento de la modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el art. 41 ET. Por tanto hay que diferenciar aquellas modificaciones sustanciales de las que no son sustanciales. Así respecto a las sustanciales, se trata de «un concepto jurídico indeterminado que habrá que precisar en cada caso concreto, porque la lista del artículo 41 ET no es exhaustiva sino ejemplificativa, pues no comprende todas las modificaciones que son o pueden ser sustanciales, ni atribuye este carácter a cualquier alteración de las materias tipificadas, de modo que para apreciar si una determinada modificación es o no sustancial habrá que atender no sólo a la materia sobre la que versa sino también a las características mismas de dicha modificación en su triple vertiente de importancia cualitativa, alcance temporal y eventuales compensaciones». «La literalidad de los apartados a), b) y c) del artículo 41 ET, que califica de modificación sustancial de condiciones trabajo las relativas a jornada de trabajo, horario/distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos, respectivamente, así como la jurisprudencia transcrita, impiden apreciar la primera denuncia de suplicación, que niega la sustancialidad de la alteración laboral decidida por la empresa que, en el caso, es más que un simple ajuste o variación de turnos sin incidencia en la relación de trabajo y repercute directa e inmediatamente en el régimen laboral de los trabajadores (auxiliares de clínica y celadores), afectando a derechos esenciales como los indicados y con el consiguiente perjuicio (TS s. 18-7-96) también familiar y personal, aunque algunos de aquéllos individualmente considerados hubieran convenido con la demandada, antes de negociar ésta con sus representantes, la modificación de los turnos de trabajo, pues tales acuerdos particulares no evitan ni suplen lo que legalmente ha de ser tratado colectivamente con la representación social (TSJ País Vasco s. 14-6-2005)». Y reitera que «Según la jurisprudencia (TS s. 11-6-2008) el poder de dirección de la prestación laboral («ius variandi») no debe confundirse con un poder regulador de la relación de trabajo, de ahí que cuando la empresa trate de introducir modificar las condiciones de trabajo que puedan calificarse de sustanciales, haya de cumplir las exigencias del artículo 41 ET: Una, de fondo, relativa a que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, considerándose como tales las relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Otra,

de forma o procedimiento, de suerte que su incumplimiento pueden producir la nulidad de la decisión empresarial (TS ss. 28-2-2007, 5-6-2009)». En el presente supuesto la empresa cumplió las exigencias formales (modificación colectiva), si en embargo entiende la sala, que «no ha aportado prueba que permita alcanzar la convicción de la justificación de la modificación sustancial, es decir, no acreditó objetiva o razonablemente problemas de orden económico o en la organización de sus recursos que perjudiquen la demanda asistencial que constituye su objeto, tampoco dificultades en su posición en el mercado que pudieran afectar a su competitividad; por tanto, la decisión litigiosa que adoptó el 27-11-2008 carece del imprescindible apoyo legal», así elementos como el estudio de la carga de trabajo y los cuadros de rotación del personal afectado que constan, sin explicación técnica que pudiera ser acogida en virtud del principio de inmediatez judicial, nada acreditan, lo cual lleva a concluir en la inexistencia de oportuna causalidad normativa, por lo demás no identificable con la crisis de empresa (TS s. 17-5-2005) ni con la mayor o menor intensidad de la medida adoptada –modificación, suspensión, extinción– (TS s. 8-1-2000), porque la necesidad de que exista una causa legal –que debe ser probada por el empleador– y su conexión con la modificación en orden a la finalidad requerida por la ley son circunstancias determinantes de la viabilidad jurídica de la decisión modificativa empresarial, cuyo control de existencia, razonabilidad y proporcionalidad corresponde al órgano judicial. En su consecuencia se desestima el recurso de suplicación.

3. La Sala examina las diferencias en el ejercicio del *ius variandi* y su afectación en las modificaciones no sustanciales y en las sustanciales y a pesar de tratarse de concepto indeterminado y que la lista del art. 41 ET es ejemplificativa y no exhaustiva. En el presente supuesto entroncándose en los supuestos de los apartados a), b) y c) art. 41 ET, y por tal estamos ante un supuesto de modificación de carácter sustancial, pues afecta a derechos esenciales tanto ámbito familiar como el personal. En el supuesto efectivamente se cumplieron los requisitos de forma, pero no ha probado los elementos de la justificación de la medida y por tal concluye en la desestimación del recurso.

G) Modificación sustancial de condiciones. Sistema de retribución por comisiones. Nulidad del periodo de consultas

SAN de 31 de mayo de 2013 (conflicto colectivo 111/2013), IL J 584/2013.

1. Por la empresa, grupo textil, comunico a los trabajadores informándoles que había tenido lugar una reunión con representantes de UGT y CCOO, habiéndose acordado constituir la mesa que trataría modificaciones conforme al art. 41 ET dada la caída de ventas. 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». Con fecha 27-2-13 tuvo lugar una reunión compareciendo los representantes de las centrales sindicales UGT y CCOO así como 16 personas como representantes autonómicos de los trabajadores. En esta reunión, el Director Financiero del GRUPO SUITEBLANCO expuso la situación del sector textil en España y del Grupo, relatando las gestiones realizadas con bancos y proveedores para minimizar gastos y conseguir crédito. En relación con la plantilla, anunció que se proponía cambiar la forma de comisionar que actualmente se venía realizando calculada en un porcentaje sobre ventas obtenidas en el

mes. La propuesta era que estas comisiones se devengaran siempre y cuando las ventas de un mes, comparado con el mismo mes del año anterior, alcanzaran un -5%. Seguidamente, se acordó constituir la mesa negociadora para el período de consultas, que quedó conformada por 5 miembros de UGT, 5 miembros de CCOO, 3 «ad hoc conforme al art. 41.1 ET», y se guardó un puesto para los representantes de ELA, LAB y OSTA. Días después tuvo lugar la primera reunión de consultas estando las centrales sindicales UGT y CCOO y 12 personas. La representación social requirió «el dato cuantificativo de la medida», y comunicó que si la modificación del sistema de comisiones «no puntualiza el pago, no firmarán nada». La representación de la empresa contestó que no podía garantizar la puntualidad de los pagos porque dependía de la recaudación de ventas. Días después tuvo lugar nueva reunión, habiéndose entregado determinada información contable, sin embargo requirió la parte social otra documentación a la que la respondió que mucha de ella no podía entregarse por encontrarse auditándose la empresa. La representación social realizó contrapropuestas en relación con el sistema de comisiones, a lo que la representación empresarial contestó que la medida ya estaba muy ajustada y que no podían asumir alternativas que implicaran un coste económico, y que las que no lo implicaban habían sido valoradas y también se consideraban inviables. Las partes decidieron dar por finalizado el período de consultas sin acuerdo. Las empresas del grupo han tenido pérdidas en 2012.

2. Los demandantes interesan la nulidad de la modificación sustancial, los sindicatos demandantes alegan que no se siguió el procedimiento legalmente previsto, pues no se suministró la documentación requerida y porque el período de consultas no pasó de ser un mero trámite, en vez de cumplir con su finalidad, que no es otra que propiciar una negociación real y efectiva, en la que se discutan alternativas para evitar o reducir los efectos de la medida propuesta por la empresa, a lo que se opone la empresa el cumplimiento de la forma y alegando las pérdidas. La Sala parte de la exigencia del cumplimiento de las formalidades contenidas en el art. 41 ET al margen de la difícil situación de la empresa, así señala que «Es verdad que se solicitó información adicional a la que ya se les había entregado, y también lo es que la representación empresarial alegó lacónicamente no disponer de ella. Pero la información se solicitó en la misma reunión en la que, más tarde, acordaron poner fin al período de consultas, dejando de este modo sin efecto cualquier solicitud de necesario cumplimiento posterior. La representación social demostró con sus propios actos que no consideraba realmente necesaria esa información adicional para decidir si valía la pena o no seguir negociando. En cuanto a la situación de precurso, que, en efecto, se omitió mencionar en el período de consultas, aún pudiendo tacharse esta omisión de irregular dado que forma parte de la situación económica negativa que fundamenta la medida, no nos parece de suficiente entidad como para dar lugar a la declaración de nulidad, porque se trata de un elemento que sólo habría podido apuntalar aún más la justificación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, y en modo alguno habría desmentido la situación planteada a partir de los datos económicos presentes en las cuentas de pérdidas y ganancias y balances de situación de las empresas del Grupo, de los que ya disponía la representación social». En lo que se refiere a la propia negociación real, se entiende la existencia de tal al margen de que la entidad ya había comunicado a los trabajadores su decisión antes de comenzar el período de consultas, y porque no alteró su posición durante el mismo y efectivamente es idéntica, y que la empresa no aceptó ninguna de las contrapropuestas formuladas por la representación social en el período de

consultas. Pero eso, por sí mismo, no determina, siempre y en todo caso, la ausencia de negociación de buena fe, recordando la doctrina expuesta en SAN 12-4-13 (proc. 62/2013).

Pero la Sala entra en el examen de la comisión negociadora conectada con la validez del periodo de consultas, «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. Así lo explicamos en 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 art. 47.1 ET, como el art. 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 art. 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 art. 28 RD 1483/2012, de 29 de octubre. –Así lo hemos defendido en SAN 18-06-2012, proced. 80/2012». Pero es más, esa 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. En nuestra 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 art. 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». Por consiguiente al haberse sustanciado el periodo de consultas con una comisión negociadora a nivel del grupo mercantil (pues no entiende la existencia de un grupo laboral) y no haciéndolo empresa por empresa, es por lo que se declara la nulidad de la medida. Esto es, debió llevarse a cabo por las comisiones negociadoras en las que la representación social podía estar conformada exclusivamente por las secciones sindicales, si estas así lo hubieran acordado en los términos del párrafo segundo del art. 41.4 ET, o, en su defecto, por los representantes unitarios –acompañados, siempre que así se hubiera pactado, por representantes ad hoc por los centros sin representación, precisando la ponderación del voto en proporción al número de trabajadores representados–. Y, si no se hubiera producido acuerdo de las secciones ni existieran representantes unitarios, la representación social

podría haberse conformado solo con representantes ad hoc, tal como establece el art. 41.4 ET en sus párrafos cuarto y quinto.

3. La Sala estima la nulidad de la medida y ello partiendo de que la forma respecto a la documentación entregada y la negociación llevada a cabo lo fue de buena fe, pero entendiéndose que no estamos ante un grupo laboral sino mercantil la representación acordada por la empresa no se adecua a los términos del art. 41 y por tal proyecta sus efectos sobre el periodo de consultas declarando nula la medida al no haberse llevado a cabo conforme las representaciones legalmente previstas.

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.**
 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. Art. 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.**
 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.
 - A) **Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.**
 - B) **La indemnización: cuantía y cálculo.**
 - C) **Derecho de opción.**
 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.
 - A) **Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral*, números 4 a 6 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 extinción del contrato de obra o servicio de un escolta, cuando el cliente –el Ministerio del Interior– resuelva parcialmente el contrato de arrendamiento de servicios, no constituye despido improcedente, en tanto se ha seguido el criterio de elección de los trabajadores de menor antigüedad establecido en el convenio colectivo de empresas de seguridad. Se trata de un sistema de cese según criterios colectivamente pactados, que da prioridad a la antigüedad y a las cargas familiares, cuando el vínculo laboral tiene naturaleza temporal y está sometido a la condición resolutoria de finalización de su objeto (**STS de 15 de mayo de 2013**, IL J 667 [rcud 2062/2012], que mantiene la doctrina contenida en la **STS de 18 de diciembre de 2012**, IL J 132 [rcud 1117/2012]).

De la **dimisión** del trabajador trata la **STS de 14 de febrero de 2013**, IL J 384 (rcud 979/2012). Este había sido detenido e ingresado en prisión, habiendo sido suspendido su contrato, mientras permaneció en prisión provisional, por aplicación del artículo 45.1 g) del ET. Una vez recaída sentencia condenatoria, la empresa no tuvo noticia alguna del actor, por lo que consideró que su ausencia al trabajo desde tal sentencia constituía un abandono del puesto de trabajo de acuerdo con el artículo 49.1 d) del ET y, por tanto, desde esa fecha se encontraba extinguida su relación laboral con la empresa.

Al respecto, el alto tribunal trae a colación la reiterada doctrina de la Sala IV:

«La cuestión ha sido resuelta por sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1994, recurso 1501/93, reiterando lo establecido en la sentencia de 28 de febrero de 1990, que contiene el siguiente razonamiento: “Basta para ello reiterar la doctrina, que es la ajustada a derecho y que como tal ha de sostenerse, constante con el fundamento jurídico segundo de la ya citada sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 1990. La sentencia firme de la Jurisdicción del orden penal, que condena, priva de la justificación de la ausencia que hasta ese momento y como garantía del derecho a la presunción de inocencia se derivaba del artículo 45.1.g) del Estatuto de los Trabajadores; y de ahí que desde el momento en que adquirió firmeza la sentencia penal la ausencia al trabajo dejó de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento de contrato sancionable por el empresario en virtud del artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores”.

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, si bien está acreditado que la demandada no procedió a despedir al actor es lo cierto que dio por extinguido el contrato por abandono del puesto de trabajo en los términos previstos en el artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, desde el momento en el que existió sentencia penal condenatoria, resultando dicho abandono, en primer lugar, de la falta de justificación de la ausencia al trabajo durante un período de trece años y, en segundo lugar, del hecho de que durante dicho período el actor en ningún momento se puso en contacto con la empresa.

A mayor abundamiento la empresa procedió a dar de baja al trabajador en la Seguridad Social el 22 de marzo de 1998, sin que el trabajador formulara reclamación alguna».

La **STS de 15 de marzo de 2013**, IL J 476 (rcud 1693/2012) resuelve un supuesto de inexistencia de despido, habiéndose amortizado el puesto de trabajo del trabajador en excedencia voluntaria que solicitó la readmisión.

En este sentido, la Sala señala en el FJ 5º, conforme a la doctrina sentada anteriormente:

«El relato de hechos probados contiene los datos fácticos suficientes que acreditan, que «cuando el actor solicitó el reingreso no existía vacante de su categoría» al haber sido externalizadas las funciones desempeñadas en el departamento en que había prestado sus servicios el demandante con anterioridad al inicio de la situación de excedencia voluntaria, incluso con el consentimiento de los trabajadores que habían continuado tras dicha fecha prestando servicios en dicho departamento, por lo que el puesto de trabajo que desempeñaba el actor no ha sido conservado o reservado para él, sino que fue amortizado junto con los restantes puestos del referido departamento; y al no venir obligada la empresa por la ley a la reserva de la plaza, es evidente que su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor en la forma expresada, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

De la tercera de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la agresión física a las personas que trabajan en la empresa [art. 54.2 c) ET], trata la **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013**, IL J 639 (recurso 1549/2012).

La Sala razona en el FJ 2º:

«El bien protegido, la convivencia en la empresa, debe ser compatible con el ejercicio de otros derechos, particularmente con el derecho de libertad de expresión. En esta línea, las manifestaciones de los trabajadores deben responder al lícito ejercicio de la crítica, que no puede ser totalmente eliminado en el ámbito laboral, siendo incluso adecuado especialmente en las empresas públicas, pues puede permitir la corrección de deficiencias o anomalías, “pero la valoración de los límites de la libertad de expresión debe hacerse de acuerdo con el principio de buena fe” (STS de 11 de octubre de 1990). Por el contrario,

también ha estimado la ausencia de amparo por el artículo 20 CE de expresiones vejatorias e insultantes para el empresario (STC 204/1997, de 25 de noviembre, BOE de 30 de diciembre), y habiendo quedado acreditado que el día 2/9/2011, el actor arremete físicamente y verbalmente a su compañero, que se retira y el actor continúa con su conducta y debe ser reducido, conducta muy grave sancionable con el despido, art. 54.2 c) Estatuto de los Trabajadores, por lo que se impone el fracaso del Recurso y la confirmación de la sentencia de Instancia».

De la transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.d) ET] trata la **STSJ de Galicia de 20 de febrero de 2013**, IL J 519 (recurso 5760/2012). En este caso, se declaró la procedencia del despido, al probarse la concurrencia desleal del trabajador, que durante la reducción de su jornada por cuidado de un hijo prestaba servicios para otra empresa del sector.

A tal efecto, la Sala razona:

«Y lo que es incuestionable y justifica el despido, es dedicar la reducción de su jornada por cuidado de un hijo menor, para realizar trabajos en otra empresa porque el fraude y el abuso de confianza son concurrentes y es jurisprudencia reiterada que ...la buena fe a que alude el art. 1258 del Código Civil, no se refiere a la buena fe subjetiva –creencia, situación psicológica, sino a la objetiva– comportamiento justo y adecuado, a que se alude en el párrafo primero del art. 7 del Código Civil (STS –I– 23/12/91, que cita el precedente de 08/07/81).

La buena fe en su sentido objetivo «constituye un modelo de tipicidad 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 [...], con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza» (SSTS 22/05/86; 25/06/90; 04/03/91).

La buena fe contractual se configura en el ET como requisito de obligada presencia en el decurso de toda la vida de la relación jurídico-laboral, recíprocamente exigible por ambas partes [arts. 54.2.d, 5.a, 20.2 y 50.1.a]; y se califica por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena (SSTS 20/11/89; 21/05/90; 31/01/91).

Y justifica el despido, porque la causa implica un serio quebrantamiento del principio de la buena fe que informa las relaciones jurídicas, vulnerando además el deber de probidad que impone el servicio para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, con repercusión en el buen orden laboral y en el de los intereses del Empresario (SSTS 30/09/88; 13/03/91).

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” (SSTS 22/05/86; 04/03/91).

(...) No es la esencia de este incumplimiento el daño causado sino el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, pues la falta se configura por la ausencia de valores éticos en quien comete la transgresión y no queda enervada [STS 09/12/86] por la

inexistencia de perjuicios derivados de la conducta del trabajador (STS 08/02/91), con lo que la falta puede concurrir con independencia de que el perjuicio económico haya llegado o no a producirse efectivamente (SSTS 29/03/85; 24/06/86; 09/12/86; 19/01/87) (SSTS 04/02/91; 05/10/90; 24/01/94).

Doctrina que aplicada al caso enjuiciado determina la confirmación de la sentencia recurrida, ya que la conducta del demandante se encuadra en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores por sus características y gravedad de la misma».

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. Art. 52.c) ET

La amortización hace referencia al puesto de trabajo y no a las funciones que tenga encomendadas el trabajador, las cuales pueden ser asumidas por otros empleados de la empresa o por el mismo empresario. El cierre de cinco centros de trabajo (que no afectó al del actor), por pérdidas económicas, condujo a una reasignación de efectivos, con la consiguiente extinción de puestos de trabajo conforme a criterios de productividad, antigüedad y situación personal. De este modo, el puesto de trabajo del actor pasó a ser desempeñado por otro trabajador, procedente de uno de los centros cerrados. No apreciándose que el cese tuviera por móvil la pertenencia a un sindicato, lo cual era desconocido por la empresa, da lugar a la procedencia del cese por causas económicas (STSJ Andalucía de 21 de febrero de 2013, IL J 651 [recurso 3338/2012]).

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La puesta a disposición por la empresa del 60 por cien de la indemnización prevista en el artículo 53.1 b) del ET, remitiendo al Fondo de Garantía Salarial para el cobro del 40 por cien restante, en las empresas de menos de 25 trabajadores, cumple con la exigencia legal y no conlleva la calificación de improcedencia del despido (STS de 4 de marzo de 2013, IL J 369 [rcud 958/2012]; 15 de marzo de 2013, IL J 477 [rcud 1725/2012]; 8 de abril de 2013, IL J 689 [rcud 2291/2012]).

Al respecto, la Sala señala:

«De esta forma, en el supuesto regulado en esta norma, el FOGASA se convierte en responsable directo del pago de la indemnización, por lo que la obligación de puesta a disposición se refiere únicamente al importe que corre a cargo del empresario, sin que el empresario tenga el deber de anticipar el importe que debe abonar el Fondo. Esta conclusión se desprende de la expresión literal de la norma, que se refuerza en la redacción de la ley 3/2012 (“el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador ...”), pero también del propio carácter de la obligación y de las normas de procedimiento contenidas en los arts. 13 y 20 del Real Decreto 505/1985; normas que se refieren a los trabajadores como

titulares del derecho a la prestación del Fondo y como interesados en el procedimiento, sin mencionar de forma expresa a los empresarios, lo que no impide a éstos solicitar el importe a cargo del Fondo cuando hayan anticipado al trabajador el pago de la parte del Fondo».

En esta línea, la **STS de 16 de abril de 2013**, IL J 623 [rcud 1437/2012]), analiza la cuestión del error –como excusable o inexcusable– del importe de la indemnización consignada por el empresario. La aplicación por el FOGASA de los límites legales al importe del salario de los trabajadores, de acuerdo con el artículo 33.8 del ET, conlleva que no cubra la totalidad del 40 por cien de la citada indemnización y, por tanto, significa que la empresa no ha puesto a disposición del trabajador el importe correcto de la indemnización. La elevada diferencia entre la cantidad consignada y la que se debió consignar, conduce a la inexcusabilidad del error. En consecuencia, no habiendo cumplido la empresa los requisitos formales previstos en el artículo 53.1 b) del ET, la Sala calificó como improcedente el despido objetivo económico.

La **STS de 20 de marzo de 2013 (Sala General)**, IL J 363 [rcud 81/2012]), declaró la nulidad del **despido colectivo**, a falta de cumplimiento de los requisitos previstos legalmente. En concreto, la apertura del período de consultas con los representantes de los trabajadores, debió ir acompañada de una memoria explicativa suficiente de las causas del despido colectivo, para poder afrontar adecuadamente dicho período de consultas.

El razonamiento de la Sala fue el siguiente:

«Para resolver la cuestión, en primer lugar hemos de decir que el despido colectivo formalmente tramitado por Talleres López Gallego se inició el 21 de febrero de 2012, pocos días después de la entrada en vigor del RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE del 11 de febrero y entrada en vigor el 12 de febrero), y por ello la redacción del artículo 51 ET aplicable, y también la del posteriormente modificado artículo 124.9 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es la anterior a la que la Ley 3/2012, de 6 de julio estableció para ambos preceptos.

Además, en la fecha en la que se produjo el despido colectivo, permanecía en vigor aunque de manera parcial el Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo aprobado por el RD 801/2011, en todo aquello que no se opusiera a la nueva redacción, tramitación o forma de decisión de las extinciones colectivas del contrato de trabajo profundamente modificada por el artículo 51 ET y 124 LRJS. En lo que aquí respecta, los artículos 6 y 7 de ese RD, prescindiendo completamente de lo que pudiese establecer la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo (BOE de 13 de marzo), sobre la vigencia transitoria de determinados artículos de aquél Reglamento, peculiar y anómala disposición que por su ínfimo rango nunca podría condicionar la aplicación, alcance o interpretación del RDL 3/2012, o la vigencia y extensión del RD 801/2011.

De conformidad entonces con lo previsto en el número 2 del artículo 51 ET, la comunicación de la apertura del período de consultas con los representantes de los trabajadores por parte de la empresa, debió ir acompañada, entre otras informaciones o relaciones, de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, así como de: a) la especificación de las causas del despido; b) número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; c) número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) período previsto para la realización de los despidos;

y e) criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

La genérica expresión de “la memoria explicativa de las causas del despido colectivo” tiene su complemento reglamentario en el artículo 6 del RD 801/2011, en el que se precisa la documentación exigible en los despidos colectivos por causas económicas. (...)

Pues bien, entre la escasa documentación entregada por “Talleres López Gallego” al inicio del período de consultas, tal y como razona ampliamente la sentencia recurrida, la pretendida “memoria”, que obra en el folio 119 de las actuaciones, consiste en una pequeña descripción cronológica de su actividad en el mercado, recordando cómo en el 2010 se aprobaron dos expedientes previos de regulación de empleo. En la página 2 (la “memoria” tiene tres) se dice que “en los anexos se adjuntan detalles de facturación y algunos gráficos que soportan los argumentos planeados” a los efectos de apreciar el pretendido descenso de la facturación.

Pero tales anexos no existen realmente ni, como se dice con acierto en la sentencia recurrida, “de la documentación acompañada al mismo (declaraciones de IVA y balance PYMES) cabe deducir la reducción o, mejor dicho, la falta de producción, la ausencia total de trabajo o la existencia de deudas inasumibles”.

De lo anterior ya se desprende con claridad que la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el período de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ese período de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y 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 destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Y esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el período de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, ya se ha visto que en el caso examinado en absoluto se llevó a cabo, lo que supone una clara vulneración de lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que de conformidad con lo previsto en el 124.9 LRJS (redacción anterior) ha de conducir, tal y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, a la nulidad de la decisión empresarial, teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible.

Además, la relatada conducta omisiva en la aportación de esa documentación mínima y la desinformación que produjo de manera inevitable en los representantes de los trabajadores, en el presente caso afectó a la realidad de la existencia de un verdadero período de consultas, y no tanto porque no se moviesen las posiciones empresariales en el curso de las tres reuniones, sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo aparentemente sostenidos únicamente con la empresa “Talleres López Gallego, S.L.”. Estos hechos entonces privaron realmente de contenido al legalmente

exigible período de consultas y le otorgaron la condición de lo que la sentencia recurrida califica por parte de la empresa de mera intención de cumplimentar un trámite formal.

De lo razonado hasta ahora se desprende entonces con claridad que no hubo infracción alguna por parte de la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 51 ET, en relación con el 124 LRJS, cuando calificó el despido colectivo como nulo, razón por la que el motivo del recurso debe ser desestimado, tal como propone el Ministerio Fiscal en su informe».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

Sobre la información errónea de la Administración en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción por despido, y si debe tenerse en cuenta a los efectos de acoger o no la excepción de caducidad de dicha acción, trata la **STS de 23 de abril de 2013**, IL J 613 (rcud 2090/2012).

A tal efecto, se señala en su fundamento jurídico segundo:

«Pues bien, esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala en sus sentencias de 17 de diciembre de 2004 (Rcud. 6005/03), reiterada en las de 17 de septiembre de 2009 (Rcud. 4089/08) y de 12 de abril de 2011 (Rcud. 1111/10). En esta última –citada ya en la sentencia recurrida– se razona que:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional 193 y 194/1992, en doctrina que ha sido reiterada por la sentencia de 214/2002, han establecido 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. Así estas sentencias señalan que, aunque ‘los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario’, también ‘lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración –hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas’, ‘cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social’. Por otra parte, se afirma que ‘la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable’. Por ello, ‘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 (STC 204/1987)’. Por el contrario, ‘resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo –hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea,

debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado’.

El Tribunal Constitucional señala además que el hecho de que se contara con asistencia de Letrado ‘no desvirtúa el hecho de que, efectivamente, la Administración indujo a error a los recurrentes y se aprovechó en el proceso, conscientemente, de ese mismo error’, añadiendo que ‘la protección de los administrados frente a las irregularidades administrativas que lleva a cabo la Ley de Procedimiento Administrativo no se hace depender de la presencia o no de Letrado’. Por último, se concluye que, aunque las indicaciones de las Administraciones sobre las vías de impugnación de sus actos carecen de fuerza vinculante para las partes, no puede considerarse falta de diligencia el seguir las instrucciones contenidas en las notificaciones administrativas, relativas a los recursos procedentes y plazos para interponerlos, pues ‘lo contrario supondría colocar a los ciudadanos en una situación de inseguridad ante las notificaciones administrativas, y vendría a eliminar la garantía que supone para el administrado la regulación legal de los requisitos de esas notificaciones’.

2. En este caso el error existe y –como pone manifiesto la sentencia recurrida– es relevante en orden a la conducta procesal del trabajador demandante, en la forma de computar el plazo, pues se le informó que el plazo corría desde la notificación de la resolución y no desde la fecha de efectos del despido con el descuento de los días correspondientes a la reclamación previa».

En el supuesto de los **trabajadores indefinidos discontinuos**, el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, conforme a la doctrina asentada en la STS de 27 de marzo de 2002, «se inicia en el momento en que se produce la falta de llamada o desde que se aprecia un acto concluyente del empresario dirigido a no convocar al trabajador en el nuevo ciclo, y no desde que la empresa notificó la terminación del contrato para obra o servicio anterior». En este caso, el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo no es el momento en que termina el último período de servicio, sino cuando el trabajador –con la categoría de profesor de clarinete en la Escuela Municipal de Música– tiene cabal conocimiento de que no será convocado para el curso siguiente, lo cual sucede cuando el Ayuntamiento se lo comunica verbalmente (**STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2013**, IL J 655 [recurso 1957/2012]).

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

De las resoluciones judiciales que declaran la procedencia del despido disciplinario cabe destacar la **STS de 27 de marzo de 2013**, IL J 496 (rcud 1291/2012). En este caso, la inasistencia al trabajo los cinco días laborales siguientes a la notificación de la resolución administrativa que denegó la incapacidad permanente total solicitada, podía calificarse de injustificada y por tanto ser causa de despido disciplinario procedente.

Para la Sala:

«La recurrente no ha probado (...) que pese al alta médica o a la resolución declarando que no estaba afecta de incapacidad permanente continuaba en situación de incapacidad

temporal por estar impedida para reanudar el trabajo. Tampoco ha probado que durante la tramitación del expediente de incapacidad permanente siguiese recibiendo asistencia médica y los partes de confirmación de baja, documentación que habría tenido en su poder, caso de no habersele dado el alta médica. Así las cosas, no se da ninguno de los supuestos especiales que, conforme a la doctrina reseñada, justifican la inaplicación de la misma y procede, por tanto, la desestimación del recurso, porque la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6-1 del Código Civil), norma aplicable a la supuesta ignorancia sobre el nacimiento del deber de reincorporarse al trabajo tras cesar la suspensión del contrato, conforme a los artículos 45-1 y 48-1 del Estatuto de los Trabajadores. Conviene añadir que la trabajadora conocía que ya el 2 de agosto de 2010 por llevar doce meses de baja había sido alta médica por el INSS (folio 64 de los autos), quien debió cursar la nueva baja el 24 de enero de 2011, al producirse antes de los seis meses, lo que suponía la acumulación de los períodos de baja sucesivos a la extinción de la incapacidad temporal con la declaración de inexistencia de incapacidad permanente, conforme al art. 131-bis de la L.G.S.S».

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STS de 12 de marzo de 2013**, IL J 697 (rcud 58/2012) se refiere a un supuesto de conductas hostiles (insultos, amenazas, descalificaciones e incluso intimidación) hacia otros trabajadores de la empresa. La sentencia de instancia declaró el despido procedente, pero la Sala de lo Social declaró la improcedencia del despido, pues consideró que **la carta de despido** no concretaba de forma suficiente los hechos imputados, es decir, no detallaba los insultos, amenazas y descalificaciones, ni tampoco las fechas en que éstas tuvieron lugar. Con apoyo en la jurisprudencia anterior (STS 28 abril 1997 [rcud 1076/1996]; 18 enero 2000 [rcud 3894/1998]; y 30 septiembre 2010 [2268/2009]), el alto tribunal señaló que la indeterminación en el contenido de la carta, que no contiene hechos sino más bien reproches genéricos, «hace imposible organizar una defensa eficaz **frente a estas imputaciones e incluso valorar la gravedad de las mismas y lo mismo sucede en relación con la determinación temporal que impide además la eventual alegación de la prescripción**». En consecuencia, la Sala desestimó el recurso de casación de la empresa.

De la improcedencia del despido, por ausencia de gravedad en las ofensas verbales y físicas denunciadas, trata la **STSJ de Murcia de 11 de febrero de 2013**, IL J 337 (recurso 1004/2012). Al respecto, la Sala estimó que la conducta en cuestión no revestía la gravedad suficiente para adoptar por la empresa demandada la sanción mas grave, es decir, el despido, de conformidad con la jurisprudencia del TS, al no constar que existiera una agresión física ni psíquica, ni amenazas de muerte o de grave quebranto físico al jefe de taller.

Por su parte, la **STS de 13 de mayo de 2013**, IL J 673 (rcud 1956/2012) confirmó la sentencia recurrida, que a su vez había confirmado la resolución de instancia, declarando la improcedencia del despido. Por un lado, el recibo de finiquito era ineficaz al no expresar la voluntad extintiva a tal efecto y, por otro, la contratación eventual de la trabajadora carecía de causa legal.

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La STS de 12 de marzo de 2013, IL J 467 (rcud 1042/2012) trata de dilucidar la cuestión relativa a si procede descontar de los salarios de tramitación, consecuencia legal de la declaración de improcedencia del despido, los ingresos percibidos como consecuencia de la actividad de la trabajadora, dada de alta en el RETA desde antes de la fecha del despido.

La Sala fundamenta su decisión en los términos siguientes (FJ 3º):

«Tanto la sentencia recurrida como la de contraste parten de la doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en materia de salarios de tramitación y posibles descuentos que puedan llevarse a cabo como consecuencia de la realización durante el periodo señalado para su percibo de otra actividad remunerada o del percibo de prestaciones de Seguridad Social.

Así la doctrina general se resume en la STS de 18 de abril de 2007 (recurso 1254/2006), en la que se citan muchos precedentes como las SSTS de 14 de marzo de 1995 (rec. 2930/1994) o de 13 de mayo de 1991, del Pleno de la Sala, en la que se afirma que “... si el trabajador ha prestado servicios para otra empresa durante la tramitación del proceso, del importe de los pertinentes salarios de trámite se han de efectuar las oportunas deducciones en virtud de las remuneraciones percibidas por ese nuevo trabajo ...” y en el mismo sentido las SSTS de 29 de enero de 1987 y 27 de febrero, 30 de abril y 11 de mayo de 1990. De esta forma y con arreglo a esa doctrina, la figura de los salarios de tramitación tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente; por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento. Así pues, en estos casos desaparece la «ratio legis», el fundamento esencial que justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación; y al desaparecer la causa que la justifica y genera, esta obligación no puede existir, al menos en la cuantía coincidente. Por ello, en definitiva, el art. 55-4 del Estatuto de los Trabajadores debe interpretarse en función del art. 56-1 -b) del mismo texto en la redacción entonces vigente.

Por otra parte aun cuando la literalidad del artículo 56 1 b) ET (redacción anterior al nuevo artículo 56 ET introducido desde el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero y después por la Ley 3/2012, de 6 de julio) se refiere la necesidad de abono de esos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que el trabajador “hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido ...”. Expresión que ha de entenderse no de una forma literal, sino que ha de alcanzar su contenido también a los supuestos en que el actor consigue durante el periodo de tramitación ingresos correspondientes a la actividad como trabajador por cuenta propia (STS 1 de marzo de 2004, recurso 4846/2002).

Pero lo que sucede en el presente caso –como en la sentencia de contraste– es que la actividad de la demandante como trabajadora por cuenta propia se inició el 1 de abril

de 2008 y se prolongó en el tiempo de manera que no solo estaba vigente esa actividad en el tiempo que se corresponde con los salarios de tramitación, sino también en el momento del despido –15 de abril de 2009– y todo el tiempo posterior coincidente con las repetidas percepciones de tramitación.

Nada exige entonces que durante ese tiempo que ahora se discute se continúe por la trabajadora manteniendo los ingresos anteriores en una especie de pluriempleo cuenta propia-cuenta ajena, y por ello no hay percepción alguna que deba descontarse de importe solicitado por la hoy recurrente».

C) Derecho de opción

La **STS de 22 de marzo de 2013**, IL J 482 (rcud 841/2012) interpreta la cláusula convencional relativa al ejercicio del derecho de opción. Esto es, si corresponde al Ayuntamiento o a la trabajadora despedida, el derecho de optar entre la indemnización o la readmisión, cuando el despido sea declarado improcedente. El artículo 56.1 del Estatuto dispone genéricamente a favor de la empleadora, pero el Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento contiene una previsión específica. Y es que la opción será a favor de los trabajadores cuando se trate de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados improcedentes, pero no alcanza a la declaración de improcedencia por defectos o irregularidades en los contratos suscritos por la entidad demandada. Por su parte, la **STS de 26 de marzo de 2013**, IL J 492 (rcud 2117/2012) señaló que no cabía la readmisión obligatoria, prevista en una cláusula del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral al Servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, en un supuesto en que la relación laboral había devenido indefinida. Este hecho «no extrae el despido del ámbito al que pertenece, fraudulento al no responder la causa invocada para su extinción a la clase de relación en la que se produce, sin que ello le traslade automáticamente al del despido disciplinario, único para el que se prevé por el artículo 94.2 la readmisión obligatoria. El precepto, nacido del acuerdo entre las partes, no deja lugar a dudas acerca de sus términos y por ende, del significado de los mismos».

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

El despido colectivo es nulo por **vulneración de la libertad sindical** cuando se obliga a los comités de empresa a no ejercer su derecho de prioridad de permanencia, bajo amenaza de despedir a trabajadores en principio no afectados (**SAN de 12 de junio de 2013**, IL J 583 [procedimiento 143/2013]).

La nulidad del despido por **vulneración del derecho de huelga** se analiza en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2013**, IL J 649 (recurso 1952/2012). En este caso, existían indicios suficientes de tal vulneración, pues tras la extinción del contrato de obra o servicio de la actora, antes de que hubiera terminado la campaña para la que fue contratada, la empresa contrató a otra trabajadora para realizar las mismas labores. Ade-

más, al día siguiente de la huelga, la empresa colocó en el escaparate de la tienda en la que la actora prestaba sus servicios y en la web un anuncio de oferta de empleo, y resultó despedida otra compañera que también secundó dicha huelga.

Con respecto a la **vulneración de la garantía de indemnidad**, tiene lugar en el supuesto de la contratación temporal de una trabajadora cuya prestación de servicios no está asociada al objeto del contrato, y es cesada tras haber reclamado la relación laboral indefinida ante la Administración. La aplicación de la doctrina reiterada de la Sala (en concreto, en la **STS de 29 de enero de 2013**, IL J 252 [rcud 349/2012]) lleva a la conclusión de que la conducta de la Administración demandada resulta incardinable en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, con la consiguiente nulidad del despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (**STS de 4 de marzo de 2013**, IL J 370 [rcud 928/2012]). También reconoció la nulidad del despido, por vulneración de la garantía de indemnidad, en esta ocasión a consecuencia de la reclamación sobre cesión ilegal, la **STS de 6 de marzo de 2013**, IL J 391 (rcud 616/2012).

En esta última, a juicio de la Sala:

«se ha producido una situación límite en la que no ha finalizado la actividad que dio lugar a la obra o servicio determinado para la que se contrató a la trabajadora lo que en principio no puede justificar el cese de la misma, y ello aun aceptando la plena licitud del contrato temporal suscrito, como lo hizo la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido no por fraude en la contratación sino porque los trabajos continuaron con posterioridad al cese. Tanto si se parte exclusivamente de la mención en el contrato de la trabajadora de la obra o servicio en el que debía participar, lo que impone la pervivencia de su contrato mientras aquellos se mantengan, como si se vincula su duración a la conexión de su contrato con la encomienda administrativa de la que se había hecho cargo TRAGSEGA, con una fecha de finalización que obviamente no coincidió con la terminación real de los trabajos, lo que habría requerido una prórroga del contrato laboral, ambas expectativas dan cobertura a la pretensión actora que se ha visto burlada sin un motivo razonable u objetivo por lo que solo a la finalidad excluyente, perjudicial para quien ha intentado llevar sus pretensiones por los cauces que las normas legales autorizan cabe atribuir el resultado que comporta la calificación de despido nulo con las consecuencias inherentes al mismo».

M^a CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACION EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACION PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

- A) **Libertad sindical. Requisitos para poder formar parte de la comisión negociadora de un convenio de empresa.**
- B) **Extinción del contrato de relevo de una trabajadora afiliada a un sindicato. No basta la mera alegación de la condición de afiliado del trabajador para que se produzca una inversión de la carga de la prueba, sino que es necesario sembrar un panorama indiciario de discriminación.**
- C) **Atribución de ayudas económicas a los sindicatos firmantes del convenio. Justificación por la superior actividad que éstos han de desarrollar en el seno de la comisión paritaria. Inexistencia de injerencia empresarial.**
- D) **Garantía de indemnidad retributiva. Se lesiona por no computar el crédito horario como tiempo de trabajo efectivo, a efectos de devengar determinados complementos de puesto de trabajo.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

- A) **Asamblea de revocación del mandato.**
- B) **Garantías de los representantes de los trabajadores.**

3. HUELGA.

- A) **Nulidad del precepto legal que atribuye a un órgano administrativo de dirección y gestión, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, la fijación de los servicios mínimos en el caso de huelga.**

CONSIDERACION PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 4, 5 y 6 de la *Revista de Información Laboral*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Libertad sindical. Requisitos para poder formar parte de la comisión negociadora de un convenio de empresa

La SAN de 25 de abril de 2013, IL J 602/2013, analiza en qué medida la constitución de la comisión negociadora de un convenio colectivo de ámbito empresarial adolece de ilegalidad, en la medida en que no formó parte de la misma el sindicato CGT. A este respecto, hemos de tener en cuenta que, con base en el art. 87.5 ET, «*todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora*». Pues bien, en los convenios colectivos de empresa, estarán legitimados a negociar en representación de los trabajadores, «*el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité*» (art. 87.1 ET). Ahora bien, según una consolidada corriente jurisprudencial, la exclusión de un sindicato de la mesa negociadora únicamente representará una vulneración de la libertad sindical en el caso de que concurren los siguientes requisitos: a) que el sindicato tenga derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio; b) que manifieste su deseo de formar parte de ella. En resumidas cuentas, el derecho a participar en la negociación colectiva se configura como un derecho subjetivo a formar parte de la comisión negociadora que incluye el derecho a no ser rechazado si se pretende la participación, pero no el derecho a ser llamado en tanto en cuanto que si el legislador hubiera querido que ése fuera su contenido habría tenido que establecer quién de los partícipes en la negociación debía de hacer ese llamamiento y cómo.

Pues bien, en opinión de la Audiencia Nacional, ninguno de los requisitos expuestos concurren en el supuesto enjuiciado: De un lado, CGT no acredita la implantación exigida al respecto, pues ni tiene sección sindical en la empresa, ni ha presentado candidaturas en las últimas elecciones sindicales. De otro, no ha existido solicitud alguna por parte de este sindicato para participar en el proceso negociador. A mayor abundamiento, con base en las normas de distribución de la carga de la prueba, hubiera correspondido a CGT la obligación de acreditar con algún dato concreto que se le ha impedido el acceso a la mesa negociadora del convenio, lo que ni siquiera ha intentado. Por todo lo anteriormente expuesto, la Audiencia Nacional desestima la demanda, pues no considera lesionado el derecho a la negociación colectiva, como concreta manifestación del derecho a la libertad sindical.

B) Extinción del contrato de relevo de una trabajadora afiliada a un sindicato. No basta la mera alegación de la condición de afiliado del trabajador para que se produzca una inversión de la carga de la prueba, sino que es necesario sembrar un panorama indiciario de discriminación

En el supuesto enjuiciado por la STSJ de Galicia de 22 de febrero de 2013, IL J 527/2013, la trabajadora prestaba servicios como profesora para un colegio a través de un contrato de relevo a tiempo parcial, con el objeto de cubrir la jornada dejada vacante con motivo de la jubilación parcial de otro de los profesores de la escuela. Cuando el relevado accede finalmente a la jubilación ordinaria, la empresa procede a extinguir el contrato de la trabajadora relevista, que se encontraba afiliada al sindicato FEDE-UGT.

La trabajadora acciona por despido, pues, en su opinión, la decisión extintiva de la empresa infringe el art. 55 ET (que exige dar audiencia previa al delegado sindical cuando el trabajador estuviere afiliado a un sindicato) y encubre una lesión a su derecho a la libertad sindical. Para el Tribunal, sin embargo, tal pretensión no puede ser satisfecha por falta de prueba. En efecto, cuando se alega la vulneración de un derecho fundamental, corresponde al actor la carga de aportar indicios de que se ha producido tal violación. La mera alegación sobre una presunta vulneración de un derecho fundamental no es elemento bastante para producir la inversión de la carga de la prueba, sino que es necesario que se aporten indicios suficientes que hagan presumir que el empleador actuó motivado por represalia o por discriminación. A partir de la aportación de ese principio de prueba corresponde a la demandada acreditar la existencia de una causa legítima, proporcionada y objetivamente razonable que justifique su conducta. No se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino ante la obligación de probar que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por la prueba indiciaria.

En resumen, al demandante se le requiere la necesidad de aportar una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de la vulneración de un derecho fundamental. De no ser así, se invertiría automáticamente la carga de la prueba en todos aquellos pleitos en los que el trabajador despedido se encuentre afiliado a un sindicato.

En el supuesto que nos ocupa, es cierto que la empresa conocía la afiliación sindical de la demandante, pero la actora no aportó al proceso ningún otro dato del que pudiera desprenderse la presunta existencia de un móvil discriminatorio. Al contrario, su contrato de trabajo se extinguió cuando existió causa para ello: cuando el jubilado parcial accedió definitivamente a la jubilación ordinaria.

De otro lado, por lo que se refiere a la infracción del art. 55 ET, el Tribunal considera que, al tratarse de una extinción contractual por la llegada del término, no haría falta dar audiencia previa a los delegados sindicales, pues en puridad no nos encontramos ante un despido.

C) Atribución de ayudas económicas a los sindicatos firmantes del convenio. Justificación por la superior actividad que éstos han de desarrollar en el seno de la comisión paritaria. Inexistencia de injerencia empresarial

La STS de 23 de abril de 2013, IL J 658/2013, analiza en qué medida el comportamiento de la empresa puede encontrar cabida en el art. 13 LOLS que califica de lesiones de la libertad sindical los actos de injerencia empresarial consistentes en sostener económicamente a un sindicato con un claro propósito de control. Para entender el supuesto objeto de comentario, hemos de tener en cuenta los siguientes hechos:

A principios del año 2010, se constituyó la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa, que se encontraba formada por siete delegados de UGT, tres de CCOO y dos de CGT. No obstante, al término de las negociaciones, CGT manifestó su negativa a suscribir el convenio, mientras que UGT y CCOO se pronunciaron por firmarlo. Pues

bien, el art. 9 del convenio colectivo finalmente suscrito creó una comisión paritaria con funciones de vigilancia y control. Y, con respecto a su composición, el precepto establecía que los representantes del personal serían designados proporcionalmente a su representatividad por las secciones sindicales firmantes del convenio. Según lo acordado, esta comisión se reuniría, al menos, con carácter bimestral y para compensar los gastos que se derivaran de la participación de los representantes sindicales en la misma, la empresa se comprometía a asignar a las secciones sindicales firmantes del convenio colectivo la cantidad de 30.000 € al mes, distribuyéndose proporcionalmente entre ellas en base a su representación en la comisión negociadora.

El sindicato CGT interpuso demanda de impugnación de convenio, en la que no combatía su exclusión de la comisión paritaria, sino las consecuencias de esta exclusión sobre el régimen de ayudas económicas de la empresa. Y es que es perfectamente admisible que las comisiones de mera vigilancia y control –carentes de potestad negociadora– limiten la participación a quienes firmaron el convenio que se vigila y controla. De forma que la vulneración del derecho de acción sindical únicamente sería apreciable si tales comisiones encerrarán facultades de negociación que fueran más allá de la mera administración del convenio. Pero, como advertíamos, no es la exclusión de la comisión paritaria lo que combate CGT, sino el criterio de atribución de las ayudas económicas.

Ante la reclamación del sindicato, el Tribunal analiza en qué medida podemos encontrarnos, en este caso, ante un supuesto de injerencia empresarial. Sabemos que de conformidad con el art. 13 LOLS, «*serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo propósito de control*». En el supuesto que nos ocupa, de existir una injerencia empresarial, ésta comprendería dos preocupantes elementos de riesgo: por una parte, la creación de incentivos económicos o de otra índole para la aceptación del convenio colectivo que operarían sobre el interés particular de la organización sindical y al margen del interés general de los trabajadores representados por ésta (que, en el convenio estatutario, no son únicamente sus afiliados), y, por otra, la imposición de una desventaja para los sindicatos que no suscribiesen el convenio.

Ahora bien, hemos de partir de la base de que no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato puede calificarse de vulneración de la libertad sindical, sino que es preciso que estas restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley. Por tanto, la distribución de ayudas a la actividad sindical, concretada exclusivamente en los sindicatos firmantes del convenio, con exclusión de otras fuerzas sindicales que, no obstante, ostentaban representatividad suficiente para haber intervenido en la propia negociación del mismo, exige una justificación objetiva y razonable que elimine cualquier atisbo de ataque a la libertad sindical.

Pues bien, en opinión del Tribunal, la mera circunstancia de la firma del convenio no puede servir de razón para excluir a un sindicato que, *a priori*, ostenta implantación y representatividad. No obstante, en el presente caso, la ventaja que se atribuye a los sindicatos firmantes del convenio está justificada en atención a la superior actividad que éstos han de desarrollar en el seno de las comisiones en las que se integran, de suerte que la financiación que la empresa lleva a cabo se vincula directamente con los gastos que comporta

la participación en aquellas comisiones. En definitiva, no es la firma del convenio la que actúa de condicionante de la distribución de la ayuda económica, sino la integración en unas comisiones de las que el propio sindicato se excluyó al no suscribir el convenio. En consecuencia, concluye, no nos encontramos ante un supuesto de injerencia empresarial vulneradora del derecho a la libertad sindical.

D) Garantía de indemnidad retributiva. Se lesiona por no computar el crédito horario como tiempo de trabajo efectivo, a efectos de devengar determinados complementos de puesto de trabajo

En el supuesto enjuiciado por la STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2013, IL J 554/2013, el trabajador prestaba servicios como vigilante de seguridad y formaba parte del comité de empresa por el sindicato ATEs. La controversia se suscita porque, en esa concreta empresa, se abonaba a los trabajadores un «plus de aeropuerto» y «un plus patrulla», cuya cuantía variaba en función de las horas efectivas de trabajo en las terminales del aeropuerto de Barajas. Pues bien, dentro de este tiempo de servicios efectivos, la empresa no computaba el tiempo de desempeño de la actividad sindical. Precisamente por ello, el representante interpone demanda ante la Jurisdicción Social solicitando que se declare la existencia de vulneración de la libertad sindical, se ordene de inmediato el cese de la conducta empresarial y se obligue a la empresa a computar el tiempo de acción sindical como horas efectivas de trabajo, condenándola a abonar la cantidad dejada de percibir por tal motivo.

La pretensión del trabajador es íntegramente estimada, pues dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE, se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de sus compañeros. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, pues pueden constituir un obstáculo para la efectividad del derecho de libertad sindical por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que el art. 7 CE encomienda a los sindicatos. En consecuencia, en opinión del Tribunal, el desempeño de actividad sindical no puede impedir la percepción de ninguna partida salarial que se devengaría si el trabajador no realizase aquélla.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Asamblea de revocación del mandato

La vía preferente en nuestro ordenamiento jurídico para la ordenación de los conflictos y cuestiones relativas a las condiciones de trabajo se articula de forma mediata, esto es, los trabajadores actúan normalmente en defensa de sus intereses por medio de representantes.

El sistema de representación legal de los trabajadores se basa en los más elementales principios constitucionales y, en particular, en la libertad de sufragio activo y pasivo. Como otras formas de representación, la referida a las relaciones entre empresario y trabajadores, no excluye, sin embargo, la posibilidad de la actuación directa de los trabajadores a través de asamblea.

La asamblea de trabajadores es de esta forma no sólo una concreta manifestación en el ámbito social del genérico derecho de reunión, sino el modo directo de manifestación del interés mayoritario de los trabajadores. Como forma de expresión de la voluntad colectiva, no se concibe como alternativa a la vía representativa, sino complementaria, como demuestra la participación de la representación legal de los trabajadores en su constitución y desarrollo (arts. 77 y ss. ET).

Esta especial relación entre representación y acción directa llega a sus últimas consecuencias cuando el Estatuto prevé que únicamente mediante asamblea puede revocarse el mandato de la presentación unitaria de los trabajadores. No podría ser de otra forma: sólo la manifestación expresa de tal deseo puede servir para revertir otra previamente otorgada, la de la designación. Así lo establece expresamente el art. 67.3 ET cuando señala que «solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea».

El problema se suscita porque, al tratarse de dos decisiones separadas en el tiempo, es probable que los sujetos llamarlos a tomarlas no coincidan, por lo que surge la duda de si trabajadores distintos a quienes eligieron a los representantes pueden revocar su mandato.

La solución que han venido dando nuestros tribunales a esta interrogante nos la recuerda la **STSJ Valencia de 8 de enero de 2013**, IL J 502/2013. Pues bien, por trabajadores que los hayan elegido, se viene entendiendo los que conforman la plantilla en el momento de tomar la decisión, esto es, en el de la convocatoria de la asamblea. De esta forma, las conductas tendentes a evitar el voto de trabajadores que no se encontraban en el censo en las elecciones sindicales son consideradas obstruccionistas y, por tanto, lesivas de los derechos de reunión y sufragio.

B) Garantías de los representantes de los trabajadores

El libre ejercicio de las funciones que la ley encomienda a la representación unitaria de los trabajadores exige la aplicación de una serie de garantías tendentes a salvaguardar su autonomía frente a hipotéticas represalias que pueda tomar el empresario en contrapartida. Estas garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores suponen un medio de protección del representante de los trabajadores frente a decisiones empresariales adoptadas con ánimo discriminatorio.

Entre estos instrumentos de protección destacan aquéllos que se articulan frente al despido, por cuanto que mecanismo más incisivo y, por consiguiente, con mayor valor «amenazante».

Así, son varios los mecanismos previstos a este respecto en el Estatuto de los Trabajadores: a) el regulado en el apartado a) del art. 68, que dispone que la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves a los representantes de los trabajadores ha de ir

precedida de la apertura de «expediente contradictorio en el que serán oídos, aparte del interesado, el Comité de Empresa o restantes delegados de personal»; b) el previsto en el art. 68 c), que garantiza que el representante no podrá «ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación»; c) la recogida en el art. 56.4, que ordena que en los supuestos de declaración judicial de la improcedencia del despido, «si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá a éste» entre la readmisión o la correspondiente indemnización, y no a la empresa, como es la regla general; y c) el señalado en el art. 68 b), que establece que los delegados de personal, los miembros de comités de empresa (y los delegados sindicales por extensión del art. 10.3 LOLS) gozarán de «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas»

A esta última garantía se refiere la **SAN de 12 de junio de 2013, IL J 583/2013**. A este respecto, la sentencia recuerda que nos encontramos ante una garantía que no reviste carácter absoluto sino relativo, por lo que «no exige para su efectividad que se considere como un derecho de permanencia en el puesto de trabajo esgrimible con carácter absoluto frente a todos los demás trabajadores de cualquier grupo o categoría»; sino que hay que «entenderla vinculada a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto de trabajo resulta una exigencia razonable de organización de la empresa que no restringe el núcleo esencial del derecho de prioridad, que es relativo por su propia esencia...».

Ahora bien, este carácter relativo no puede llevarla a restringirla tanto que la prive de efectividad o, lo que es peor, ignore el tenor literal del precepto. Debe notarse que el artículo mencionado alude tanto al centro de trabajo como a la empresa, por lo que la garantía opera cuando sea viable la permanencia en esta última aún cuando el centro de trabajo desaparezca. Precisamente ésta es la cuestión central de la sentencia que se comenta y que le lleva a declarar la nulidad del despido impugnado.

3. HUELGA

A) Nulidad del precepto legal que atribuye a un órgano administrativo de dirección y gestión, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, la fijación de los servicios mínimos en el caso de huelga

En el caso de huelgas que afecten a servicios esenciales de la comunidad, el art. 10.2 del RDLRT a la autoridad gubernativa la posibilidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales mediante la fijación de servicios mínimos. Constituye un criterio constitucional ya asentado que por afectar los servicios mínimos al ejercicio de los derechos fundamentales, se requiere que los adopte un órgano que se halle en una posición supra partes y que, además, se encuentre revestido de autoridad pública. Con todo ello se quiere significar que sólo órganos políticos que respondan ante la comunidad en su conjunto pueden asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de huelga de determinados ciudadanos; ya que sólo órganos de tal naturaleza se encuentran

estructuralmente capacitados para adoptar medidas que tengan en cuenta tanto los intereses de los huelguistas, como los de la ciudadanía en general, asegurando, por imperativo constitucional, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

La **STC 58/2013 de 11 de marzo**, IL J 346/2013, se centra en plantear la conformidad al artículo 28 de la CE del art. 7.2 l) de la Ley de la Asamblea de la Región de Murcia 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, cuando atribuye al Director Gerente del Servicio Murciano de Salud la potestad de fijar los servicios mínimos en caso de huelga.

La solución de este problema pasa por analizar las funciones del Director Gerente dentro de su servicio que son, entre otras: la representación legal del Servicio, la jefatura del personal, la aprobación de los instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo, la elaboración de la oferta de empleo público, la convocatoria de pruebas selectivas de personal y su nombramiento, la convocatoria de procedimientos de provisión de puestos de trabajo, la designación de personal directivo, la negociación de las condiciones de trabajo, la fijación de la jornada y el horario del personal, la actuación como órgano de contratación o, en fin el dictado de instrucciones relativas al funcionamiento y organización internos. A tales funciones se añade la de aprobar las medidas que garanticen los servicios mínimos en los casos de huelga en los centros dependientes del Servicio Murciano de Salud. Este examen le permite al Tribunal Constitucional concluir que no se trata de una autoridad gubernativa sino de un órgano administrativo que asume las funciones de dirección y gestión del Servicio Murciano de Salud y que, en consecuencia, no se encuentra revestido de las notas de neutralidad e imparcialidad que requiere la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga. Todo ello conduce a la declaración de nulidad del precepto controvertido.

Conviene advertir que no es la primera vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre esta cuestión pues previamente en la STC 296/2006, de 11 de octubre, alcanzó el mismo resultado en relación a la competencia atribuida al Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias de fijación de los servicios mínimos en los casos de huelga de su personal.

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.
 - A) **En relación con el personal laboral al servicio de las administraciones públicas.**
 - B) **Inaplicación, al amparo del art. 82.3 del ET, de condiciones de trabajo contenidas en el convenio colectivo.**
 2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.
 3. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO.
 - A) **Límites. Respeto de la ley.**
 - B) **Materias.**
 4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.
 5. ULTRAACTIVIDAD.
 6. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO.
 7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LAS COMISIONES PARITARIAS.
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 4, 5 y 6 de la *Revista de Información Laboral*, 2013, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde se puede consultar su texto íntegro.

1. EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO
 - A) **En relación con el personal laboral al servicio de las administraciones públicas**
 1. ***Eficacia de los convenios colectivos celebrados entre una Administración pública y su personal laboral.*** La aplicación de tales convenios no puede verse afectada y, en concreto, suspendida, en todo o en parte, por un posterior pacto celebrado al amparo del art. 38 del EBEP y de aplicación a todos empleados públicos, esto es, tanto al perso-

nal laboral como a los funcionarios. Un pacto como el indicado «ni añade ni puede quitar derechos de los establecidos en dicho convenio, máxime, cuando los sujetos negociadores del pacto no son los mismos que los del convenio colectivo». Aquella aplicación tampoco se puede dejar sin efecto o vacía de contenido por la vía del apartado 10 del citado art. 38 del EBEP y mediante un acuerdo del consejo de gobierno de una comunidad autónoma. Se pronuncia en el sentido indicado la **STS de 21 de mayo de 2013** (IL J 608/2013), en relación con la suspensión de la regulación de la representación colectiva contenida en el VI convenio colectivo para el personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y con reproducción de los razonamientos empleados en caso análogo por la sentencias de igual Sala de 28 de septiembre de 2011 (recurso de casación 25/2011) y 14 de noviembre de 2012 (recurso de casación 241/2011; una reseña de esta última en *Justicia Laboral*, núm. 53, pp. 207-209).

La sumisión del convenio colectivo a la ley conduce a admitir, en cambio, la posibilidad de que ésta establezca disposiciones que modifiquen o dejen en suspenso determinados preceptos del convenio colectivo negociado de forma específica para el personal laboral de una Administración pública. Así lo entiende, aplicando la que ya es doctrina de la Sala, la **STS de 16 de abril de 2013** (IL J 625/2013), declarado la supremacía de la Ley 1/2012, do 29 de febrero, de medidas temporales en determinadas materias del empleo público de la comunidad autónoma de Galicia, respecto a lo establecido en el V convenio colectivo único para el personal laboral de la Junta de Galicia y manifestando de forma expresa seguir, «por razones de seguridad jurídica», la doctrina de la STS de 12 de febrero de 2013 (recurso 263/2011), en la que se incluye una relación de las muchas sentencias de la Sala que aplican o siguen aquella doctrina en asuntos litigiosos similares y en relación, asimismo, con entidades y empresas públicas. Tampoco faltan las referencias a la doctrina constitucional que avalan tal doctrina:

«En definitiva y en esencia, la cuestión que plantean los sindicatos recurrentes no es otra que la alegada prevalencia de lo establecido en el convenio colectivo (...) con respecto a lo dispuesto en una ley formal o norma jurídica con rango de ley, como lo es, en el presente caso, la ‘Ley 1/2012, do 29 de febrero, de medidas temporales en determinadas materias del empleo público de la comunidad autónoma de Galicia’ (...), que, alegan modifica, entre otros, preceptos convencionales relativos a incapacidad temporal, determinados beneficios sociales, descanso y festivos, derecho al comedor, gratificación por jubilación y periodo de descanso de navidad o semana santa. Y esta cuestión ya ha sido resuelta reiteradamente por esta Sala (...). La ley autonómica de la comunidad autónoma [de Galicia] está por encima del convenio colectivo cuya aplicación se pretende, sin que esta interpretación comporte vulneración de los principios de jerarquía normativa y de la fuerza vinculante de los convenios».

Aplica también la doctrina a la que se ha hecho referencia, en relación con las retribuciones fijadas por el convenio colectivo de la «Sociedad mercantil pública gestión de servicios para la salud y seguridad en Canarias, S.A.» y su reducción ordenada por la Ley 7/2010, de 15 de julio, de la comunidad autónoma de Canarias, promulgada para dar cumplimiento a lo dispuesto con carácter imperativo e incondicionado por el Real Decreto-ley (estatal) 8/2010, la **STS de 15 de marzo de 2013** (IL J 475/2013), con cita de la de

igual Sala de 16 de mayo de 2012 (recurso de casación 197/2011), de la que se reproduce el razonamiento realizado al respecto.

2. Aplicación del recorte salarial ordenado por ley al personal laboral de las administraciones públicas que se rige por un convenio de sector. El hecho de que las relaciones laborales de los trabajadores de una administración o una empresa pública se rijan por un convenio colectivo de sector y, por lo tanto, no específico de esa Administración o empresa, no impide la aplicación a dichos trabajadores de los recortes o limitaciones de crecimiento salarial que se establezcan por disposiciones legales con objeto de limitar el gasto público o corregir desviaciones del déficit en el sector público. Reitera tal criterio la **STS de 16 de abril de 2013** (IL J 683/2013), en casación para la unificación de doctrina y en relación con la aplicación al personal de sociedades mercantiles dependientes de la Generalidad valenciana de los límites del incremento de los gastos de personal fijados por la Ley 13/2009, de 29 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad para el ejercicio de 2010, cuyo art. 23.5 estableció, sin contemplar, distinción alguna basada en el origen de los convenios colectivos afectados (era irrelevante, pues, que éstos fuesen o no específicos del sector público), que «los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en los apartados anteriores o en las normas que lo desarrollen, deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan a los mismos»:

«La cuestión controvertida consiste en definitiva en si el hecho de regirse el personal afectado por un convenio colectivo negociado en el sector privado impide la aplicación de las normas encaminadas a corregir el déficit público, pese a que los recurrentes son empleados del sector público, y en qué medida pudiera venir supeditada la aplicación de las normas presupuestarias a la negociación colectiva.

En el caso que nos ocupa, la empresa pública aceptó someter las relaciones con sus trabajadores a un convenio colectivo suscrito para el ámbito privado pero esa circunstancia no altera el origen de las retribuciones de los afectados, tanto si la empresa se sostiene con fondos públicos en origen como si éstos han de subvencionar una situación de desfase entre los costes y el beneficio obtenido en su actividad. La adopción de la fórmula de sumisión a un convenio colectivo del sector privado en lugar de hacerlo a uno propio de empresa o a otro del sector público no altera las bases para la aplicación de los artículos 23 y 30 de la Ley 13/2009 de 29 de diciembre.

En la empresa pública C.A.C.S.A [Ciudad de las artes y las ciencias, S. A.] cada actividad se rige por convenio[s] colectivo[s] vigente[s] para el sector privado. Es esta situación frecuente cuando no se cuenta con un convenio de empresa ni se acoge la actividad al convenio colectivo único para el personal laboral la Administración para la que el interesado presta servicios (...). Obviamente tales convenios no contemplan restricciones como las que nos ocupan, pero la prevalencia de las normas de rango superior, en este caso la Ley 3/2010 de 4 de junio de presupuestos de la Generalidad valenciana, que reproduce los criterios de control del gasto público introducidos a nivel (*sic*) estatal por el Real Decreto 5/2010 de 20 de diciembre, es una cuestión debatida y resuelta por la doctrina unificada y la constitucional».

Ofrece la Sala, en la sentencia reseñada, la amplia relación de sus sentencias anteriores que siguen el criterio expuesto, entre ellas la de 5 de julio de 2012 (recurso 234/2011),

también de casación para la unificación de doctrina. Asimismo, hace una profusa referencia a la jurisprudencia constitucional que avala dicho criterio.

B) Inaplicación, al amparo del art. 82.3 del ET, de condiciones de trabajo contenidas en el convenio colectivo

Según tiene oportunidad de señalar la **SAN de 23 de mayo de 2013** (IL J 592/2013; procedimiento 120/2013), el hecho de que el acuerdo de descuelgue o inaplicación de un convenio colectivo sea anterior a la fecha de publicación de éste no impide la validez y, por lo tanto, los efectos de aquél cuando refiere las condiciones de trabajo afectadas –en el caso de autos el régimen salarial– a las contenidas en dicho convenio, suscrito con anterioridad a la fecha del acuerdo de descuelgue y dotado por sus partes de eficacia retroactiva a un momento también anterior a tal fecha:

Es evidente, pues, que el convenio respecto del que opera la inaplicación [acordada el 30 de mayo de 2012] es el vigente en el momento de la misma, puesto que no cabe descolgarse de un instrumento que no existe. Lo que ocurre es que (...) el convenio 2012-2014 no entró en vigor en la fecha de su publicación sino el 1-1-12, puesto que así lo establecieron las partes, en virtud del art. 86.1 ET. El que no se publicara hasta fechas muy posteriores no cambia esta conclusión, puesto que la publicidad no es un requisito constitutivo de la validez del convenio, «que deviene vinculante y obligatorio para los comprendidos en el mismo desde la fecha en que acuerden las partes, como establecen el art. 82.3 y [el art.] 90.4 del ET, que puede ser muy anterior al momento de su publicación» (SAN 26-6-09, procedimiento 66/2009, con cita de SSTSJ Andalucía 23-9-96 y Cataluña 14-6-99). Pues bien, en esta línea, la memoria entregada por la empresa el 16 de mayo de 2012 en el período de consultas para acordar el descuelgue salarial, hace expresa referencia al convenio surgido del acuerdo alcanzado en el SIMA el 22 de marzo de 2012, que no es otro que el [que dará origen al convenio colectivo] suscrito el 16 de abril siguiente. Queda así patente que el descuelgue se ha operado sobre este último, es decir, sobre el convenio 2012-2014, con independencia de que el mismo se publicara tiempo después. Siendo ello así, la existencia de un acuerdo de descuelgue, no impugnado, del convenio 2012-2014 en la materia aquí debatida, determina la inaplicabilidad de este último y conduce a la desestimación de la demanda».

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Convenio colectivo de empresa que dispone de varios centros de trabajo. La existencia de centros de trabajo carentes de órganos de representación unitaria no otorga legitimación para negociar un convenio como el indicado a los que existan en los demás. Esos representantes unitarios no irradian su representatividad a los trabajadores del primer grupo de centros, por lo que es nulo el convenio negociado entre aquéllos y la empresa con voluntad expresa de su aplicación a todos los centros y trabajadores. Mantiene lo anterior, en relación con el convenio colectivo de empresa negociado por un delegado de personal y que afecta a los tres centros de trabajo de que disponía ésta en el momento de

la negociación más a los que en un futuro se pudieran crear en cualquier punto del territorio nacional, la **SAN de 24 de abril de 2013** (IL J 603/2013; procedimiento 79/2013), que sigue y reproduce la doctrina sentada por la STS de 7 de marzo de 2012 (recurso de casación 37/2011) en supuesto sustancialmente idéntico (véase la reseña de dicha sentencia en *Justicia Laboral* núm. 51, p. 224).

3. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Límites. Respeto de la ley

Conculca la legalidad, por ir más allá de lo que autoriza la *distribución irregular de la jornada* que contempla el ET, la cláusula del convenio colectivo que regula la materia permitiendo que se desplace al siguiente año natural el eventual saldo de horas positivo o negativo producido respecto de la duración de la jornada anual como consecuencia, respectivamente, de haber superado o de no haber llegado a superar la prestación de servicios del trabajador el número de horas que forma parte, dentro de aquella duración de la jornada anual, de la bolsa de distribución irregular. Tal es la posición que mantiene, con relación al régimen de distribución irregular de la jornada incorporado al convenio colectivo estatal para industrias cárnicas suscrito en 2012 (publicado en BOE de 30 de enero de 2013), la **SAN de 24 de mayo de 2013** (IL J 574/2013, procedimiento 147/2013):

El sindicato demandante «no discute que la empresa utilice la distribución irregular de la jornada anual pactada, pero cuestiona la legalidad de desplazar para el año siguiente los saldos positivos o negativos de horas, de manera que, si el saldo de horas es negativo, esto es, el trabajador debe horas a la empresa, ésta podrá ordenar su realización hasta el 1 de marzo del año siguiente, mientras que, si es positivo, esto es, la empresa debe horas al trabajador, éstas se compensarán como días de libre disposición o a valor hora descuento de acuerdo al anexo 14» del convenio colectivo.

«La Sala comparte la queja de los demandantes, por cuanto el régimen de compensación de los saldos positivos y negativos, pactado en el convenio, forma parte de la distribución irregular de la jornada, que solo puede establecerse a lo largo del año, a tenor con lo dispuesto en el art. 34.2 ET, que precisa dicho período en dos ocasiones, por si cabía alguna duda. Dicha exigencia se cohonesta claramente con la regulación legal de la jornada ordinaria, que siempre es anual, al igual que la elaboración del calendario de trabajo y el propio límite para la emergencia de las horas extraordinarias y no cabe superarlo mediante un régimen de distribución irregular de la jornada, que excede claramente los límites temporales para su utilización (...).

Dicha conclusión no puede enervarse porque sea posible e, incluso, previsible que la medida controvertida se use de modo excepcional, por cuanto cabe (...) también que, si los trabajadores no pudieran realizar las 120 horas de distribución irregular durante una anualidad, por razones no imputables a ellos, la empresa podría exigirles que las realizaran al año siguiente, con lo que su jornada se prolongaría desproporcionadamente durante esa anualidad como consecuencia de las deficiencias organizativas de sus empresas y se les obligaría a recuperarlas en período distinto al período en que debieron realizarse, lo cual vulnera frontalmente lo dispuesto en el art. 30 ET. Del mismo modo, si se superara el límite

de horas de distribución irregular, equivaldría a la realización de horas extraordinarias, cuya realización ha de ser siempre voluntaria, a tenor con lo dispuesto en el art. 35.4 ET, salvo los supuestos excepcionales de fuerza mayor, vulnerándose, a su vez, lo dispuesto en el art. 46.a) del propio convenio, que suprime las horas extraordinarias habituales, lo que sucedería aquí, puesto que las 120 horas, reservadas para la distribución irregular de jornada, se subsumen en las 1770 horas anuales, que constituyen precisamente la jornada ordinaria».

B) Materias

Confirma la inclusión de la regulación del régimen disciplinario (faltas y sanciones) dentro del contenido normativo del convenio colectivo y, a la vez, resume la que ha sido la doctrina de la Sala sobre la distinción entre dicho contenido y el contenido obligacional, la **STS de 14 de mayo de 2013** (IL J 610/2013), dictada en casación para la unificación de doctrina:

«2. La jurisprudencia de esta Sala se refleja, entre otras, en la STS/IV 29-abril-2003 (rec. 126/2002), en la que se argumenta que “la distinción entre cláusulas obligacionales y normativas ha dado lugar a especulaciones varias. Actualmente, por la doctrina científica más autorizada, se nos dice que la parte normativa del convenio pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas ‘condiciones de trabajo’ (condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones ...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias ...; y al régimen salarial). Pero el contenido normativo no queda agotado en los ejemplos mencionados, sino que se extiende a la regulación de aspectos ‘colectivos’: cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales ... La jurisprudencia, por su lado, ha emitido declaraciones varias, entre las que cabría recordar la STS 21 diciembre 1994 (rec. 2734/93), donde leemos que «la constitución de los fondos asistenciales y sindicales regulados en [determinado convenio] forman parte de su contenido normativo’ (aunque otra cosa se predique de la administración de los mismos)”.

3. En la misma línea se pronuncia, entre otras, la STS/IV 28-septiembre-2011 (rec. 25/2011), en un supuesto en el que la cuestión controvertida se centraba en determinar si un determinado precepto de un convenio colectivo tenía carácter normativo –en cuyo caso gozaría del efecto de ultraactividad– o lo era de naturaleza obligacional y había dejado de tener efecto, al haber finalizado el convenio el periodo de vigencia pactado, argumentando que «aun cuando la distinción entre cláusulas normativas y obligacionales de un convenio colectivo nunca ha resultado fácil ni pacífica, ni en la doctrina científica ni en la judicial, la jurisprudencia de esta Sala ha venido perfilando la distinción formulando criterios objetivos de distinción. En este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2007 (rec. 84/2006) ... resume la doctrina de esta Sala, recordando que: “... la opinión dominante –seguimos la STS 21/12/94, en rec. 2734/93– entiende que mientras el contenido obligacional está integrado por los compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las cláusulas de paz [art. 82.2 ET], los compromisos tendentes a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la

creación de órganos o comisiones *ad hoc*, el contenido normativo está integrado por los pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica [el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 85.2 ET] y por los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo [materias incluidas en el art. 85.1 ET], tanto en su aspecto individual como colectivo. Doctrina que reitera la Sala cuando afirma que la materia normativa comprende las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos y las reglas que definen los ámbitos del convenio [STS 16/06/98; rec. 4159/97], pero también las ‘normas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el convenio’ (STS 20/12/95 –rec. 3837/94– y SSTS 01/12/03 –rec. 138/02– y 11/12/03 –rec. 55/03–); y también cuando sostiene que es conforme a la doctrina científica más autorizada mantener que la parte normativa del convenio pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas ‘condiciones de trabajo’ [condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones ...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias ...; y al régimen salarial], pero que también se extiende a la regulación de aspectos ‘colectivos’ [cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales] (STS 29/04/03; rec. 126/02)”.

4. En definitiva, las cláusulas de los convenios colectivos estatuarios denunciados relativas a las faltas y sanciones se han venido reiteradamente considerando como cláusulas normativas, y, en consecuencia, mantenían su vigencia, una vez concluida la duración pactada (...) y hasta que entre en vigor un nuevo convenio que lo sustituya».

4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

Entre el convenio colectivo sectorial y el convenio de empresa (art. 84.2 del ET). Precizando las condiciones que autorizan la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa (también de grupos de empresas o de empresas en red) respecto del de sector en determinadas materias, como la cuantía del salario y de los complementos salariales, ordenada por el art. 84.2 del ET, viene a concluir la **SAN de 29 de mayo de 2013** (IL J 586/2013; procedimiento 130/2013) que no cabe admitir que los efectos de la indicada prioridad aplicativa puedan retrotraerse por el primer tipo de convenio a un momento anterior a su suscripción, en el que la regulación aplicable resulta ser la contenida en el convenio colectivo sectorial, con arreglo a la cual prestaron sus servicios los trabajadores y, por lo tanto, devengaron sus salarios. No afecta a lo expuesto el hecho de que el convenio colectivo sectorial con el que concurre el de empresa se haya suscrito con posterioridad a éste si las partes negociadoras de aquél han dispuesto su eficacia retroactiva a un momento anterior al de la suscripción de dicho convenio de empresa y el ámbito de tal eficacia retroactiva se extiende, sin incurrir con ello en fraude de ley o abuso de derecho, a las materias respecto de las cuales se produce la concurrencia:

«Los demandantes denuncian que la aplicación retroactiva de las tablas salariales del convenio de empresa no se ajustan a derecho, porque el convenio de empresa solo puede desplegar efectos hacia el futuro, pero no puede hacerlo retroactivamente respecto a los salarios ya devengados en el año 2012 por los trabajadores de la empresa (...).

Debemos resolver ahora, si los negociadores de un convenio de empresa pueden retrotraer sus efectos, referidos a la cuantía del salario, cuya preferencia aplicativa le reconoce el art. 84.2.a) ET, a cualquier momento de la vigencia del convenio de ámbito superior (...). De este modo, la empresa paga trabajos realizados en 2012, cuyas retribuciones estaban pactadas en el convenio colectivo de ámbito superior, al precio convenio de 2011, lo cual supondría, si la empresa hubiera abonado dichas retribuciones (...), que los trabajadores deberían devolver las cantidades abonadas en demasía (...).

La Sala comparte la necesidad de fomentar la competitividad de nuestras empresas como una de las herramientas claves para la superación de la crisis económica. Compartimos también que la negociación colectiva debe ser un instrumento útil y no un obstáculo para la adaptabilidad de nuestras empresas a las circunstancias cambiantes del mercado, como defiende la exposición de motivos de la Ley 3/2012, por lo que consideramos legítimo, si los negociadores lo entienden así, que el convenio de empresa ajuste a la baja los salarios establecidos en el convenio de ámbito superior, siempre que dicha reducción se proyecte hacia el futuro. Por el contrario, no creemos ajustado a derecho que la reducción salarial se retrotraiga contra el precio de trabajos ya realizados, porque dichas retribuciones estaban perfectamente consolidadas al momento de la retroacción, tratándose, por consiguiente, de manifestaciones de retroactividad máxima, que no están amparadas por el art. 9.3 CE. Debe resaltarse, por otra parte, que las tablas salariales de 2012 debieron abonarse en su momento por la empresa demandada, quien pudo, si concurrían causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, descolgarse del convenio a lo largo de 2012, pero el no hacerlo así, lucrándose del trabajo de sus trabajadores en ese período sin abonarles el precio convenido, aunque así lo pactaran posteriormente con los representantes de los trabajadores, constituyó un auténtico fraude de ley, así como un abuso de derecho, por cuanto la prioridad aplicativa del convenio de empresa, contenida en el art. 84.2 ET, tiene por finalidad dinamizar las relaciones laborales y fomentar la competitividad y la adaptabilidad de nuestras empresas a los requerimientos de la demanda, pero no es, ni puede ser, un instrumento para que las empresas ‘normalicen’ el incumplimiento de los convenios, que debieron aplicar, abonando salarios muy inferiores a trabajos realizados, cuya retribución pactada era muy superior, porque si se hiciera así, vulneraríamos el derecho laboral básico de los trabajadores a percibir puntualmente su retribución pactada».

5. ULTRAActivIDAD

Pactado de forma expresa en el convenio colectivo que tras su denuncia continuará siendo aplicable su contenido normativo mientras no se llegue a acuerdo sobre otro que lo sustituya (recuérdese que la posibilidad se mantiene en el actual art. 86.3 del ET), tal aplicación o ultraactividad alcanza, como parte integrante de dicho contenido, a la regulación de las faltas y sanciones. La indicada aplicación se mantendrá hasta la suscripción de un nuevo convenio colectivo válido, no viéndose afectada, pues, cuando el nuevo convenio colectivo al que se hubiera podido llegar sea declarado nulo, dados los efectos *ex tunc* de semejante declaración. Tampoco se verá afectada por la aplicación retroactiva dispuesta con carácter general por el posterior convenio colectivo válido y que, interpretada de forma sistemática y finalista, se refiere, básicamente, a los efectos económicos. Así, **STS de 14 de mayo de 2013** (IL J 610/2013), dictada en casación para la unificación de doctrina:

«1. Se plantea (...) el problema de los efectos de la declaración de nulidad de un convenio colectivo (...), en concreto, si comporta que los efectos de tal declaración de nulidad lo sean *ex nunc* (desde el momento en que se dictó la sentencia anulatoria) o *ex tunc* (desde el momento inicial de la aprobación del propio convenio colectivo declarado nulo), para lo que debe tener en cuenta, dado el carácter normativo o de eficacia inderogable de los convenios colectivos estatutarios (arts. 37.2 CE, 3 y 82.3 ET), entre otros, lo dispuesto en el art. 6.3 del código civil (“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”).

2. Esta cuestión ya sido resuelta por reiterada jurisprudencia de esta Sala de casación en favor de la tesis que entiende que los efectos deben ser *ex tunc* (...).

3. (...) en el presente caso, la declaración judicial de nulidad del XXIII convenio colectivo marco para oficinas de farmacia 2007-2010 (...) por concurrencia de un vicio sustancial consistente en no permitir formar parte de la comisión negociadora a una asociación empresarial que contaba con la representatividad legalmente exigida y que condujo a renegociar la totalidad de su contenido (...), comporta que los efectos de tal declaración de nulidad sean *ex tunc* (...) y que, en consecuencia, deba entenderse que desde la fecha de entrada en vigor del convenio declarado nulo (...) recobren vigencia, al no existir pacto o regla en contrario, las cláusulas normativas del convenio colectivo inicialmente derogado por el posteriormente declarado nulo, es decir, las contenidas en el convenio colectivo para farmacias para los años 2003 a 2006 (...), que no exigía el trámite previo de expediente disciplinario para la imposición de sanciones (...).

4. Las referidas disposiciones normativas de carácter sancionador aplicables por ultraactividad y contenidas en el citado convenio colectivo para farmacias para los años 2003 a 2006 «(...) deben estimarse vigentes al menos hasta el día 25-01-2011, día siguiente al de la publicación en el BOE del posterior y renegociado XXIII convenio colectivo marco para oficinas de farmacia 2007-2010 (...), pues hasta tal fecha las partes no podían conocer su concreto contenido –en especial ahora la empleadora no podía conocer hasta tal fecha si para sancionar por falta muy grave debía o no instruir un expediente disciplinario previo– y, en consecuencia no les era exigible su aplicación; y sin que, por los mismos razonamientos, y, en una interpretación sistemática y finalista, la regla de retroactividad contenida en el art. 3 del citado XXIII convenio colectivo marco para oficinas de farmacia 2007-2010 (...), en la que se afirma que “... entrará en vigor el día 1 de enero de 2007 y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010, siendo sus efectos económicos los que figuran en las tablas de retribuciones, incluidas en el anexo I”, sea aplicable a las reglas de procedimientos sancionadores, pues, sin perjuicio de los efectos económicos a los que esencialmente se refiere tal retroactividad, las exigencias preceptivas de actuación, como las referentes a la exigencia de expedientes disciplinarios previos, no podían ser conocidas en cuanto a su aplicabilidad hasta el momento de la publicación del convenio estatutario en el boletín oficial correspondiente».

6. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO

Cauce procesal adecuado. Tratándose de un convenio colectivo registrado como estatutario, resulta adecuada para pretender su nulidad por un vicio acaecido durante el procedi-

miento de negociación, como es el que afecta a la constitución de la comisión negociadora con arreglo a lo previsto en el ET, la vía procesal regulada en los arts. 163 y sigs. de la LJS. No puede entenderse «que el cauce procesal adecuado sea el previsto en los artículos 153 a 162 de la citada Ley procesal cuyo alcance es la aplicación e interpretación de una norma estatal o de un convenio, pacto o acuerdo de empresa o de una decisión empresarial de carácter colectivo. Aunque el art. 153 permite la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos, excluye expresamente a los que están comprendidos en el art. 163 de la Ley» (SAN de 25 de abril de 2013; IL J 602/2013, procedimiento 33/2013).

Legitimación para la impugnación por ilegalidad. La ostenta el sindicato firmante del convenio colectivo impugnado. «Dicha actuación no contraviene sus propios actos, por cuanto la naturaleza jurídica del convenio colectivo es normativa y debe acomodarse necesariamente a la legalidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 ET, por lo que los negociadores del convenio están obligados a asegurar que sus contenidos no son ilegales. Cuestión distinta serán las consecuencias sindicales y de crédito negociador con los demás firmantes del convenio, para el sindicato que, pese a firmar el convenio, aunque no estaba de acuerdo con el contenido (...) discutido (...), decide impugnarlo posteriormente, puesto que si su pretensión alcanza éxito será tan responsable como los demás firmantes de la ilicitud de lo pactado» (SAN de 24 de mayo de 2013; IL J 574/2013, procedimiento 147/2013).

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LAS COMISIONES PARITARIAS

Distinción entre facultades de administración y negociadoras. Ofrece, con exposición de la jurisprudencia del TS sobre la materia, un amplio tratamiento de la distinción entre comisiones negociadoras y comisiones de administración, la STS de 8 de abril de 2013 (IL J 629/2013), para la cual no forman parte de las primeras las comisiones cuyas competencias no pasan de la elaboración de propuestas en materia de empleo susceptibles de ser objeto de discusión fuera de aquéllas y de dar lugar a acuerdos a formalizar como modificaciones del convenio colectivo y a adoptar con sujeción a las reglas de legitimación que establecen los arts. 87 y 88 del ET. En su virtud, no cabe considerar que resulte contrario a la libertad sindical el excluir que pueda formar parte de las aludidas comisiones el sindicato no firmante del convenio colectivo donde se prevé su creación. Tampoco lo es la exclusión de dicho sindicato de la comisión encargada de estudiar la adecuación de la plantilla a las necesidades de la empresa y cuyas facultades no dan lugar a una regulación de carácter general sino a la adopción de medidas concretas de reducción de empleo que afectan a puestos de trabajo también concretos, lo que permite apreciar la presencia de un acuerdo de gestión empresarial y no una norma.

«El convenio colectivo de la Compañía Transmediterránea, S.A. y su personal de flota (...) en su disposición adicional 4ª crea, entre otras comisiones de trabajo, la comisión de empleo, estableciendo que estas “comisiones tendrán como objetivo el análisis y la elaboración de propuestas sobre sus temas de competencia que, de alcanzar acuerdos suficientes, se formalizarán como modificaciones del convenio con plena eficacia normativa» y añadiendo que esas «comisiones tendrán una composición paritaria que saldrá de entre

las partes firmantes del convenio, determinando cada parte firmante los representantes en las mismas sin que, en ningún caso, se supere el número máximo de cuatro miembros por cada una de ellas». Por su parte, la disposición final segunda del convenio contiene determinados compromisos de mantenimiento del volumen de empleo (...) y (...) regula “el seguimiento de las cláusulas de creación y garantía de empleo”, estableciendo que “si durante la vigencia del presente convenio, fuera necesario adecuar la plantilla a las necesidades de la empresa o a las derivadas de la modificación de los contratos con el Estado, las partes firmantes de este convenio constituirán una comisión de empleo, a fin de estudiar la adecuación de dicha plantilla a la nueva situación y, si fuera necesario, la revisión de lo pactado en materia de creación y mantenimiento de empleo, siempre a través de mecanismos no traumáticos”.

Se establece, por una parte, una reserva de los puestos de las comisiones a los sindicatos firmantes del convenio colectivo, por lo que hay que examinar, en primer lugar, si esa reserva es legítima o si constituye un trato desigual para las organizaciones excluidas y, en particular, la organización demandante (...).

Para ello hay que tener en cuenta que, como señala nuestra sentencia de 14 de mayo de 2012, con cita de las sentencias de 18 de septiembre de 2007 y 23 de marzo de 2010, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que no hay lesión de la libertad sindical, ni del principio de igualdad cuando la diferencia de trato entre los sindicatos responde a criterios objetivos y razonables de diferenciación, y que uno de estos criterios, cuando se trata de comisiones del convenio colectivo que limitan sus funciones a la administración del mismo –las funciones de interpretación y aplicación del art. 91 del Estatuto de los Trabajadores–, es la reserva de la participación en esas comisiones a los sindicatos que han intervenido en la negociación, con exclusión de los que no lo han hecho, lo que se justifica en atención a que es lógico que esas funciones de interpretación y aplicación de lo negociado se reserven a quienes han participado en la negociación, con independencia del nivel de representatividad de los que no han intervenido en aquélla.

En términos de la sentencia de 18 de septiembre de 2007 (...), “lo decisivo a efectos del límite a la autonomía colectiva, y de la consiguiente protección de la libertad sindical en el establecimiento de ‘comisiones cerradas’ reservadas a las partes del convenio es el respeto de la legitimación para negociar legalmente reconocida al sindicato en base a su representatividad”, pues “lo que se impide a las partes del convenio colectivo es que puedan establecer comisiones con función de modificación o regulación de condiciones de trabajo no abiertas a ese sindicato”. Y ello porque “la no suscripción de un convenio colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas, no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo”. Pero “más allá de este límite, las partes del convenio colectivo pueden crear, en uso de la autonomía colectiva, una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones ‘ad hoc’, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, como parece entender el sindicato accionante, a la mera a la mera función de interpretación o administración de las reglas establecidas en el convenio colectivo”.

Una síntesis de esta doctrina se contiene en las sentencias de 22 de enero de 2004 y 26 de diciembre de 2006, (...) que se resume en los siguientes puntos:

1º La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó, ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad

sindical, si ello implica un desconocimiento o, al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva.

2º Esta limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo.

3º Cuando no concurren los anteriores circunstancias, los signatarios de un convenio colectivo, en uso de la autonomía colectiva, pueden prever la creación de comisiones reservadas a quienes suscribieron el convenio, en tanto que “no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, (...) a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo”.

4º Se distinguen, por tanto, entre comisiones negociadoras y comisiones aplicadoras. Son las primeras las que se constituyen para la modificación o creación de reglas nuevas, y son las segundas las que tienen por objeto la aplicación o interpretación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, o la adaptación de alguna de ellas a las peculiares circunstancias de un caso concreto. En aquéllas tiene derecho a integrarse cualquier sindicato que esté legitimado para negociar. La participación en las segundas puede restringirse a los firmantes del acuerdo, sin que tal limitación suponga merma de los derechos de libertad sindical reconocidos en el art. 28 de la Constitución y en la Ley orgánica de libertad sindical.

De acuerdo con esta doctrina, no puede entenderse que la comisión de empleo creada en las disposiciones del convenio a que se ha hecho referencia sea una comisión con funciones de regulación general de las condiciones de trabajo que prive al sindicato recurrente de su derecho a participar en la negociación colectiva, pues las comisiones de la disposición adicional 4ª del convenio se limitan a “la elaboración de propuestas”, que solo de alcanzarse “acuerdos suficientes” “se formalizarán como modificaciones del convenio con plena eficacia normativa”. Las comisiones no negocian, ni aprueban acuerdos colectivos de modificación o de nueva regulación, sino que su papel se reduce, en su caso, a formular proposiciones para cuya aprobación habrán de seguirse las reglas de legitimación generales del Estatuto de los Trabajadores, pues un convenio colectivo no puede ser modificado por el acuerdo de una comisión de administración, ni puede ésta aprobar una nueva regulación convencional. En el caso del acuerdo que se impugna los términos del mismo son inequívocos en orden al cumplimiento de las limitaciones expuestas. Lo que se acordó (...) es “reducir las plantillas no sometidas a la autorización de la DG de la Marina Mercante de forma inmediata en los Buques Sorolla, Fortuny y Juan J. Sister, que afecta a un encargado de bar en los dos primeros buques y un cocinero, un camarero y un encargado de bar en el último, lo que supone que los servicios afectados por el cierre serán la discoteca de los 3 buques y el restaurante del Juan J. Sister”. No hay aquí ninguna regulación de carácter general, sino medidas concretas de reducción de empleo que afectan a puestos de trabajo también determinados, con lo que estamos ante un acuerdo de gestión empresarial y no ante una norma».

JAVIER GÁRATE CASTRO

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) **Concepto de accidente.**
 - B) **Reparación del daño.**
 - C) **Enfermedad profesional.**
 - D) **Delitos contra los derechos de los trabajadores.**
9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
10. ASISTENCIA SANITARIA.
11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
12. MATERNIDAD.
13. REGÍMENES ESPECIALES.
 - A) **Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
 - B) **Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.**
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 Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 1707/2011 estableció que los estudiantes universitarios que realizaran prácticas académicas externas no estarían sujetos a cotización a la Seguridad Social. La introducción de la Disposición Adicional Primera en el Real Decreto 1707/2011 con posterioridad al Dictamen emitido por el Consejo de Estado hace que el texto de dicho Real Decreto haya sufrido una modificación sustancial, modificación que afecta a una cuestión determinante del contenido de esa norma, puesto que excluye del ámbito de la Seguridad Social, en concreto de la obligación de afiliación y cotización a la misma, a los estudiantes universitarios que realicen las prácticas académicas externas que regula el Real Decreto, con las consecuencias que de la adopción de esa medida derivan tanto para quienes efectúan las prácticas, como para quienes han de llevar a cabo el alta de aquellos en la Seguridad Social, como para el propio sistema general de la Seguridad Social. Conforme a la **STS (Sala 3) de 21 de mayo de 2013, IL J 605/2013**, la falta del Dictamen preceptivo convierte en nulo de pleno Derecho el Real Decreto impugnado, y, en consecuencia, se impone retrotraer el procedimiento de elaboración del mismo para que el Consejo de Estado se pronuncie con carácter preceptivo, si bien no vinculante, sobre la cuestión que trata la Disposición Adicional Primera. Se reestablece, por lo tanto el derecho a la cotización y se abre la posibilidad de reclamar los períodos que debían haber sido cotizados.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

Exclusión del ámbito de aplicación de la Seguridad Social a las prácticas externas realizadas por estudiantes universitarios. Nulidad de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1707/2011 por omisión de la preceptiva consulta sobre su contenido al Consejo de Estado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el sindicato Comisiones Obreras y declara la nulidad radical de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por

el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios **STS Cont-Advo. de 21 de mayo de 2013, IL J 605/2013**. La disposición anulada que prescribía la exclusión del ámbito de la Seguridad Social de las prácticas externas universitarias fue incorporada al Real Decreto una vez tramitada la preceptiva consulta al Consejo del Estado. El Tribunal Supremo, en aplicación de una doctrina ya consolidada, advierte que el contenido de dicho precepto supone una modificación sustancial del reglamento por lo que lo declara nulo y ordena la retroacción de las actuaciones para que el texto definitivo del Real Decreto sea remitido al Consejo de Estado.

Discriminación por razón de sexo. Reglas específicas de cálculo del período de carencia para el trabajo a tiempo parcial. La regulación prevista en la Disp. Adic. 7ª de la LGSS penaliza injustificadamente a los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres. La **STC 61/2013 de 14 de marzo IL J 347/2013** estima la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y hace suyos los argumentos que en su día mantuvo la STC 253/2004, de 22 de diciembre, para declarar inconstitucional la regla de cálculo de período de carencia de los trabajadores a tiempo parcial que tomaba como referencia las horas trabajadas. El Tribunal Constitucional toma también en consideración en sus argumentaciones la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, que declaró discriminatorias por razón de sexo la normativa española que establecía reglas especiales para determinar los períodos contributivos exigibles a los trabajadores a tiempo parcial. Se da la circunstancia que tanto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la STC 61/2013, a diferencia de la STC 253/2004, se pronuncian sobre el régimen legal vigente tras la reforma del Real Decreto Ley 15/1998, el cual introducía un coeficiente corrector a efectos de atemperar el rigor de la regla anterior.

Con los mismos argumentos de la STC 253/2004 el Tribunal entiende que las reglas de cálculo del período de carencia basados exclusivamente en el cómputo de las horas trabajada dificultan en extremo el acceso a las pensiones para los trabajadores a tiempo parcial pues se les exige una mayor tiempo cotizado que a los trabajadores a tiempo completo. La aplicación de la regla *pro rata temporis* no sólo a la cuantía de las prestaciones sino también a los requisitos de acceso a éstas supone vulnerar el juicio de proporcionalidad en aplicación del derecho a la igualdad del art. 14 CE. Además la mayor incidencia de esta normativa sobre las mujeres trabajadoras constituye una discriminación indirecta por razón de sexo pues no aprecia justificación razonable en la alegación hecha por el gobierno español de que se trataba de una regla clave para preservar el equilibrio financiero del sistema (caso Elbal Moreno)

La sentencia enjuicia la constitucionalidad de la regla que a modo de corrección de la estricta regla de proporcionalidad prevé la aplicación un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización a efectos del acceso a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente. El Tribunal Constitucional considera que la aplicación de esta regla puede facilitar el acceso a las pensiones a aquellas personas que hayan trabajado a tiempo parcial una pequeña parte de su vida laboral. Sin embargo, pese a tal regla correctora, el cálculo del período mínimo cotizado constituye una obstáculo desproporcionado para quienes hayan trabajado largos períodos a tiempo parcial y con una jornada de trabajo reducida. Un ejemplo ilustrativo de este perjuicio se presenta en el supuesto que da lugar a la cuestión de constitucionalidad en la cual la trabajadora no podía acceder a la pensión

de jubilación pese a haber desarrollado una actividad profesional durante más de 18 años. Por tanto, concluye el Tribunal, la regla correctora no evita que se exija a los trabajadores a tiempo parcial períodos cotizados de actividad más amplios.

Pese a que el asunto sobre el que se cuestionaba la constitucionalidad versaba sobre la pensión de jubilación el Tribunal Constitucional entiende que los mismos razonamientos son trasladables a las demás prestaciones por lo que declara la nulidad la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS.

La misma doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores que enjuiciaban la misma norma; concretamente dos recursos de amparo uno en relación a una pensión de incapacidad permanente [STC 71/2013 de 8 de abril IL J 447/2013] y otro que atañía a una pensión de jubilación [STC 72/2013 de 8 de abril IL J 448/2013]

7. RECAUDACIÓN

En la **STSJ de Andalucía 653/2013, de 27 de febrero, IL J 645/2013**, se trata un supuesto relativo al alcance temporal del reintegro de cantidades indebidamente percibidas que hace algunos años fue objeto de cierta controversia jurisprudencial. En el caso enjuiciado, un beneficiario de IP absoluta derivada de enfermedad común presenta escrito ante el INSS solicitando el alta en el Régimen General y la sustitución del grado reconocido por el de IP total, sobre la base de la mejora experimentada en su capacidad laboral. Se inicia expediente de revisión de grado que finaliza acordando su no modificación. Desde ese momento, el actor estuvo trabajando durante 4 años para diferentes empresas hasta que la Dirección Provincial del INSS, al constatar este hecho, procede a revisar el grado de IP, declarándole en situación de IP total. Posteriormente, el INSS dicta resolución en la que, considerando que durante ese periodo su situación de IP absoluta le impedía realizar trabajos y los había desarrollado, solicita el reintegro de parte de la prestación abonada. El actor pretende la aplicación de la excepción jurisprudencial de equidad, que reduce a tres meses el plazo de aplicación retroactiva del reintegro, al concurrir buena fe del beneficiario y tardanza en la detección y reclamación por la entidad gestora. No obstante, la Sala, con cita expresa a la doctrina sentada en la **STS de 17 de septiembre de 2004, IL J 1479/2004**, recuerda que, tras la reforma operada en el art. 45.3 LGSS por la Ley 66/1997, aquella excepción sólo es aplicable a las prestaciones percibidas con anterioridad a 1 de enero de 1998, manteniendo el plazo de prescripción de 5 años (posteriormente rebajados a 4, por Ley 55/1999).

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Concepto de accidente

En la **STS de 15 de abril de 2013, IL J 660**, se rechaza la consideración de accidente in itinere. Así, partiendo de los criterios generales expuestos en la STS de 29 de marzo de 2007, se analizaba la incidencia de la finalidad principal del viaje sobre la calificación del

accidente de trabajo, aun con independencia de que el mismo hubiera sido autorizado por la empresa. En ella se concluía que, no sólo en aquel caso se trataba de una gestión personal, ajena al trabajo, sino que también había de considerarse así la situación que suscitaba la sentencia de contraste, consistente precisamente en una visita médica. Para el Tribunal Supremo, tanto en el caso de quien acudía a realizar una gestión de tipo tributario como en el de quien lo hacía a una consulta médica, estábamos ante una diligencia de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo y, por ello, se niega la calificación de accidente laboral *in itinere* pretendida.

Señala la **STSJ de Castilla-León de 30 de enero de 2013, IL J 566**, que el artículo 115.1.g) de la Ley General de la Seguridad Social considera como derivadas de accidente de trabajo aquellas enfermedades intercurrentes que constituyen complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo, supuesto legal que es precisamente el aquí contemplado. En efecto, el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 30 de septiembre de 2011 al caérsele sobre su pie izquierdo un bote de conserva, lo que le provocó una artritis reumática que desencadenó todas las demás dolencias que hasta entonces no consta se hubieran manifestado. Es perfectamente comprensible que la mala o defectuosa deambulación por el traumatismo en el pie izquierdo y la utilización de muletas haya provocado a su vez dolor e inflamación en pies y rodillas; no cabe duda alguna de que la baja del trabajador de 29 de diciembre de 2011 con el diagnóstico de artropatía traumática está directamente relacionada con el accidente sufrido por el actor en el pie izquierdo por lo que el tribunal estima ajustada a derecho la resolución del INSS que se impugna.

B) Reparación del daño

Según la **STSJ de Galicia de 1 de febrero de 2013, IL J 399**, no es apreciable en la conducta de la empresa demandada la existencia de culpa en el «sentido clásico y tradicional», al no existir claras contravenciones de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, ni acto u omisión imputable a la demandada que incida en la producción del desgraciado resultado. Por ello, si la responsabilidad que se demanda exige de forma inexcusable la concurrencia de una conducta empresarial o de un ilícito o incumplimiento laboral que sea la causa del daño, es decir la relación causa-efecto entre aquella conducta y el resultado dañoso, es evidente que esta relación de causa efecto no existe.

En opinión de la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2013, IL J 507**, en un supuesto de una mejora voluntaria en materia de Seguridad Social pactada en convenio colectivo, la empresa debe asumir la responsabilidad del pago de la indemnización por accidente de trabajo, si la contratación de la póliza no se ajustó a los términos previstos convencionalmente, ni existe una remisión expresa de la póliza al texto convencional. Aunque el contrato de seguro se vinculaba a las obligaciones asumidas por la empresa en el Convenio, expresamente se pactó en el contrato y su sucesiva renovación, respectivamente, la misma cantidad de 10.000 euros, sin actualizar las sumas aseguradas, salvo las correspondientes a los directivos, a pesar de haberse procedido a un aumento sustancial de las mejoras para todo el personal de la empresa. La consecuencia de tal decisión empresarial es que el empresario afronte en solitario las correspondientes responsabilidades, si la contratación del seguro no se ajusta a los términos convencionales, ni existe una remisión expresa de la póliza al texto convencional.

En la **STSJ Castilla y León de 13 de marzo de 2013, IL J 501**, se analiza un caso de responsabilidad por daños y perjuicios. En el Informe de la Inspección de trabajo nada se indica de la falta de redes ni de mal estado de las medidas de protección, sino que esta alegación se apoya ahora, al parecer, en la «Aclaración» o Informe complementario evacuado en fecha 18 de febrero de 2010 por la Unidad de Seguridad y Salud Laboral de la Oficina Territorial de Trabajo de Valladolid complementando el de 17 de mayo de 2007, que se desconoce en base a qué se realiza tres años después del accidente.

Otro ejemplo lo encontramos en la **STSJ de 6 de marzo de 2013, IL J 636**. Según dicha resolución judicial, corresponde exclusivamente a las partes la construcción e impugnación del recurso de suplicación, pues una solución distinta equivaldría a atribuir al Tribunal la redacción «ex officio» del recurso o su impugnación lo que pugna con el principio dispositivo o de justicia rogada y su consecuencia no podría ser otra que la lesión del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución) que ha de otorgar, por igual, el Tribunal «ad quem» a los litigantes sea cual sea su posición (actora o demandada) en el pleito, como ya predicaba la doctrina judicial desde antiguo (STCT 25-10-79, 24-7-87 y 20-9-80). En definitiva, debe entenderse que el recurso está mal planteado en este aspecto, al ser manifiestamente deficiente. En efecto, se muestra desacuerdo con las conclusiones del juzgador pero no se especifica de qué modo y en base a que concreta norma se entiende que el juzgador yerra.

C) Enfermedad profesional

Para la **STS de 26 de marzo de 2013, IL J 633**, la reforma establecida por la disposición final 8ª de la Ley 51/2007 en los arts. 68, 87, 200 y 201 de la LGSS en orden a la posible asunción por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo de la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional entró en vigor el 1 de enero de 2008, por lo que no puede determinar la responsabilidad de una Mutua respecto a un periodo como el comprendido entre 1975 a 1993 (en el presente caso entre 1973 y 1994), en el que necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional, pero ello no porque –como dice la sentencia de contraste (aquí la recurrida) en criterio que hay que rectificar– en el momento del hecho causante hayan transcurrido varios años desde la extinción del contrato de trabajo, sino porque en ese periodo de exposición al riesgo la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente tenía que establecerse en exclusiva con el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962), integrado en el INSS (disposición final 1ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978), limitándose las Mutuas a la colaboración en las prestaciones de incapacidad temporal y periodo de observación por estas contingencias de conformidad con el art. 68.3. b) de la LGSS.

D) Delitos contra los derechos de los trabajadores

En la **SAP de La Coruña de 7 de marzo de 2013, IL J 450/2013**, se dicta sentencia absolutoria. Y ello porque el procedimiento ha sufrido una paralización superior a los seis meses (tiempo transcurrido entre la diligencia de ordenación dictada en el Juzgado

de lo Penal Número 1 de A Coruña en fecha 2 de junio de 2010 y el auto de admisión de pruebas dictado en fecha 1 de abril de 2011; folios 761, 762 y 763 de las actuaciones). En consecuencia, se dictó una sentencia absolutoria de los acusados/condenados, al haberse extinguido por prescripción de las faltas su responsabilidad penal por los hechos objeto de la presente causa, en aplicación de dicho Acuerdo en relación con los arts. 130.6º y 131.2 del C. Penal.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

La **STSJ de Murcia de 4 de febrero de 2013, IL J 398/2013**, desestima el recurso en suplicación dónde se alegaba como única causa del accidente laboral sufrido por un trabajador la negligencia de éste, quien según la empresa recurrente contaba con las nociones y formación debidas de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la causa del accidente –consistente en caída desde un tejado para acceder a los aparatos de aire acondicionado– aun debiéndose en parte a cierta culpa del trabajador, ésta razona el Tribunal que ya fue valorada para calibrar el porcentaje de recargo de las prestaciones reconocidas de Seguridad Social, siendo inquebrantado el razonamiento del juez de instancia quien falló que el motivo causal del accidente fue la falta de medidas de seguridad, concretamente las recogidas en el RD 486/1997 y el RD 773/1997. También, sobre la calificación de la culpa del empresario «quasi-objetiva» sobre el accidente, para la **STSJ de La Rioja de 2 de mayo de 2013, IL J 503/2013**, el incumplimiento de medidas de seguridad –en el caso enjuiciado, una barandilla mal sujeta– que causó el accidente laboral que produjo la muerte del trabajador, es suficiente para valorar la gravedad de la falta a fin de imponer el porcentaje de recargo. En contra de, como defendía la empresa recurrente, no existir posibilidad de conocer cómo se produjo el accidente, contesta el Tribunal que la apreciación de la infracción de la medida de seguridad «está guiada por conceptos normativos –peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de las medidas reglamentarias, etc.–, que han sido establecidos en la legislación preventiva» por lo que existirían datos suficientes para poder imputar objetivamente el porcentaje de recargo.

En lo referente al incumplimiento de legislación preventiva y, por consiguiente, al desencadenamiento del daño producido al trabajador como requisito para imposición de recargo según art. 123 LGSS, la **STSJ de Galicia de 8 de marzo de 2013, IL J 637/2013**, estima el recurso y valora como fortuito la serie de hechos que acontecieron en el supuesto enjuiciado (fallo de sistema hidráulico de y del propio software de la máquina) y, además, no posibles de prever por el empresario, siendo más imputables al fabricante de la máquina. Debido a ello, afirma el Tribunal, el empresario no habría infringido ningún precepto normativo y tampoco su deber casi ilimitado –como lo viene definiendo la doctrina del TS, véase por ejemplo STS 8 de octubre de 2001– de protección de los trabajadores. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2013, IL J 650/2013**, reconoce el derecho de la víctima al recargo de prestaciones al considerar como causa del accidente sufrido la falta de control adecuado del buen estado del vehículo, y por tanto infracción

Real Decreto 215/1997, no siendo ello un acontecimiento fortuito ya que «no cabe calificar de imprevisible que un determinado elemento del camión, como el estribo o peldaño, pudiera estar defectuoso cuando resulta que se trata de un medio de transporte que debe estar sometido a inspección regular por el peligro que comporta su uso, lo que obliga a extremar la precaución y control sobre el buen y adecuado funcionamiento y puesta en circulación».

Desde otro punto de análisis interesante, en la **STSJ de Galicia de 8 de marzo de 2013, IL J 500/2013**, la empresa recurrente alega que, en relación al accidente sufrido por un trabajador en el montaje de una máquina, en el deber de exigencia de cumplimiento de medidas de seguridad del empresario sobre los trabajadores, se ha de diferenciar el momento del montaje de la máquina y el de funcionamiento de ésta. Así, la empresa entiende no justificado exigir el cumplimiento de medidas de seguridad propias del momento de funcionamiento operativo de la máquina en el momento del montaje que es cuando se produce el accidente. Con todo, tal razonamiento no resiste aquel del Tribunal que valora en el caso concreto que el motor de la máquina estaba en funcionamiento, lo que determina el deber del empresario de exigir la efectiva implementación de medidas de seguridad (carcasas de protección y cable de parada de emergencia, etc.) por lo que desestima el recurso y procede a reconocer como ajustado a derecho la sentencia de instancia, imponiendo recargo sobre las prestaciones de seguridad social.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STSJ Cataluña, de 17 de enero de 2013, IL J 439/2013** reconoce la compatibilidad de la prestación de IT con el alta en el RETA, considerando que esta última circunstancia no revela de por sí que se haya prestado trabajo. En el caso de autos, además, no consta ningún indicio o evidencia en este sentido.

La **STS de 19 de marzo de 2013, IL J 479/2013** estima que el hecho que el alta médica tras el agotamiento del período máximo de la incapacidad temporal sea cursado por la mutua patronal no evita que se ha de impugnar en el cauce del procedimiento administrativo diseñado en el art. 128.1.a) párrafos 3º, 4º y 5º LGSS. Esto deriva del hecho de que la entidad gestora tiene la competencia exclusiva para todas las decisiones determinantes de la situación del asegurado una vez transcurrido el período máximo de incapacidad temporal, decisiones que adopta «a través de los órganos competentes de evaluación, calificación y revisión de las situaciones de incapacidad o lesión».

12. MATERNIDAD

STS de 21 de marzo del 2013, IL J 481/2013. Respecto a la alegación de las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna, como consecuencia en este caso de las

guardias en urgencia hay que mantener que en cualquier caso ha de acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o el lactante. No se hace en este caso. Por ello se reitera el criterio contenido en la STS de 23 de enero del 2012 y de 1 de octubre para mantener que la falta de concreción y acreditación del riesgo basta para rechazar que se den las circunstancias de la situación protegida.

STS de 21 de febrero del 2013, IL J 379/2013. La excedencia por cuidado de hijo con reserva de puesto de trabajo no es un derecho potencial o expectante. Garantiza al trabajador la reserva de su puesto de trabajo y por tanto la negativa de la empresa a esa reincorporación es constitutiva de un despido nulo.

STSJ Galicia de 31 de enero 2013, IL J 555/2013. No existe acreditación del riesgo específico, el contrato no llegó a suspenderse en ningún momento y se prestaron los servicios sin que se alegara interrupción o impedimento en la lactancia del menor.

STSJ Asturias de 18 de enero 2013, IL J 423/2013. En este supuesto se entiende por el Tribunal que no se ha articulado prueba demostrativa de que los riesgos específicos para la situación de embarazo concurren en los puestos de trabajo localizados en el exterior de la mina a los que podría ser adscrita la recurrente en función de la movilidad funcional y de su cualificación profesional, de ahí entiende el Tribunal que no resulta acreditada la inexistencia de puesto compatible con su estado de gestación. Por aplicación del art. 39.4 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo se exige que sea la trabajadora la que aporte con su solicitud de prestación la declaración de la empresa de inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de gestación de la actora.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STS de 12 de marzo de 2013, IL J 364/2013** se analiza un supuesto de un trabajador afiliado al RETA al que se le había denegado una pensión de incapacidad permanente absoluta; y si bien la resolución inicial y en la instancia se alegó una insuficiencia de la disminución de la capacidad laboral, en suplicación se situó el debate en si era exigible a un afiliado al RETA hallarse en situación de alta o asimilada para causar una pensión por incapacidad permanente absoluta. El Tribunal considera que tal requisito de alta no es exigible, a pesar de lo que dice el artículo 28 del Decreto 2530/1970 por el que se regula este régimen especial, y ello en base a que la Disposición Adicional Octava de la LGSS, al menos desde 1988 extiende a los regímenes especiales la aplicación del artículo 138 de la misma LGSS por el que las pensiones de Incapacidad Permanente Absoluta, así como las de gran invalidez, derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque el beneficiario no se halle en situación de alta al causar la prestación, siempre que se cumplan el resto de requisitos exigidos, notablemente el de acreditar quince años de cotización.

Incidentalmente debemos hacer notar que la sentencia –tal cual ha sido publicada en la base de datos CENDOJ del Poder Judicial– hace referencia erróneamente al Decreto 2539/1970, en lugar de la referencia correcta antes indicada de 2530/1970, y este error se ha reproducido y multiplicado en otras bases de datos y comentarios a dicha sentencia.

Durante muchos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo había recordado que en el Decreto 2530/1970 el conocido mecanismo de invitación al pago de las cuotas adeudadas por un afiliado al RETA se limitaba a las pensiones y no era aplicable a los subsidios de Incapacidad Temporal sin que pudiese moderarse esta exigencia. En la **STS de 19 de febrero de 2013, IL J 382/2013** se examina la demanda de una trabajadora afiliada al RETA a la que en el 2007 le fue denegado el subsidio por hallarse al descubierto en el pago de dos meses de las cuotas a la Seguridad Social, sin que la entidad gestora realizase ningún trámite de invitación al pago. El Tribunal resuelve que el subsidio sí debía de haberse concedido por los argumentos que ya había manifestado en la **STS de 22 de abril de 2009, IL J 494/2009**: cambiado a raíz de la entrada en vigor, el 1 de enero de 2004, de la Ley 52/2003 que modificó la redacción de la disposición adicional trigésimo novena de la Ley General de la Seguridad Social, que bajo el epígrafe de «Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones» establece que, «En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A tales efectos será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, en el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause esta», y en desarrollo de dicho precepto el art. 12 del RD 1273/2003, de 10 de octubre reglamentó la citada invitación al pago de las cuotas no satisfechas en las situaciones de Incapacidad Temporal de los trabajadores autónomos. Señala asimismo el Tribunal, siguiendo lo manifestado en la citada sentencia del 2009, que al no haber efectuado la invitación al pago en el momento oportuno: antes de pronunciarse sobre la prestación solicitada, no le es posible efectuar posteriormente tal invitación al pago de cuotas, sin perjuicio de otros medios jurídicos disponibles para que la entidad gestora pueda reclamar lo que se le adeuda.

B) Régimen Especial de los Trabajadores del Mar

El artículo 163.2 de la LGSS establece desde el año 2001 un incentivo para las personas que aplacen su jubilación, consistente en un incremento porcentual sobre la cuantía de la pensión de jubilación. La **STS de 27 de marzo de 2013, IL J 495/2013** examina el caso de un trabajador afiliado al REM que accedió a la jubilación a la edad de 63 años cuando, en virtud del coeficiente reductor de la edad de jubilación aplicable al actor podía haberse jubilado a la edad de 55 años. El tema debatido era si a quienes se jubilan posteriormente a la edad en la que se pudieron haber jubilado les resultan de aplicación en todo caso los porcentajes de mejora de su pensión previstos en el artículo 163.2 de la LGSS, y que en el caso de autos suponían un incremento al 124% de la pensión inicialmente calculada. El Tribunal examina cuál es la razón de ser de tal incentivo y se remonta al acuerdo suscrito entre el Gobierno y determinadas organizaciones sindicales y empresariales al que aluden las normas que incorporaron a la LGSS un sistema llamado de jubilación gradual y flexible; en tales acuerdos se trataba de propiciar que la actividad laboral se prolongara más allá

de los 65 años, porque ello tenía repercusiones favorables sobre el sistema de pensiones y sobre el conjunto de la sociedad. Se argumenta también por parte del Tribunal que para dilucidar las dudas que pudiera haber propiciado la regulación legal (no así el reglamentario: RD 1132/2002, que es meridianamente claro en su art. 3) la redacción de tal artículo 163.2 a partir de la ley 40/2007 incorporó la precisión en su art. 161 bis. 1 #4 de que en ningún caso serían tomados en cuenta los coeficientes reductores de la edad de jubilación a la hora de aplicar los beneficios previstos en el apartado 2 del artículo 163 de la LGSS.

En la **STS de 18 de abril de 2013, IL J 682/2013** se examina la posible aplicabilidad de los llamados días-cuota en el cálculo de una pensión de incapacidad permanente. El Tribunal de forma expeditiva recuerda la jurisprudencia existente, en especial las sentencias dictadas en sala general, como la de un día antes: la STS de 17 de abril de 2013 (rcud 2357/2012) –que se ordenó publicar en el BOE– en la que se repasa la evolución de este mecanismo de cálculo de creación jurisprudencial a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1974, dictada en el marco del éxito recurso de casación en interés de ley, para señalar que siempre ha sido únicamente de aplicación para el cumplimiento del período de carencia de los asegurados, sin que exista base para extender su alcance al cálculo del porcentaje que sirve para el cálculo de las pensiones, en estos términos:

a) Al exclusivo objeto de obtener la carencia exigible para poder acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, sigue vigente la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias, de forma que a los mencionados efectos de cómputo carencial, el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias;

b) Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, vigente desde 1-enero-2008, dicha doctrina ya no resulta aplicable en cuanto se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación, al haberse incorporado al art. 161.1.b) LGSS la previsión de que «a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias»;

c) No debemos modificar, con pretendido fundamento en dicha Ley 40/2007, la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días-cuota a efectos del cálculo de la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización.

Y adicionalmente se insiste ahora por parte del Tribunal que la reforma llevada a cabo en este tema por la ley 40/2007 ha sido para limitar el alcance de los efectos de los días cuota y no para extenderlos.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

La **SAN de 7 de marzo de 2013, IL J 354/2013** confirma una sanción impuesta por obstrucción a la labor inspectora por haberse presentadas en las oficinas de la Inspección personas distintas a los trabajadores encontrados en el centro de trabajo objeto de la inspección y que se habían marchado antes de poder ser identificados. La presunción de certeza del

acta de infracción no queda desvirtuada por haber valorado la Inspección las respuestas de trabajadores interrogados como «las clásicas», dado que esta valoración no invalida la realidad de las respuestas. Tampoco constituye una suposición subjetiva desvirtuando la presunción de certeza la constatación de que las personas interrogadas eran distintas a los trabajadores vistos en el lugar de trabajo, sino hechos susceptibles de percepción directa por el Inspector o inmediatamente deducible de aquéllos, sobre todo cuando se trata del rejuvenecimiento de una persona o del cambio perceptible de su estatura.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

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

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

SUMARIO

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

A) Introducción.

B) Cuestiones generales.

C) Nivel Contributivo.

- a) Sujetos beneficiarios.
- b) Requisitos de acceso a la protección.
- c) Contenido y modalidades de la prestación.
- d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.
- e) Supuestos especiales.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.

- a) Requisitos generales.
- b) Beneficiarios.
 - a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares.
 - b') Subsidio de prejubilación.
 - c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.
 - d') Otros Subsidios Especiales.
- c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.
- d) Compatibilidad e Incompatibilidades.

E) Prestaciones accesorias y complementarias.

F) Gestión, Financiación y Pago.

G) Valoración Final.

2. JUBILACIÓN.

A) Jubilación contributiva.

- a) Requisitos de acceso a la protección.

- b) Contenido de la prestación.
 - a') Base reguladora.
 - b') Cuantía de la prestación.
 - c') Responsabilidad del pago de las prestaciones.
- 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.

b) Requisitos de acceso a la protección.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013, IL J 368**, se resuelve el recurso de casación para determinar si el demandante, que trabajaba como encargado en una empresa en la que además ostentó el cargo de Administrador único de la Sociedad durante un período de tiempo, tiene derecho a que ese período se le compute a los efectos del percibo de la prestación por desempleo.

Esta Sala, en sus sentencias de 17 de mayo de 1999 y 17 de febrero de 2009 ha abordado cuestiones similares a la que es objeto del presente recurso de casación unificadora. Así, en esta última sentencia en supuesto en que el demandante mantenía con la sociedad laboral una relación de trabajo común, con la categoría de maestro industrial, y además era Consejero Delegado, sin percibir retribución por este cargo, recordaba que en la sentencia anterior de 17 de mayo de 1999, resolviendo un caso en el que el demandante era miembro del Consejo de Administración y Consejero Delegado, ostentando como socio trabajador la categoría profesional de Oficial 1ª, no constando que percibiese retribución por el desempeño del Cargo de Consejero Delegado, la Sala razonaba lo siguiente:

«Ante tal situación, se ha de reconocer en el actor la existencia de relación laboral con primacía sobre las funciones de dirección y gerencia, que no tienen entidad suficiente para absorber la actividad laboral del socio trabajador, y negar el carácter de ajenidad respecto a la empresa –sociedad laboral– para las que trabajan, al no constar que aquellas fuesen retribuidas. Pues la finalidad de las sociedades laborales, es como señala la Exposición de motivos de su Ley reguladora (4/1997), “conseguir nuevos métodos de creación de empleo” en cuyas líneas maestras destaca, “que la mayoría del capital sea propiedad del conjunto de los socios trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos en forma

personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido.[y]... fijación del máximo de capital que puede poseer cada socio”. En esta materia la sentencia citada de 14 de Octubre de 1998, –que aunque referida a supuesto de sociedad limitada capitalista en donde uno de los actores además de prestar servicios como oficial de primera también ostentaba el cargo de consejero delegado, y se discutían las prestaciones de garantía de Fogasa por insolvencia de la empresa, es plenamente aplicable al supuesto de autos–, se manifiesta en el sentido de que “esto es lo que ocurre normalmente en `las sociedades de trabajadores cuyo modelo institucional –las llamadas sociedades laborales– admiten naturalmente la compatibilidad de socio trabajador y administrador social y esto es lo que sucede también en el presente caso, en el que estamos ante un supuesto claro de sociedad de trabajadores, en la que la asunción de cargos sociales representa más una continuidad de la colaboración que una situación de poder específico frente a los restantes socios trabajadores”. A ello añade también la citada sentencia de 20 de octubre de 1998 que «en principio, cabe admitir la posibilidad de coexistencia o ejercicio simultáneo de cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria, y ello, conforme con doctrina reiterada de esta Sala –entre otras sentencias las de 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992 y 22 de diciembre de 1994 –, expresivas de que la inclusión o exclusión del trabajador –socio– gestor de una sociedad, dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad. . . [Y como no consta] en ninguna de las actuaciones del actual proceso que se haya puesto en duda la realización de los trabajos laborales de naturaleza común, realizados por los demandantes, –con antigüedad de casi 10 años– con singularidad propia y específica... y de contrario el relato histórico probado asevera la realidad de tal relación laboral común y su concurrencia con la actividad societaria mancomunada. Consecuentemente, ni siquiera ha de acudirse a la presunción de laboralidad para estimar que, en el caso presente, existe una relación laboral ordinaria al margen de su coexistencia con otra distinta, en los cometidos inherentes al cargo de administrador mancomunado».

Precisamente este criterio se desprende de la nueva redacción del artículo 21 de la antes citada Ley de sociedades laborales, dada por el artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que aclara la ambigüedad y llena el vacío de la anterior redacción de este precepto, que se limitaba a señalar que «todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o alguno de los régimen especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas. Con lo que resulta incuestionable el derecho a las prestaciones de desempleo del actor socio y consejero delegado, no retribuido por el desempeño de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, pues el apartado 2 a) de este artículo según la nueva redacción, solo excluye de aquella protección, a los socios trabajadores «cuando por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo, estén o no vinculados, simultáneamente a la misma mediante relación laboral común o especial», lo que puede contraponerse a lo dispuesto en la nueva redacción dada por la antes citada Ley, al contenido de la letra k) del apartado 2 del artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social, que excluye de la protección por desempleo a los consejeros y administradores de las sociedades mercantiles

capitalistas «cuando el desempeño de su cargo conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

Esta doctrina que se aplicó –como ya hemos señalado– en el caso de la sentencia de 17 de febrero de 2009, recurso admitido precisamente con la sentencia aportada aquí para el contraste, resulta también de aplicación al presente caso, en donde, como se ha expuesto, el demandante mantenía con la Sociedad una relación laboral común, con la categoría de Encargado, y además era Administrador Único, sin percibir retribución por este cargo, lo que hace que la primera tenga vigencia sobre la segunda, y que en su consecuencia, el período de tiempo en que ostentó el cargo, compute a los efectos de prestación por desempleo.

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de febrero de 2013, IL J 515**, la pretensión de la actora es que se anule y deje sin efecto la resolución del INEM de 13 de febrero de 2009, por la que se declaró sin derecho a las prestaciones de desempleo percibidas y a la devolución de 15.059,16 euros, Dicha pretensión fue desestimada por la sentencia de instancia y frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación el Letrado de la parte accionante, para pedir la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

La cuestión litigiosa ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, en supuestos sustancialmente idénticos al presente en sentencia de 13 de junio de 2012 en la que señalaba que:

«Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones a propósito de análogas situaciones, en unos casos presentándose la relación entre el reclamante y las personas con vínculo de parentesco que ostentaban la titularidad de parte un capital social (SsTS de 29 de octubre de 1990 y de 19 de diciembre de 1997 y 19 de abril de 2000, en otros casos con quien era titular físico y único de una empresa, sentencia de 13 de marzo de 2001.

En ellas se reitera el razonamiento de que «por supuesto cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción «iuris tantum» a favor del trabajo familiar no asalariado que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 (sic) del Estatuto de los Trabajadores».

A la luz de ese razonamiento se ha llegado a la conclusión estimatoria de la pretensión en las sentencias citadas de 25 de noviembre y 19 de diciembre de 1997 y 19 de abril de 2000 y desestimatoria en las sentencias de 29 de octubre de 1990 y 13 de marzo de 2001.

La sentencia de 25 de noviembre de 1997 razonaba que: «Tanto el art. 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores, como el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. El Tribunal Constitucional, en sentencias 79/1991 y 2/1992, ya declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho

de ser parientes sus titulares. En el caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45% del capital social, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común. No se desvirtúa, por tanto la nota de ajeneidad. Se declara probado que el actor trabajó y percibió retribución. Era por tanto trabajador por cuenta ajena y, como tal, estaba protegido de la contingencia de desempleo, de la que no puede ser excluido en base a su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones».

Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado que merece igual solución por razones de seguridad jurídica y atendiendo a las circunstancias concurrentes, no discutida tampoco la realidad de la prestación de servicios durante todo el tiempo arriba mencionado, ni el percibo de una retribución mensual, rompiendo así la presunción de no laboralidad de la relación de quien trabaja, convive y está a cargo del familiar titular de la empresa.

Por todo ello, al no haberlo entendido así la Magistrada de instancia es procedente la revocación de la resolución recurrida, previa estimación del recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la parte demandante.

e) Supuestos especiales

En el caso resuelto por la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2013, IL J 538**, la sentencia de instancia ha estimado la pretensión de reanudación de la prestación por desempleo con base en que la actora reúne el requisito a tal fin sin que concurran las causas que expuso la Entidad Gestora en el acto de juicio, distintas a las que se invocaron en vía de reclamación previa, relativas al mantenimiento de la actividad laboral y periodo de cotización asimilado.

Pues bien y a la vista del contenido del motivo del recurso, coincidente con lo que se alegó en el acto de juicio oral, lo primero que hay que dejar claro es que la parte actora está reclamando la reanudación de una prestación por desempleo y a tal fin es necesario dejar constancia de los siguientes hechos: a la actora le fue reconocida una prestación por desempleo por un periodo de duración de 420 días, que se inició el 20 de diciembre de 2010, llegando a consumir 65 días, pasando esa prestación a estar suspendida por comenzar a prestar servicios el 24 de febrero de 2011 en que inicia su relación laboral como fija discontinua que se mantiene hasta el 11 de junio de 2011, siendo retribuidos 9 días por vacaciones no disfrutas. El 28 de junio de 2011 solicita la reanudación de la prestación suspendida.

Según el artículo 212.1 d) de la Ley General de la Seguridad Social, el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad Gestora mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a veinticuatro meses.

El artículo 212.4 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que la prestación o subsidio por desempleo se reanudará previa solicitud del interesado, en los supuestos recogidos en los párrafos b, c, d y e del apartado 1, siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleo

Además, se indica en dicho precepto que el derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes, y la solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiere efectuado previamente. Asimismo, en la fecha de la solicitud se considerará reactivado el compromiso de actividad a que se refiere el artículo 231 de esta Ley, salvo en aquellos casos en los que la Entidad Gestora exija la suscripción de un nuevo compromiso.

Y también dispone la norma que si se presenta la solicitud transcurrido el plazo citado, se producirán los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 209 y en el párrafo b del apartado 1 del artículo 219.

Por tanto, si lo que está reclamando no es «un nuevo derecho» sino seguir percibiendo el ya reconocido, el requisito que debe ser analizado por la Entidad Gestora para determinar si procede esa reanudación es, simplemente, el relativo a si el trabajador está en situación legal de desempleo como consecuencia de haber finalizado la causa de suspensión de la prestación.

Y eso es lo que ha hecho la sentencia recurrida para determinar que el trabajador fijo discontinuo, cuando termina su actividad, se encuentra en esa situación.

Si a los efectos de la reanudación de la prestación por desempleo solo ha de establecerse si hay situación legal de desempleo —no hay que olvidar que se trata de restablecer un derecho ya reconocido—, entendemos que la oposición que hace la Entidad Gestora tendría que ir dirigida a combatir la existencia de la misma, sometiéndose a lo que a tal efecto dispone el artículo 208.4 de la Ley General de la Seguridad Social que es el único que define ese concepto legal y en relación con los fijos discontinuos diciendo que «Igualmente, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva». Por tanto, ninguna complejidad tiene la pretensión de la parte actora que no sea la de determinar si su actividad laboral es fija discontinua, si se ha producido el cese y si se encuentra en ese periodo de inactividad productiva, nada de lo cual se ha cuestionado, tal y como ya afirma la sentencia de instancia, al indicar que la causa denegatoria que invocó la Entidad Gestora en vía administrativa ya no es objeto de debate y, no obstante, seguramente para dejar clara esa cuestión, que tampoco suscitó la demandada en el acto de juicio, analiza y resuelve sobre la naturaleza de dicha actividad laboral, sin que en este momento procesal tampoco haya sido cuestionada, lógicamente, por la Entidad Gestora.

En consecuencia, no sería necesario argumentar más en orden al derecho que la sentencia de instancia ha reconocido.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b') Subsidio de prejubilación

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2013, IL J 491, el demandante viene satisfaciendo las cuotas correspondientes al Convenio Especial suscrito con la Tesorería General de la Seguridad Social, desde el 27 de diciembre de 2010. Solicitado el 3 de

noviembre de 2010 subsidio de desempleo para mayores de 52 años, le fue denegado por superar sus ingresos el umbral mínimo para acceder al subsidio. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda, desestimando la Sala el recurso de Suplicación.

La sentencia recurrida resuelve la cuestión planteada, relativa a si procede computar como rentas, 1981,44 euros, derivados del contrato de seguro o plan de rentas suscrito con la entidad ING, correspondiendo el capital depositado a la indemnización percibida por la extinción de la relación laboral. En cuanto a las cuotas del Convenio Especial, el Juzgado de lo Social no admitió un descuento al ser satisfechas voluntariamente, tesis mantenida por la sentencia de suplicación, aseverando no obstante que de haber formado parte de los ingresos computados como renta tendrían que ser descontados, al no ingresar realmente en su patrimonio como renta y superar en todo caso los ingresos el 75% del Salario Mínimo Interprofesional.

El recurrente alega la infracción del artículo 215.2 de la Ley General de la Seguridad Social, realizando la interpretación del precepto favorable al descuento de las cotizaciones efectuadas al Convenio Especial de la Seguridad Social.

La dicción literal del precepto es la siguiente: «Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezca reglamentariamente».

En todos los supuestos que la norma contempla resulta evidente que nos hallamos ante cantidades que ingresan en el patrimonio el beneficiario. En unos casos se trata de beneficios obtenidos de la actividad desarrollada o de los bienes poseídos y en un último apartado el legislador alude a las rentas o ingresos computables pero esta vez de naturaleza prestacional. La denominación, que abarca la asignación por hijo a cargo y las cuotas satisfechas al Convenio Especial con la seguridad social posee el significado de un beneficio obtenido previamente. En el caso de la asignación por hijo a cargo el beneficio agota su fin en ayudar al asegurado a subvenir la carga del hijo bajo independencia. En el caso de las cuotas satisfechas al Convenio Especial, es preciso que su importe haya sido previamente recibido por el trabajador con un propósito, el de un posterior ingreso o fin de obtener en el futuro la cobertura que el Convenio Especial proporciona. No cabe en modo alguno estimar comprendidos en el precepto las cantidades que, destinadas también a ese fin, carecen de origen prestacional pues el supuesto escapa a las previsiones de la norma.

Esta interpretación es coherente asimismo con la anterior resolución de esta Sala, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009 en la que la deducción de las cuotas se contempla porque el trabajador recibía previamente las cantidades destinadas a ese fin en virtud de una póliza suscrita por la empresa al objeto de dar cobertura a la indemnización y al pago de las cotizaciones.

No consta en el relato histórico la percepción del importe de las cotizaciones en virtud de mejora a cargo de la empresa ni tampoco el recurso se instrumenta bajo ese amparo conceptual sino que mantiene su reclamación fundada estrictamente en el desembolso que supone la cotización. Queda excluida por lo tanto la adecuación de lo pedido con las previsiones normativas cuya infracción el recurso denuncia y en las que no incurre la sentencia.

Por tanto, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) *Requisitos de acceso a la protección*

– Trabajadores a tiempo parcial.

Las **Sentencias del Tribunal Constitucional 116/2013, de 20 de mayo (IL J 576/2013) y 117/2013, de 20 de mayo (IL J 577/2013)** reiteran la doctrina ya sentada por el mismo Tribunal Constitucional en el sentido de que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que experimentan los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Doctrina constitucional que ha dado lugar a la reciente modificación legislativa a través del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

La queja en que se fundamentan estos recursos de amparo es la incompatibilidad con el art. 14 CE de la regulación contenida en la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social y desarrollada por el Real Decreto 1131/2002, normativa cuya aplicación por las resoluciones impugnadas en amparo ha determinado la denegación al demandante de la pensión de jubilación solicitaba.

Dando respuesta a esta cuestión, el Tribunal Constitucional decidió en la reciente STC 61/2013, de 14 de marzo, declarar inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, en cuanto establece que para determinar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco, si bien en el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5.

El Tribunal Constitucional ha declarado que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación o incapacidad no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14

CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir. Las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Razón por la que declara que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

Por tanto, y como ya ha mantenido en las SSTC 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, respecto a reclamaciones análogas, en la medida en que esta concreta previsión declarada inconstitucional por este Tribunal por vulneración del art. 14 CE es la que ha determinado la denegación de la pretensión de la parte recurrente, deberá concluirse, sin necesidad de razonamientos adicionales, que en los casos examinados en estas sentencias ha de otorgarse el amparo solicitado por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 210/2013, de 24 de enero (IL J 557/2013)**, se pronuncia sobre una cuestión que ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en diversas sentencias [entre otras, en las SSTS/IV 22-junio-2010 (rcud 3046/2009), 6-julio- 2010 (rcud 3888/2009) y 7-julio-2010 (rcud 3871/2009)] en relación al derecho a acceder a la jubilación parcial del personal laboral de la Administración Pública. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, en la sentencia se establece que de la normativa general reguladora de la jubilación anticipada parcial, contenida en los arts. 166 LGSS y 12.6 ET, desarrollado este último por el Real Decreto 1131/2002 de 31 octubre, resulta que si bien en el ámbito estricto de la Seguridad social el trabajador que reúna los requisitos para ello tiene pleno derecho a acceder a la jubilación anticipada parcial (art. 166.2 LGSS), sin embargo, desde el plano de las obligaciones previas en materia laboral, no puede imponerse a la empresa el cambio de un contrato a tiempo completo en un trabajo parcial a los efectos de acceso a la jubilación parcial, aunque la empresa deberá acceder a ello, en la medida de lo posible, y motivar su posible denegación, como cabe deducir del art. 12.4.e) IV ET; y no existiendo tampoco norma legal estatutaria que obligue a la empresa a dar también el segundo paso y concertar simultáneamente un contrato de relevo. Por otro lado, de no mediar acuerdo entre el trabajador que pretenda jubilarse y su empleadora, la posible obligación empresarial podría derivar de las previsiones que a tal fin pudieran contenerse en Convenio colectivo. En el ámbito de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en interpretación del art. 67 EBEP, es también posible entender que dentro de la planificación u ordenación que de sus recursos humanos pudiera establecer, en determinados supuestos, la correspondiente Administración pública empleadora cabría articular unas condiciones especiales, diferentes a las de la jubilación parcial establecida como regla general, y entre las que podría incluirse la obligación empresarial de convertir en a tiempo parcial el contrato del trabajador que pretendiera jubilarse de forma anticipada parcial y el de efectuar simultáneamente el correspondiente contrato de relevo.

La Sentencia estima, así, que en aplicación de dicha doctrina, la Administración Pública no tiene la obligación de realizar una novación de su contrato de trabajo para convertirlo

en a tiempo parcial, ni derivadamente a realizar de forma simultánea un contrato de relevo a favor de otro trabajador, para facilitar su derecho al acceso a la jubilación anticipada parcial, al no derivarse, en el presente supuesto, tal obligación ni de la normativa general reguladora de la jubilación anticipada parcial (arts. 166 LGSS y 12.6 ET, desarrollado por RD 1131/2002); ni de un posible acuerdo entre las partes; ni de previsiones que a tal fin pudieran contenerse en Convenio colectivo (art. 59 II CUAGE); ni de la posibilidad, ex art. 67 EBEP, de efectuar una planificación u ordenación que de sus recursos humanos por parte de la correspondiente Administración pública empleadora, de ser aplicable, lo que tampoco se ha efectuado en el supuesto ahora enjuiciado.

Por su parte, y también en relación con la jubilación parcial de funcionarios públicos, en la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 11 de marzo de 2013**, se plantea la determinación de si, a efectos de la jubilación parcial en el régimen general de la Seguridad Social, son computables las cotizaciones efectuadas por el trabajador beneficiario de esa prestación en el régimen de Clases Pasivas del Estado, mientras prestó servicios como funcionario de carrera.

La cuestión planteada ha sido ya unificada por el Tribunal Supremo [sentencia de 31 de mayo de 2012 (Rcud. 104/2011)], en el siguiente sentido: El RD 691/1991 constituye la norma de desarrollo prevista en la Disp.Ad. 5ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, para la regulación del cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos y los distintos regímenes integrados en el sistema de la Seguridad Social. Mediante este instrumento reglamentario se determinan los derechos de quienes acrediten cotizaciones en más de uno de los regímenes de Seguridad Social que se expresan en su art. 1.1., esto es, *Régimen de Clases Pasivas del Estado y Régimen General y regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos*. Se trata de una norma de coordinación entre el Régimen de Clases Pasivas y los regímenes del Sistema de Seguridad Social, que, no obstante, no afecta a la coordinación de estos últimos entre sí, que se rige por su propia legislación (art. 1.1 RD 691/1991). Ahora bien el cómputo recíproco de cuotas de Clases Pasivas y de los regímenes del Sistema de Seguridad Social se ciñe solo a las «*pensiones de común naturaleza que estén comprendidas en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate*» (art. 2.1 del RD 691/1991), lo que lleva a disponer en el art. 2.2 que: «Al no existir equivalencia en la acción protectora de otros regímenes, quedan excluidas de las normas de este Real Decreto *las prestaciones siguientes: a) La pensión de jubilación parcial del sistema de la Seguridad Social, regulada por Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre. b) Las prestaciones en favor de familiares que otorgan los regímenes a que se refiere la letra b) del número 1 del artículo 1 de este Real Decreto, en cuanto queden referidas a nietos, hermanos, abuelos e hijos sin derecho a pensión de orfandad*». Puesto que la Ley 7/2007 (EBEP) no derogó íntegramente la Ley 30/1984, y, en particular, dejó vigente su Disp. Ad. 5ª, de la que el RD 691/1991 constituye su plasmación reglamentaria, el Tribunal Supremo mantiene que, con carácter general, el citado RD 691/1991 sigue siendo la norma de coordinación entre los regímenes a los que se circunscribe su ámbito objetivo. En el art. 14. n) EBEP se declara el derecho a la jubilación entre los derechos de los funcionarios y en su art. 67 se enumeran las distintas modalidades de jubilación, haciéndose referencia expresa a la jubilación parcial en el apartado 1.d) (posibilidad legal de jubilación parcial que no existía hasta ese

momento). Sin embargo, pese a tal previsión, no se ha producido el desarrollo posterior de esta disposición de rango legal. No puede extenderse, pues, a los funcionarios públicos sujetos al Régimen de Clases pasivas la regulación de la jubilación parcial contenida en el art. 166 LGSS y en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, expresamente diseñado para los trabajadores «*incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar*» (art. 1.1 del RD 1131/2002), estando condicionada la aplicación a los trabajadores autónomos a «*los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente*» (Disp.Ad. 8ª 4 LGSS, modificada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible).

En consecuencia, el Tribunal Supremo no sólo afirma la vigencia formal de la exclusión de la jubilación parcial en el cómputo recíproco de cuotas, dispuesta en el art. 2.2. del RD 691/1991, sino también que se mantiene la exclusión de esta protección para los afiliados a dicho régimen, aun cuando exista una previsión legal, en el EBEP, que apunte a la posibilidad de acceso de los funcionarios públicos esta modalidad de jubilación, al no existir norma que desarrollen la cobertura de tal contingencia ni los mecanismo de efectividad de la situación y no serles aplicables la regulación establecida para los trabajadores que se hallan cubiertos por otros regímenes del sistema de Seguridad Social.

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 25 de marzo de 2013, II J 485/2013**, también en relación con el derecho de acceder a la jubilación parcial, mantiene que, respecto al requisito de antigüedad ininterrumpida de 6 años, debe computarse los servicios prestados previamente como funcionario, frente a la tesis que la entidad recurrente sostiene con su denuncia de que los funcionarios públicos están excluidos del ámbito subjetivo de la jubilación parcial, por lo que no debe computarse tal período. El Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación del art. 166.2.b) LGSS –que prescribe como requisito para acceder a la pensión por jubilación parcial, la de «[a]creditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo»– centrada en el significado que deba atribuirse a la expresión «antigüedad en la empresa» utilizada por el precepto.

La conclusión a la que llega es la de que la «antigüedad» exigida por el art. 166 LGSS equivale a la «vinculación» o prestación de servicios [ininterrumpida durante los seis años precedentes], y ello porque no hay criterio interpretativo alguno que pueda avalar el parecer de que esa vinculación deba ser exclusivamente laboral, excluyendo la funcional. Antes al antes al contrario, el elemento literal sirve de apoyo a la solución opuesta, siendo así que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece (recientes, SSTS 09/12/10 –rcud 321/10–; 16/11/12 –rco 208/11–; y 05/03/12 –rco 57/11–); y el componente finalista de la exigencia, también apunta en la misma dirección, pues los intereses que la norma parece tutelar en forma alguna pueden perjudicarse con la diferente naturaleza jurídica de los tiempos de «vinculación».

b) *Contenido de la prestación*

b') *Cuantía de la prestación*

– Incrementos de la cuantía de la pensión de jubilación aplicables cuando se accede a ella después de los 65 años de edad y con cotizaciones posteriores a dicha edad,

La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina resuelto en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2013, IL J 495/2013**, consiste en determinar si los incrementos porcentuales de la cuantía de la pensión de jubilación (2% o 3%: art. 163.2 LGSS), aplicables cuando se accede a ella después de los 65 años de edad y con cotizaciones posteriores a dicha edad, pueden afectar también a quienes, como el demandante, al tener derecho a jubilarse con anterioridad a esa edad en virtud de los coeficientes reductores previstos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, han continuado trabajando y cotizando después de haber superado su particular edad pensionable.

Para llegar a esta conclusión debemos tener en cuenta la doble finalidad o razón de ser del principal precepto en cuestión, que consiste, por un lado, en propiciar e incentivar una mayor permanencia en la actividad tras alcanzar los 65 años de edad, y, por otro, en compensar la mayor contribución al sistema que ello conlleva.

Tanto el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del sistema de Protección Social suscrito el 9 de abril de 2001, como el RD-ley 16/2001 y la posterior Ley 37/2002, cuando establecieron un nuevo sistema de jubilación gradual y flexible, según decían, trataban de propiciar la actividad laboral de los ciudadanos más allá de la edad mínima habitual de jubilación (65 años) porque ello repercutía en la autoestima del trabajador, tendría efectos positivos sobre el sistema de pensiones y proporcionaría ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esa forma, podría aprovechar la experiencia y conocimientos de los trabajadores de más edad. Parece claro que ninguna de tales finalidades se lograría si, a falta de previsión expresa al respecto, se aplicaran los incrementos porcentuales aquí cuestionados a quienes, como el demandante, aunque sea en razón a las peculiares condiciones en las que se desarrolla su actividad, no alcanzaran aquella edad mínima.

Quizá para aclarar las dudas que pudiera estar propiciando la regulación anterior a la Ley 40/2007, incluida la previsión del art. 3 del RD 1132/2002, aquella norma, al incorporar el nuevo art. 161.bis a la LGSS, deja terminantemente claro que los incrementos porcentuales (2 o 3%) de la cuantía de la pensión de jubilación, aplicables sin duda a todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social (DA 8ª 1 LGSS), únicamente se podrán producir, no sólo cuando se acceda a la pensión desde una edad superior a los 65 años, tal como ya decía el art. 163.2, sino que, como con toda contundencia establece ahora el párrafo cuarto del citado art. 161 bis.1, «los coeficientes reductores de la edad no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, (...) a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163...».

Existe, pues, una prohibición legal expresa de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales —el trabajo en el mar, entre otras— puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación. Y «lo que hace la sentencia recurrida es tener en cuenta los coeficientes reductores de edad

para aplicar los beneficios del art. 163.2 de la LGSS». Procede, pues, la íntegra estimación del recurso.

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

La cuestión que se plantea en la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 22 de abril de 2013, IL J 615/2013** gira en torno a la responsabilidad empresarial que puede existir respecto al abono de una prestación de jubilación parcial que ha sido reconocida a un trabajador, a partir del momento en que se ha producido la extinción del contrato de relevo del otro trabajador que le sustituía en la misma empresa, como consecuencia de su despido por causa objetiva no especificada, no colectivo, idéntica a la aducida para despedir simultáneamente al relevado que percibía jubilación parcial. En concreto, se trata de la interpretación que ha de darse a la regulación del número 1 de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre.

En la sentencia se mantiene la tesis ya sentada por el Tribunal Supremo [sentencia de 22 de septiembre de 2010 (RCUD 4166/09)], en la que, partiendo de que la obligación de reintegro no supone una sanción al empleador sino un mero acto de gestión prestacional (TS 9-2-2010 y 13-3-2010, R. 2334/09 y 2244/09), afirma que «la empresa demandante ciertamente podía extinguir el contrato de trabajo del trabajador jubilado anticipadamente, pero tenía la obligación de conservar, de mantener el contrato de relevo con el trabajador relevista, o contratar uno nuevo en caso de cese por cualquier causa de éste (incluido el despido), hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o, cabría añadir, deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada, puesto que así se desprende del referido número 1 de la DA Segunda del R.D. 1131/2002. Por el contrario, no resulta aquí de aplicación la doctrina contenida, entre otras, en las sentencias TS4ª de 22, 29 y 31 de enero de 2013 (R. 1998/12, 1571/12 y 1575/12) y las que en ellas se citan, que, reiterando criterio anterior, no atribuyen ninguna responsabilidad empresarial en los casos en los que se extingue el contrato del jubilado parcial por despido colectivo que afecta además a la totalidad de la plantilla como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo.

d) *Derecho transitorio*

– Período de carencia en el SOVI: no son computables los 112 días por cada parto cuando los hijos han nacido después de 1-1-1967.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 22 de febrero de 2013, IL J 378/2013**, la cuestión a unificar es determinar si han de ser computables, para reunir los 1800 días de carencia exigidos para causar una pensión de vejez del régimen SOVI, los 112 días por cada parto de un solo hijo que la DA 44ª LGSS, redactada de conformidad a la LO 3/2007, establece cuando esos hijos han nacido después del 1-1-1967, esto es cuando el SOVI se había extinguido.

La cuestión ha sido ya objeto de doctrina unificada por las sentencias de 12 y 14 de diciembre de 2011, recursos 589/2011 y 1640/2011, y 23 de enero de 2012, recurso 1722/2011 y de 24 de octubre de 2012 (rcud. 4461/11). El Tribunal Supremo, partiendo

del carácter residual del SOVI y de la imposibilidad de completar el periodo de carencia con posterioridad a dicha fecha, tal y como se deduce de la disp. trans. 2ª Ley 24/1972 y la disposición transitoria 7ª LGSS, llega a la conclusión de que esos beneficios ficticios solo pueden servir para causar prestaciones que se correspondan «con el momento, la fecha del alumbramiento de que se trate», no para los sucedidos después del 1 de enero de 1967. Lo que dijo la doctrina unificada es que la disp. adic. 44ª se aplica a todas las prestaciones causadas a partir de la vigencia de la LO 3/2007, con independencia de que el SOVI ya no estuviese vigente como legislación por la que se rigen, lo que no equivale a computar unos beneficios para los alumbramientos sucedidos cuando ese régimen se había extinguido. *Una cosa es entender en una acepción amplia, que por cierto no es ajena a nuestro uso del lenguaje, la expresión «régimen de Seguridad Social», extendiéndola al SOVI, y otra cosa bien distinta es alterar la naturaleza de «régimen residual extinguido» que tiene éste sistema de protección, permitiendo completar la carrera de seguro desarrollada en el mismo con acontecimientos posteriores a la fecha de su extinción».*

Sobre la misma cuestión se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 27 de febrero de 2013, IL J 373/2013**. En ella se reitera la doctrina del Supremo. El Tribunal Supremo ha declarado que la DA 44ª LGSS debe ser interpretada atendiendo a la finalidad del precepto, que es favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a abandonar el mercado laboral por causa de maternidad. Esta norma de acción positiva a favor de las mujeres – sigue el argumento de la doctrina unificada – debe alcanzar no sólo a las aseguradas en los distintos regímenes de Seguridad Social integrados en el actual «sistema» de Seguridad Social, sino también a un colectivo, como el de los pensionistas del SOVI formado en gran parte por mujeres. Pero los anteriores precedentes jurisprudenciales se han cuidado de advertir que la extensión al SOVI de los beneficios previstos en la DA 44ª LGSS no «prejuzga» la solución que haya de darse al supuesto en que «los nacimientos se hubieran producido con posterioridad a 1 de enero de 1967». Es ésta una segunda y distinta cuestión de interpretación de la mencionada disposición adicional 44ª LGSS, respecto a la cual la respuesta del Tribunal Supremo es que las aseguradas en el régimen del SOVI tienen derecho a la bonificación de cuotas prevista en la DA 44ª LGSS sólo en el caso de parto anterior a 1 de enero de 1967, pero no en el supuesto de nacimiento de hijos acaecido después de tal fecha.

El carácter residual del «*extinguido*» régimen SOVI, que impide completar las cotizaciones exigidas en el mismo con las generadas en los regímenes de Seguridad Social implantados posteriormente, se refleja también en la DT 2ª LGSS, que limita unilateralmente el cómputo de las cotizaciones entre los mencionados regímenes de Seguridad Social a los «*anteriores*» (SOVI, en nuestro caso) respecto de los posteriores («*regímenes*» del «*sistema*»), pero no a la inversa. Ello quiere decir que, sin perjuicio de su pervivencia transitoria, el SOVI ha quedado fijado, en lo que concierne a los requisitos de la acción protectora, en la fecha de 1 de enero de 1967. Los nacimientos de hijos producidos antes de esa fecha comportan por tanto la bonificación de días-cuota prevista en la DA 44ª LGSS, pero los posteriores sólo generan tal abono de cotizaciones ficticias en los regímenes del sistema, en los que, como se ha visto, también se han podido computar las propias cotizaciones del SOVI. La fijación de los requisitos del SOVI en la fecha de 1 de enero de 1967 ha sido doctrina constante de esta Sala del Tribunal Supremo, que se debe mantener a los efectos de la aplicación de la DA 44ª LGSS.

B. Jubilación contributiva

a) *Requisitos de acceso a la protección*

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 415/2013, de 18 de enero, IL J 509/2013**, se reconoce el derecho a la jubilación no contributiva en aplicación del art. 7.5 de la LGSS y del Reglamento 1408/1971 de la Unión Europea (en vigor en el momento de solicitud de la prestación).

En la Sentencia se plantea la concurrencia del requisito de residencia legal en territorio español durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión de jubilación no contributiva contemplado por el artículo 167.1 LGSS. Se denuncia por la recurrente la infracción del Tratado de la Unión Europea, del Tratado de Adhesión de España a las CEE y normas de desarrollo, en relación al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a permanecer en el territorio de los Estados miembros, alegando la parte actora recurrente que, dada su nacionalidad portuguesa, su régimen de residencia no está sometido a previa autorización, por tratarse de ciudadana de Estado miembro de la Unión europea, por lo que aquélla es legal, sin necesidad de efectuar registro alguno hasta el año 2007.

La Sentencia considera que, dada la nacionalidad portuguesa de la actora, su incontrovertida residencia en territorio español desde el año 1974 no puede tildarse de no legal por el mero hecho de no haber cumplido con las formalidades administrativas impuestas por la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor del RD 240/2007, de 16 de febrero, que impuso la inscripción en el Registro Central de Extranjeros para los ciudadanos de la Unión Europea que pretendiesen permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses.

Declara la Sentencia que ha de partirse de que el art.7.5 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, equipara, entre otros, a los portugueses «*que residen en territorio español*» con los españoles, a efectos de considerarlos comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva. Por otro lado, debe aplicarse también la normativa comunitaria sobre Seguridad Social. En concreto, el Reglamento 1408/1971 de la Unión Europea (en vigor en el momento de solicitud de la prestación, aunque actualmente haya sido derogado por el Reglamento 883/2004), equipara, en sus artículos 1, letra h), y 10.bis.1, el término «residencia» con «estancia habitual», siendo su ámbito personal de aplicación el de los trabajadores por cuenta propia o ajena, así como estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o diversos Estados miembros, y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y supervivientes (normativa aplicable a la actora al desprenderse del expediente administrativo obrante en autos que la actora tuvo tres hijos durante los años 1974, 1976, y 1978, nacidos en Barcelona). Y este Reglamento resulta de aplicación, en virtud del apartado 2bis de su artículo 4, a las «*prestaciones especiales de carácter no contributivo*», entre las cuales quedaría incluida la jubilación no contributiva, de conformidad con su Anexo II.bis. En aplicación de tal normativa comunitaria, la actora habría acreditado sobradamente la residencia, entendida como «estancia habitual», durante un período muy superior a los diez años, al residir en España desde el año 1974.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

b) *Requisitos del beneficiario*

La **STS de 12 de marzo de 2013**, IL J 364/2013, confirma que para el reconocimiento de una prestación IPA en el RETA, no resulta necesario que el solicitante se encuentre en alta o en situación asimilada en el momento de la solicitud, siempre que se reúna el periodo mínimo de carencia necesario. Ello es así porque la disposición adicional Octava de la LGSS –al menos desde la redacción dada por la Ley 66/1997– extendió, en términos generales, la aplicación del art. 138 de la propia norma a todos los regímenes especiales. Así pues, fue el legislador quien, en línea con antigua jurisprudencia interpretativa al respecto del requisito del alta, en este último precepto (art. 138 LGSS), y en lo referente a las pensiones de IPA y gran invalidez derivadas de contingencias comunes, establece en su núm. 3 que las mismas podrán causarse aunque los interesados no estén en alta en el momento del hecho causante, siempre que reúnan el periodo mínimo de 15 años de cotización, distribuidos en la forma que el propio precepto contempla. En tal caso, los efectos se producen desde la solicitud de reconocimiento de la incapacidad tal como dispone el art. 3 del Real Decreto 1799/1985 para los supuestos de no alta.

También en relación al RETA, la **STS de 11 de marzo de 2013**, IL J 471/2013 se pronuncia sobre la determinación de si la cantidad ingresada por la beneficiaria, en concepto de cuotas adeudadas por descubierto a los efectos de poner a lucrar la pensión por IP, tras invitación al pago efectuado por la TGSS, puede imputarse a otras deudas anteriores que la actora mantenía con otro régimen de la Seguridad Social. Conforme a los hechos, el INSS, previa propuesta del EVI a favor del reconocimiento de la situación de IPT, le denegó la prestación por tal concepto con cargo al RETA, por no encontrarse la interesada al corriente en el pago de cuotas, cursándose la correspondiente invitación al pago. Ante esta invitación, la actora ingresó el importe total de la deuda que mantenía en sus cotizaciones en el RETA; pero el ingreso se imputó a deudas anteriores de la beneficiaria con otro régimen de Seguridad Social y la prestación fue denegada. Siguiendo la doctrina establecida por la STS de 2 de diciembre de 2008 (RCUD 663/08), en supuestos similares, considera que se trata de un pago voluntario –ante una invitación a tal efecto efectuado por la entidad gestora– que debe quedar al margen de otros requerimientos ejecutivos por deudas distintas con la Seguridad Social. La fundamentación jurídica se basa: en la disposición adicional 39 LGSS, donde se contempla la exigencia de que el causante esté al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena; a tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, cualquiera que sea el Régimen de seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta; en tal sentido, el art. 28.2 del Decreto 2530/1970 regula la invitación al pago, donde se establece que si cubierto el periodo mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de éste Régimen especial no estuviera al corriente en

el pago de las cotizaciones exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas, y si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada; a su vez, el art. 29 LGSS dispone en relación a la imputación de los ingresos realizados por deudas que, sin perjuicio de las especialidades previstas en esta Ley para los aplazamientos y en el ordenamiento jurídico para el deudor incurso en procedimiento concursal, el cobro parcial de la deuda apremiada se imputará, en primer lugar, al pago de la que hubiera sido objeto del embargo o garantía cuya ejecución haya producido dicho cobro y, luego al resto de la deuda. En base a esta fundamentación, el TS reitera que: *«El sentido de la norma es claro: para quien ha completado el periodo de cotización, pero no se halla al corriente de las cotizaciones, se prevé que la entidad gestora curse una invitación al pago de las cuotas adeudadas y si éstas se abonan se estima que el trabajador se halla al corriente a efectos de reconocer la correspondiente prestación. (...) El ingreso de las cuotas se produjo, pero la prestación no se ha reconocido, porque se entiende que el pago realizado, aunque efectuado para cumplir la invitación y, por tanto, referido a las cuotas adeudadas en el RETA, se ha asignado para las cuotas que el actor debe como empresario en el Régimen General. Se cita para mantener esa conclusión el artículo 29 de la Ley General de la Seguridad Social, pero esta norma no ofrece la cobertura necesaria para realizar esta imputación del pago realizado. (...) Es claro que el precepto está contemplando un supuesto de ejecución (...). Pero aquí no estamos ante la realización de un embargo o de una garantía, sino ante un pago realizado voluntariamente atendiendo a una previa invitación de la gestora, con independencia de que, al margen de ello, se esté realizando una ejecución en vía administrativa para obtener éstas u otras cuotas debidas. (...), sino de un pago que responde a un acuerdo con la Entidad Gestora, que ha formulado la correspondiente invitación en este sentido; invitación que ha sido aceptada y que crea para esa entidad obligaciones en el marco de la acción protectora, que luego no puede desconocer».*

Sobre los requisitos de acceso a la prestación por IP se pronuncia la **STS de 18 de abril de 2013**, IL J 682/2013, reiterando la doctrina jurisprudencial relativa al cálculo de la base reguladora de una pensión de IPT reconocida a un asegurado del Régimen Agrario de la Seguridad Social, consistiendo concretamente en determinar si los días-cuota han de ser tenidos en cuenta a los efectos de la aplicación del art. 155.1 LGSS, que rige en este punto el entero sistema de Seguridad Social (disp. adic. 8ª Ley 40/2007). En este sentido, las sentencias de pleno o sala general del TS de 28 de enero de 2013 (rcud 812/2012, 814/2012 y 815/2012), y posteriormente la STS de 17 de abril de 2013 (rcud 2357/2012) han resuelto la cuestión controvertida, con base en una serie de razones se pueden resumir como sigue: 1) desde la sentencia en interés de ley de esta Sala de 10 de junio de 1974 se entiende que los días-cuota son hábiles para completar el período de carencia de los asegurados; 2) esta doctrina legal no es extensible a otros posibles efectos, como indica la propia sentencia, y como reiteran las sentencias de 24 de octubre de 1995 (rcud 735/1994), para el porcentaje que sirve para el cálculo de las pensiones, y de 25 de junio de 2008 (rcud 2502/2007), para la fijación de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial; 3) la finalidad de la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007 ha sido precisar y limitar el alcance de los efectos de los días-cuota y no extenderlos.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La **STSJ de Cataluña, de 4 de enero**, IL J 435/2013 recuerda, que el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente, queda condicionado a que sean acreedoras de la pensión compensatoria (a la que se refiere el art. 97 del Código Civil), tras la nueva redacción dada por la Ley 40/2007 del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (para aquéllas cuyo hecho causante aconteciera con posterioridad al 1 de enero de 2008), precepto que tal y como ya hemos señalado en éstas páginas, al utilizar la expresión «en todo caso», deja lugar a pocas dudas acerca de la decisión del legislador de condicionar el derecho a pensión de viudedad de los separados o divorciados, al doble requisito consistente en que se sea acreedor de pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del ex cónyuge y que esa pensión se extinga con ocasión de tal deceso; abunda en el mismo sentido realizar una interpretación finalista del precepto (interpretación también reiterada por la jurisprudencia): si la pensión de viudedad pretende ser una prestación de sustitución de las rentas compensatorias que el separado o divorciado percibía de su ex cónyuge, la lógica de esa finalidad exigirá taxativamente que la viudedad sólo se cause si, de un lado, esas rentas existían materialmente, y de otro, si las mismas se dejan de percibir con ocasión y a consecuencia del fallecimiento del obligado a su pago.

Es decir, de alguna manera el legislador ha introducido un nuevo requisito en esta prestación: el de acreditación del real perjuicio económico causado al solicitante por el fallecimiento del causante, si bien, excepcionalmente se podrá causar derecho a la pensión de viudedad sin la existencia previa de la referida pensión compensatoria en aquellos casos en los que la mujer pueda acreditar ser víctima de violencia género (nueva redacción del primer párrafo del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS en vigor desde enero de 2010); excepción que para muchos ha venido a reforzar la conclusión señalada.

La **Sentencia TSJ de Madrid, de 25 de febrero de 2013**, IL J 525/2013, vuelve a tratar los requisitos, en relación con la pensión de viudedad para las parejas de hecho, en un supuesto en el que si bien se cumple el requisito material, es decir, la convivencia con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, no se cumple el requisito formal, ya que la constitución de la pareja de hecho, la realizaron fuera del plazo que establece el art. 174.3 de la LGSS: recuérdese que tanto la inscripción como pareja de hecho, como la formalización del correspondiente documento público, deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

La citada sentencia, recoge la última doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular (entre otras las SsTS 20/07/10, 26/12/11, 28/02/12, 21/02/12 y 12/03/12); y como resumen explicativo de los requisitos para éstos supuestos, señala que:

«a) Que el apartado “3” establece la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro supérstite 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 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 –de la pensión– únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”».

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) **Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza.**
 - B) **Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.**
 - a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales.
 - b) Infracciones en materia de Seguridad Social.
 - c) Infracciones por obstrucción a la labor inspectora.
-

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Nuestro propósito en esta crónica es poner de relieve las principales novedades normativas y judiciales aparecidas en el último período en materia de Derecho Administrativo Laboral.

a) En el terreno normativo, y en la medida en que incorpora importantes novedades en la LISOS, es imprescindible hacer referencia al Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

De un lado, a través de esta norma, se procede a la modificación del art. 22.13 LISOS, a efectos de salvaguardar el principio de proporcionalidad en la tipificación de la infracción grave del empresario en materia de Seguridad Social contenida en este precepto, consistente ahora en el incumplimiento de la obligación de comunicar a la entidad gestora de la prestación por desempleo, con carácter previo a su efectividad, las medidas de despido colectivo o de suspensión o reducción de jornada, además de las variaciones originadas sobre el calendario inicialmente dispuesto –únicas a las que antes se extendía la infracción–.

De otro lado, también se da nueva redacción a los tipos infractores previstos en los arts. 24 y 25 LISOS, relativos a las infracciones leves y graves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones. Fundamentalmente, y conforme indica la Exposición de Motivos, la modificación está dirigida a adaptar el régimen de infracciones a la novedad, introducida por el mismo Real Decreto-ley, de que la inscrip-

ción como demandante de empleo y el mantenimiento de la misma pasan a ser requisitos necesarios para percibir y conservar el derecho a la prestación y subsidio por desempleo (arts. 209.1 LGSS y concordantes). Asimismo, la variación de alguno de los tipos también responde al interés por reforzar la validez de las citaciones y comunicaciones efectuadas por medios electrónicos, siempre que los beneficiarios de las prestaciones por desempleo hayan expresado previamente su consentimiento.

Finalmente, el Real Decreto-ley 11/2013 incorpora otras dos novedades, vinculadas al régimen sancionador dispuesto en la LISOS. Por una parte, tanto como consecuencia de los cambios en algunos de los tipos reformados, como también a efectos aclaratorios, se da nueva redacción a algunos de los apartados del art. 47 LISOS, por el que se regulan las sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de empleo y de Seguridad Social. Por otra parte, se modifica también el tenor del art. 48.5 LISOS, en relación con la atribución de la competencia sancionadora sobre las infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo contenidas en los arts. 24.3 y 25.4 LISOS. Seguramente, esta última modificación está relacionada con las conclusiones alcanzadas por la STC 104/2013, de 25 de abril, por la que, respecto a los ilícitos indicados, se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la anterior atribución de la competencia sancionadora a la entidad gestora de dichas prestaciones—el Servicio Público de Empleo *Estatal*—, pues, en tanto que se trata de incumplimientos de obligaciones no relacionadas directamente con la actividad económica de Seguridad Social, se consideró que la competencia ejecutiva—incluida la sancionadora—corresponde a las Comunidades Autónomas. Pues bien, ahora, con una redacción neutra a efectos competenciales, el nuevo tenor del art. 48.5 LISOS pasa a indicar que, si bien la competencia sancionadora sobre las infracciones de solicitantes o beneficiarios de prestaciones de desempleo corresponde a la entidad gestora de éstas, ello es así «salvo en el supuesto de las infracciones contenidas en los artículos 24.3 y 25.4 de esta Ley, en el que la imposición de la sanción corresponderá al servicio público de empleo *competente* que comunicará la sanción, en el momento en que se imponga, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para su ejecución por ésta».

b) Junto a lo dicho, el contenido de la crónica se completa con un repaso a las principales sentencias publicadas en materia administrativa laboral en los números 4, 5 y 6 de 2013, de la revista *Información Laboral*. De entre ellas, por la relevancia del órgano emisor y la dimensión de la materia, seguramente la de mayor interés es la **STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-342/13, IL J 446/2013**, relacionada con el conflicto existente entre la atribución a la Administración de facultades inspectoras sobre los registros de tiempo de trabajo implantados en las empresas y el debido respeto a la protección de los datos personales de los trabajadores contenidos en dichos registros.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

De entrada, sirva la mención a la **SAN, Sala Social, de 7 de marzo de 2013, IL J 354/2013**, para recordar la conocida doctrina sobre la presunción de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social—en este caso, respecto a una infracción por obs-

trucción—. En este pronunciamiento se vuelve a reiterar que dicha eficacia probatoria se extiende únicamente a «los hechos» plasmados en el acta, y en particular, se declara que merece tal calificación —y no la de suposición subjetiva— la afirmación del órgano inspector de que, en atención a su diversa apariencia física, los trabajadores comparecientes en las oficinas de la Inspección eran personas distintas a las previamente observadas prestando servicios en el centro de trabajo, pues, entiende la Sentencia que se trata de hechos susceptibles de percepción directa por el Inspector o inmediatamente deducibles de aquéllos.

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales

En este ámbito ha de hacerse necesaria referencia a la ya destacada **STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-342/13, IL J 446/2013**, dictada a propósito de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial portugués, en relación con un proceso de impugnación de resolución sancionadora recaída sobre una empresa por no haber cumplido su deber normativo de permitir a la autoridad administrativa inspectora la consulta inmediata en el centro de trabajo del registro de tiempo de trabajo de los trabajadores. En este contexto, el objeto principal de la Sentencia es esclarecer la compatibilidad entre la obligación empresarial cuyo incumplimiento se sanciona y el contenido de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En su respuesta, como premisa inicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma que el art. 2.a) de la Directiva 95/46/CE debe interpretarse en el sentido de que un registro del tiempo de trabajo, que incluye la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos de descanso correspondientes, queda comprendido en el concepto de «datos personales» a efectos de dicha disposición. A su vez, indica que del art. 17.1 de la Directiva deriva que los Estados miembros deben establecer la obligación del responsable del tratamiento de los datos personales —en este caso, la empresa— de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas para la protección de los datos personales. Ahora bien, también la Sentencia recuerda que, conforme a la citada Directiva, los datos deben ser recogidos con fines legítimos y adecuados (art. 6.1.b) y c)) y que el tratamiento de los datos personales es lícito si es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento o, también, cuando es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos.

Pues bien, según indica el Tribunal, tales presupuestos concurren en la situación analizada, en que los datos personales que figuran en el registro del tiempo de trabajo se recaban con el fin de cumplir con la normativa sobre las condiciones de trabajo, teniendo en cuenta que el tratamiento de estos datos resulta necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que está sometido el empleador y para la ejecución de las labores de control confiadas a la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo. A este respecto señala que, conforme a la jurisprudencia comuni-

taria, la obligación del empleador de proporcionar a dicha autoridad el acceso inmediato al registro del tiempo de trabajo puede resultar necesaria si contribuye a una aplicación más eficaz de la normativa en materia de condiciones de trabajo. Asimismo, la Sentencia comentada conecta estas afirmaciones con lo dispuesto en la Directiva 2000/88, sobre ordenación del tiempo de trabajo, y en especial, con lo previsto en su art. 22.1.d), que, en las circunstancias en él descritas, permite que los Estados miembros prevean medidas para garantizar que los registros de tiempo de trabajo se pongan a disposición de las autoridades competentes.

Razona al respecto el Tribunal que la obligación empresarial de permitir la consulta inmediata del registro del tiempo de trabajo podría evitar cualquier posibilidad de alteración de los datos en el intervalo que media entre la visita de inspección de las autoridades nacionales competentes y el control efectivo de tales datos por dichas autoridades. En cualquier caso, precisa que corresponde al órgano judicial remitente examinar si el deber del empleador de dar acceso inmediato a la autoridad competente al registro del tiempo de trabajo puede considerarse necesario para el cumplimiento de su labor de supervisión de las condiciones de trabajo.

En definitiva, y en atención a los argumentos expuestos, la **STJUE de 30 de mayo de 2013** concluye que:

«Los artículos 6, apartado 1, letras b) y c), y 7, letras c) y e), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el ejercicio por esta autoridad de la misión de supervisión que le incumbe en relación con la normativa sobre condiciones de trabajo y, especialmente, de la relativa al tiempo de trabajo».

Aun cuando sentada en relación con la legislación portuguesa –que obliga expresamente a los empresarios a mantener un registro del tiempo de trabajo–, es evidente que esta doctrina puede resultar perfectamente trasladable a la normativa española, que, por un lado tipifica como infracción empresarial la transgresión de las normas sobre tiempo de trabajo (art. 7.5 LISOS), y por otro faculta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para examinar en el centro de trabajo la documentación y los libros de la empresa con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, haciendo específica referencia, entre ellos, a los registros –incluidos los programas informáticos y archivos en soporte magnético– (art. 5.3.3 Ley 42/1997).

b) Infracciones en materia de Seguridad Social

En esta materia destaca, sin duda, la **STS, Sala Social, de 28 de mayo de 2013, IL J 606/2013**, que, respecto a la percepción del subsidio de desempleo y a efectos de su mantenimiento, determina cuál es el marco temporal de cómputo de las rentas percibidas

en supuestos en que el beneficiario obtiene una plusvalía en un solo acto –v.gr. venta de inmueble o de activo financiero–. El pronunciamiento trae origen de un supuesto relativo a una beneficiaria del subsidio de desempleo para mayores de 52 años que, habiendo obtenido unas ganancias patrimoniales por la venta de unos fondos de inversión en fecha 3 de agosto y 28 de septiembre de 2009, y habiendo presentando ante la entidad gestora la correspondiente declaración anual de rentas el 16 de noviembre de 2010, recibe notificación de una resolución del Servicio Público de Empleo, por la que se le comunica la extinción del subsidio y la obligación de reintegrar la cantidad de 5.459,19 euros por el concepto de prestaciones indebidamente percibidas durante el período comprendido entre el 28 de septiembre de 2009 y el 30 de octubre de 2011, por no haber comunicado en tiempo y forma al organismo competente que había dejado de reunir el requisito de carencia de ingresos superiores al 75% del SMI –todo ello, en aplicación del tipo infractor grave del art. 25.3 LISOS y de la sanción establecida en el art. 47.1.b) LISOS–. Habiendo sido confirmadas estas conclusiones en la sentencia de suplicación, el Tribunal Supremo, sin embargo, procede a la anulación de dicho pronunciamiento, en aplicación de la doctrina de la Sala, contenida especialmente en la STS/IV de 28 de octubre de 2010 (recud. 706/2010), y que supone hacer valer el criterio de que cuando la superación del límite legal de rentas afecte a un período inferior a doce meses –como ocurre cuando las rentas corresponden a un único pago percibido en un mes concreto– procederá la suspensión del subsidio de desempleo y no su extinción.

En su fundamentación, la **STS, Sala Social, de 28 de mayo de 2013** reproduce diversos fragmentos de la citada Sentencia de 2010, como el que sigue:

«tras la reforma de la Ley 45/2002, el art. 219.2 LGSS determina cuáles hayan de ser las consecuencias de la falta de concurrencia de aquella situación económica determinante del derecho mismo y distingue dos efectos distintos, según se deje reunir el requisito de carencia de rentas por tiempo inferior o igual o superior a doce meses. De este modo, la obtención de rentas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcancen los doce meses, provocará la suspensión del subsidio, que podrá reanudarse en el momento que se acredite de nuevo la carencia. Por el contrario, el mantenimiento de esa situación por tiempo superior; extingue el subsidio», con la consecuencia de que “El cambio incide en el sistema de cómputo, como entendió la STS de 8 de febrero de 2006 (rcud. 51/2005) que afirmaba que ‘se han alterado de manera sustancial los presupuestos legales que sustentaban la doctrina jurisprudencial del cómputo anual de las rentas familiares. En la nueva regulación el legislador establece a cargo de la entidad gestora un control o seguimiento constante de las situaciones de necesidad que dan lugar a la percepción del subsidio, permitiendo a cambio que los asegurados recuperen inmediatamente el derecho al subsidio cuando se reproduce la situación de necesidad tras la desaparición de la percepción de rentas esporádicas. [...] Siendo ello así, lo lógico es proceder al cómputo mensual o en unidades temporales reducidas de las rentas familiares, en lugar de al cómputo anual. Tal cómputo mensual o en unidades temporales reducidas es por razones evidentes más adecuado para alcanzar dicho propósito de ajuste entre situación de necesidad y acción protectora, no comportando ya, para los supuestos de obtención de rentas o ingresos esporádicos («por tiempo inferior a doce meses»), la consecuencia inaceptable de pérdida del derecho que llevaba consigo la extinción de la prestación asistencial en la legislación anterior”».

Asimismo, en aplicación de esta doctrina, y en palabras propias, la **STS, Sala Social, de 28 de mayo de 2013** afirma que:

«tras la reforma de la Ley 45/2002, para la distinción entre el efecto suspensivo o extintivo, la norma legal no atiende a las cuantías, sino a la reiteración en el tiempo de la superación de las rentas por lo que, como se ha indicado, la obtención de rentas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcance los doce meses, provoca la suspensión del subsidio, que podrá reanudarse en el momento que se acredite de nuevo la carencia».

Por tal razón, en el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo declara que la obligación de reintegro del subsidio de desempleo debe ceñirse a lo abonado en el mes de septiembre de 2009, período en que debió quedar suspendida su percepción, sin apreciar tampoco que se produjera ocultamiento de la renta percibida, dado que ésta figuraba en la correspondiente declaración tributaria aportada.

c) Infracciones por obstrucción a la labor inspectora

Finalmente, las **SSAN, Sala Social, de 7 de marzo de 2013, IL J 354/2013 y de 8 de abril de 2013, IL J 353/2013**, constituyen ejemplos de la aplicación del tipo infractor por obstrucción a la labor inspectora contenido en el art. 50.4.a) LISOS, por el que se tipifica como infracción muy grave la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentran en el centro de trabajo realizando cualquier actividad. En ambos pronunciamientos se constata la concurrencia de la conducta infractora y se confirma la consiguiente sanción a la empresa. En la **SAN de 7 de marzo de 2013**, la resolución sancionadora se ratifica en un supuesto en que, pese a la posterior comparecencia en las oficinas de la Inspección de Trabajo, los trabajadores comparecientes son personas distintas a las que realmente fueron vistas por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social en la previa visita al centro de trabajo. Por su parte, de la **SAN de 8 de abril de 2013** interesa destacar que, a efectos de graduación de la multa económica, considera que el hecho de ser once los trabajadores afectados u ocultados –número que se considera elevado– y tratarse además de una obstrucción continuada justifica que la sanción deba imponerse en su grado medio, aunque no en su grado máximo (art. 39.2 LISOS).

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) **Expedientes de regulación de empleo.**
 - a) Fijación de la indemnización derivada de un ERE aprobado por la Autoridad Laboral.
 - b) Despido tras la anulación de la resolución administrativa que autorizó un ERE.
 - B) **Personal de la Administración.**
 - C) **Relación laboral aunque se facturara mediante una sociedad.**
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **TRADE: inadaptación del contrato mercantil en plazo.**
 - B) **Transportista socio de una cooperativa.**
 - C) **Conflicto colectivo versus conflicto de interés o económico.**
 - D) **Impugnación de acuerdo municipal que afecta a personal laboral y funcionario.**
 - E) **Director Técnico de proyecto en el extranjero subvencionado por la Administración.**
4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL COLECTIVA DE CONDICIONES DE TRABAJO.
5. DEMANDA. VARIACIÓN SUSTANCIAL.
6. EXCEPCIONES.
 - A) **Caducidad.**
 - B) **Cosa juzgada.**
 - C) **Falta de legitimación activa.**
 - D) **Falta de legitimación pasiva.**
 - E) **Falta de litisconsorcio pasivo necesario.**
 - F) **Prescripción.**
7. PRUEBA. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.
8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
 - A) **No se descuentan los ingresos percibidos como trabajador por cuenta propia.**
 - B) **Eliminación de los salarios de tramitación por el Real Decreto Ley 3/2012. Irretroactividad.**

- C) **Error excusable.**
 - D) **Salarios de tramitación acordados en conciliación administrativa.**
 - E) **Prestación por desempleo.**
9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. IMPROCEDENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL.
10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.
- A) **Contradicción.**
 - B) **Escrito de interposición.**
11. RECURSO DE REVISIÓN. SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA.
12. TEMERIDAD Y MALA FE.
-

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 4, 5 y 6 del año 2013 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Expedientes de regulación de empleo

a) *Fijación de la indemnización derivada de un ERE aprobado por la Autoridad Laboral*

La **STS de 18 de febrero de 2013**, Sala Cuarta, IL J 383/2013, estima la competencia del orden social de la jurisdicción, para conocer de la reclamación de cantidad interpuesta por una trabajadora cuyo contrato de trabajo se extinguió en virtud de un ERE autorizado previo a la reforma del año 2012. Señala el TS que es competente el orden social y no el contencioso-administrativo, por cuanto la resolución administrativa únicamente autorizó el ERE y la lista de trabajadores afectados, pero sin mencionar las indemnizaciones ni el salario regulador que se utilizaría para su cálculo. En consecuencia, el conocimiento de la reclamación que se interpone contra la decisión empresarial de no incluir el incentivo en el salario regulador de la indemnización (tal y como se había acordado durante la negociación del ERE) recae en el orden social.

b) *Despido tras la anulación de la resolución administrativa que autorizó un ERE*

La **STS de 22 de marzo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 483/2013, reconoce la competencia del orden social para conocer de la demanda por despido interpuesta por un trabajador que no es readmitido, tras que la jurisdicción contencioso-administrativa anulase la resolución administrativa que autorizó un ERE. La Sala reitera que (i) la eficacia de la sentencia que anula una resolución administrativa que autoriza un ERE tiene efecto *erga omnes* y, (ii)

una vez anulada la resolución administrativa, el trabajador que no es readmitido dispone de una acción de despido ejercitable ante la jurisdicción social, ya que no se impugna la resolución administrativa sino un acto empresarial posterior.

B) Personal de la Administración

También declara la competencia de la jurisdicción social la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 30 de enero de 2013**, IL J 402/2013. En este supuesto se trataba de conocer de la reclamación por despido interpuesta por una empleada ligada a un Ayuntamiento mediante sucesivos contratos temporales (eventuales y por obra y servicio). Entiende el TSJ que, en la medida en que el trabajo realizado por la actora no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público para el personal eventual, al no desempeñar funciones de «confianza y asesoramiento especial», sino funciones permanentes dentro de la organización del Ayuntamiento, su contrato debe considerarse laboral y su cese calificarse como un despido improcedente. En sentido similar se pronuncia la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de febrero de 2013** IL J 641/2013 que, citando la sentencia anterior, señala la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda por despido interpuesta por quién prestaba servicios como psicóloga para la Junta de Andalucía al entender que, a pesar de haberse suscrito un contrato calificado formalmente como administrativo, éste no reunía los requisitos exigidos por la legislación vigente y debía, por tanto, calificarse como laboral. Igualmente, en la misma línea se manifiesta la **STJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de febrero de 2013** IL J 643/2013, al reiterar la existencia de una relación laboral con quien había suscrito sucesivos contratos de consultoría y asistencia con la Junta de Andalucía, no para la realización de un producto determinado, entendido como un objeto físico (por ejemplo, un proyecto, dictamen, etc.), sino insertándose dentro de la organización y el círculo rector de la Administración.

C) Relación laboral aunque se facturara mediante una sociedad

La **STS de 25 de marzo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 694/2013 sostiene que es competente la jurisdicción social para conocer de la demanda interpuesta por quien había suscrito un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa dependiente de la Secretaría General de Comunicación de la Xunta de Galicia. El TS considera que concurren las notas de dependencia y ajenidad propias de la relación laboral, aun cuando en los tres años anteriores a la extinción de la relación, el actor había facturado sus servicios a través de una sociedad constituida con su esposa (también trabajadora de la empresa demandada). Así, el TS considera que el modo en el que se pactara la retribución no cambia la verdadera naturaleza laboral de la relación mantenida entre las partes.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) TRADE: inadaptación del contrato mercantil en plazo

La **STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2013**, IL J 417/2013, en línea con la jurisprudencia del TS, señala que el orden social de la jurisdicción es incompetente para conocer

de la reclamación de cantidad interpuesta por un trabajador autónomo, tras la extinción de su relación mercantil. Tal incompetencia se fundamenta en que el contrato mercantil se suscribió con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2007, del Trabajador Autónomo, sin que se hubiera adaptado al régimen previsto para los TRADE en el plazo establecido por la Disposición Transitoria 2ª de dicha norma.

B) Transportista socio de una cooperativa

La **STJS de Valencia de 15 de enero de 2013**, IL J 564/2013, reitera que quedan excluidas del orden social las reclamaciones interpuestas por transportistas que utilizan vehículos que requieren de autorización administrativa para circular. Esta regla contenida en el art. 1.3.g) ET se aplica en el presente caso, ya que el actor era socio de la Cooperativa titular de la autorización administrativa del vehículo y a la que el actor había cedido el uso del vehículo. Considera el TSJ que ni la relación del actor con la Cooperativa, ni con la empresa cliente para la que transportaba las mercancías puede calificarse como laboral.

C) Conflicto colectivo versus conflicto de intereses o económico

La **SAN de 26 de abril de 2013**, IL J 601/2013, conoce de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por un sindicato. Éste solicitaba el derecho de determinados trabajadores a percibir los complementos salariales pactados en el convenio colectivo, aun cuando estos complementos se habían acordado únicamente para los trabajadores en activo en el momento de producirse una determinada operación societaria. La Audiencia Nacional, haciendo suya la jurisprudencia del TS, declara la incompetencia del orden social: considera que la demanda no se encuadra en el concepto de conflicto colectivo, por cuanto la controversia no puede ser solventada aplicando una norma jurídica. Muy al contrario, lo que se pretende es la modificación de las condiciones de trabajo preestablecidas en el convenio colectivo, lo que no tiene cabida en el procedimiento de conflicto colectivo. Cuestión distinta, señala la Sala, es que los actores hubieran impugnado el convenio, en cuyo caso sí podría haber valorado si tales complementos salariales vulneraban el principio de igualdad.

D) Impugnación de acuerdo municipal que afecta a personal laboral y funcionario

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de febrero de 2013**, IL J 644/2013, declara la incompetencia del orden social para conocer de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por un sindicato contra el acuerdo municipal que estableció una reducción salarial para el personal (laboral y funcional) del Ayuntamiento. La Sala señala que cuando el conflicto colectivo afecta a una pluralidad de colectivos y no sólo al personal laboral, no puede atribuirse la competencia en su conjunto al orden social. Lo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones individuales que, en su caso, pudiera interponer el personal laboral ante la jurisdicción social.

E) Director Técnico de proyecto en el extranjero subvencionado por la Administración

La **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2013**, IL J 532/2013, conoce de la demanda interpuesta por el Director Técnico del proyecto de restauración de patrimonio histórico en Jordania subvencionado por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID). El TSJ declara la incompetencia de la jurisdicción social al considerar que, pese a que el actor percibía su retribución de la AECID, el proyecto dependía del Ministerio Jordano. De este modo, la AECID se limitaba a proporcionar técnicos y los remuneraba con cargo a una subvención, pero los técnicos gozaban de plena autonomía e independencia. Igualmente, el hecho de que la AECID abonara al actor los gastos de electricidad, teléfono o alojamiento no se considera por el TSJ como un elemento determinante de la laboralidad de la relación, sino que responde al apoyo material al proyecto.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL COLECTIVA DE CONDICIONES DE TRABAJO

La **SAN de 19 de abril de 2013**, IL J 456/2013, desestima la excepción de falta de agotamiento del intento de conciliación previo alegada por la empresa demandada, en un procedimiento de conflicto colectivo. Considera la Sala que es aplicable el art. 64 LRJS que excepciona de la necesidad de conciliación previa la impugnación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En concreto, se razona que dado que el artículo 64 LRJS utiliza el plural y no distingue entre procesos individuales y colectivos, debe entenderse que la excepción aplica a todos los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sean individuales o colectivos.

5. DEMANDA. VARIACIÓN SUSTANCIAL

La **SAN de 13 de marzo de 2013**, IL J 356/2013, recuerda que el art. 85.1 LRJS prohíbe que en el acto del juicio se introduzcan variaciones sustanciales respecto de lo contenido en la demanda. Por ello, en el caso enjuiciado concluye que, dado que en el escrito de demanda no se hizo ninguna referencia a las supuestas irregularidades ocurridas en las votaciones del referéndum que tuvo lugar en el marco de un procedimiento de modificación sustancial, la Sala no debe pronunciarse sobre dichas alegaciones por tratarse de un hecho nuevo que varía sustancialmente la demanda y que, por ello, genera manifiesta indefensión en los demandados, quienes no pudieron razonablemente preparar su defensa al respecto.

6. EXCEPCIONES**A) Caducidad**

La **SAN de 25 marzo de 2013**, IL J 359/2013, reitera la doctrina de la Sala al afirmar que, como prevé el art. 138.1 LRJS, la impugnación de las modificaciones sustanciales están

sometidas al plazo de caducidad, se haya seguido o no por la empresa el procedimiento del art. 41 ET. Por su parte, la **STS de 23 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 613/2013, analiza un supuesto en el que la Administración, a la hora de resolver una reclamación previa en materia de despido, incluyó en su resolución datos erróneos acerca del cómputo del plazo para la interposición de la posterior demanda judicial. Siguiendo las erróneas indicaciones incluidas en la resolución, el trabajador interpuso su demanda por despido fuera del plazo de caducidad legalmente establecido. A pesar de ello, la Sala concluye, con base en la doctrina constitucional sobre la materia, que la acción no debe entenderse caducada, ya que lo contrario supondría admitir que la Administración se beneficiaría de sus propias irregularidades al haber realizado una notificación defectuosa. La **SAN de 26 de abril de 2013**, IL J 600/2013, confirma que el cómputo del plazo de caducidad de la acción para impugnar la decisión de suspensión temporal de contratos de trabajo regulada en el art. 47 ET, no se activa desde la fecha de la conclusión con acuerdo del periodo de consultas, sino desde la fecha de la comunicación escrita por parte de la empresa a los representantes de los trabajadores, ya que el art. 20.6 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, establece que dicha comunicación por escrito a los representantes debe realizarse en todo caso, tanto si se ha alcanzado un acuerdo durante el periodo de consultas, como si no. Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha, de 21 de febrero de 2013**, IL J 655/2013, establece, en relación con el inicio del plazo de caducidad de la acción por despido en caso de trabajadores fijos discontinuos, que el *dies a quo* no es el momento en que termina el último periodo de servicio, sino cuando el demandante tiene el cabal conocimiento de que no va a ser convocado para el siguiente periodo, lo cual, en el caso enjuiciado, se entiende que se produjo cuando, tratándose de un profesor, el empleador le comunicó verbalmente que no le iba a contratar para el curso que debía iniciarse en dicha fecha.

B) Cosa juzgada

La **STS de 27 de marzo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 630/2013, analiza el cumplimiento de los requisitos para estimar la excepción de cosa juzgada. La Sala concluye que, en el caso enjuiciado, no se da la triple identidad necesaria entre sujetos, objeto y fundamentos de pedir porque, «(...) aunque concurre la identidad subjetiva y también una identidad en los elementos jurídicos de la pretensión, el objeto no es el mismo, pues aunque se trata en ambos supuestos de la reparación de los daños derivados de la exclusión de la bolsa de empleo, estamos ante un periodo distinto en el que se han proyectado también los efectos de esa exclusión y, en consecuencia, lo que se reclama no es lo mismo que se reclamó en el anterior proceso (...)». A pesar de ello, la Sala considera que sí deberá aplicarse el efecto positivo de cosa juzgada, en la medida en que lo decidido en el primer proceso actúa en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona.

C) Falta de legitimación activa

La **STS de 13 de febrero de 2013**, Sala Cuarta, IL J 355/2013, entiende que el sindicato que instó la demanda de conflicto colectivo tiene legitimación activa para ello, ya que el

ámbito de actuación del mencionado sindicato es superior al del conflicto planteado y ello, aunque no tenga ningún representante en el comité de empresa de la demandada, ni conste que algún afiliado a dicho sindicato pueda resultar afectado por la estimación de la demanda. Por el contrario, la **SAN de 27 de mayo de 2013**, IL J 589/2013, concluye que en el caso analizado ni el sindicato actuante, ni el actor en calidad de delegado sindical de una sección sindical cuyo ámbito se circunscribe a un único centro de trabajo, tienen legitimación activa para la impugnación de un acuerdo de ámbito nacional que no suscribieron, y cuyo ámbito territorial de afectación excede, con mucho, el que les es propio.

D) Falta de legitimación pasiva

La **SAN de 19 de abril de 2013**, IL J 456/2013, declara, en el marco de una sucesión de empresa regulada en el art. 44 ET, la falta de legitimación pasiva de la empresa cedente en relación con una modificación sustancial de condiciones de trabajo que tuvo lugar con posterioridad. En virtud de lo establecido en el apartado 3 del art. 44 ET, el cedente no responde de las obligaciones nacidas con posterioridad a la cesión, salvo que fuera declarada delito, lo cual no sucedía en el caso enjuiciado.

E) Falta de litisconsorcio pasivo necesario

La **SAN 17 de abril de 2013**, IL J 459/2013, analiza un supuesto sobre la validez de una medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo, siendo una de las razones de pedir que la negociación no se había desarrollado de buena fe como consecuencia de que el periodo de consultas se había llevado a cabo junto con otras doce empresas del mismo grupo, y no específicamente con los representantes de la demandada. Como consecuencia de ello, la AN concluye que «(...) las empresas concernidas, así como el propio grupo, deben tener la oportunidad de personarse en el pleito, ya que se verán inexorablemente afectados por la decisión que aquí se adopte (...)». Por ello, se aprecia de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario y se declara la nulidad de lo actuado a partir del momento de la admisión de la demanda, a fin de que, advertida la parte demandante del defecto apuntado, amplíe su demanda frente al resto de sociedades potencialmente afectadas por el procedimiento.

F) Prescripción

La **STS de 17 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 619/2013, se pronuncia sobre la fecha de inicio del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción tendente a que la empresa reclame al trabajador el abono de las cuotas del IRPF que no fueron retenidas oportunamente por la empresa y, en concreto, si el inicio del plazo de prescripción se produce en la fecha del hecho imponible o en la del ingreso del impuesto en Hacienda, por tratarse de una acción de reembolso. La Sala concluye, con base en su propia doctrina, que el plazo de prescripción ha de computarse desde la fecha de ingreso en Hacienda de las correspondientes cantidades, ya que no es hasta dicha fecha cuando la empresa tiene la oportunidad de ejercitar la acción de reembolso frente al trabajador.

7. PRUEBA. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Resulta de interés la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2013**, IL J 649, por analizar con detalle la inversión de la carga de la prueba en supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Cita la sentencia las Directivas que se ocupan de esta cuestión (Directivas 97/80/CE; 2006/54/CE, 2000/43/CE; ó 2000/78), así como las normas internas de carácter procesal, como son las recogidas en los arts.96.1 y 181.1 LRJS. Sigue razonando el TSJ que «(...) En estos preceptos no se regula una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico-jurídico estricto, sino más bien se trata de una distribución de la carga de la prueba, porque el demandante tiene la carga de realizar alguna actividad probatoria, con la finalidad de aligerar, aliviar, atenuar, corregir, facilitar, flexibilizar o modular (son expresiones que utiliza la jurisprudencia) la carga de la prueba del demandante sobrecargando la del demandado. Así, la postura de la parte actora no se limita solo a la mera alegación de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, sino que debe mostrar «indicios racionales» (STC 34/1984 y STC 38/1986), una «razonable sospecha» (STC 114/1989), o «una presunción o apariencia de discriminación o lesión» (STC 21/1992). Después de una cierta ambigüedad, el Tribunal Constitucional introduce claramente la expresión «principio de prueba» (STC 90/1997, y en posteriores 74/1998; 87/98; 17/2003; 151/2004; 216/2005; 120/2006; 168/2006). [...] Por su parte, la parte demandada, como perjudicada por un hecho presunto deducido de un hecho base, de acuerdo con el artículo 385.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede atacar el hecho base (sería una contraprueba o un contraindicio) o atacar el enlace entre el hecho base y el hecho presunto (prueba plena en contrario). Dice el Tribunal Constitucional que «no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de un derecho fundamental) pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión» (este texto se reitera en continuos pronunciamientos del Tribunal Constitucional: 21/1992; 266/1993; 85/1995; 82/1997; 74/1998; 87/1998; 140/1999; 29/2000; 142/2001; 84/2002; 97/2002; 114/2002; 188/2004; 38/2005; 175/2005; 3/2006; 16/2006; 120/2006; 342/2006; 183/2007; 233/2007; 257/2007) (...)).».

8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) No se descuentan los ingresos percibidos como trabajador por cuenta propia

¿Es viable descontar los ingresos obtenidos por cuenta propia de los salarios devengados durante la tramitación del proceso de despido? La **STS de 12 de marzo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 467/2013, analiza un supuesto en el que la trabajadora despedida cursó alta en el RETA antes de ser despedida, es decir, venía desarrollando una suerte de pluriempleo cuenta ajena-cuenta propia. Si bien la doctrina judicial –por todas, STS de 1 de marzo de 2004– ha declarado que si el trabajador despedido consigue un trabajo por cuenta propia durante la tramitación del proceso, los ingresos obtenidos deben descontarse de los salarios de tramitación, el TS se pronuncia en este caso en sentido contrario,

toda vez que esos eventuales ingresos ya venían siendo percibidos por la actora antes de su despido.

B) Eliminación de los salarios de tramitación por el Real Decreto Ley 3/2012. Irretroactividad

La **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2013**, IL J 523/2013, vuelve a reiterar que la reforma introducida por el RDL 3/2012, que elimina el devengo de salarios de tramitación en el caso de despido improcedente, no es aplicable en el caso de un despido acaecido antes del 12 de febrero de 2012, como lo fue el de autos. Alude esta sentencia a que la fecha de la sentencia recaída en el proceso de despido –posterior al 12 de febrero de 2012– no es relevante a estos efectos –lo que mantenía la empresa recurrente–, sino la fecha en la que se produjo el despido que, en este supuesto, es anterior a la reforma. En consecuencia, la improcedencia del despido conlleva el abono de salarios de tramitación, cualquiera que sea la opción de la empresa.

C) Error excusable

La **STS de 13 de marzo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 473/2013, declara error excusable en el cálculo y consignación de la indemnización por despido improcedente, toda vez que (i) la empresa corrigió su error *motu proprio*; (ii) la diferencia entre lo consignado y lo debido en concepto de indemnización era muy pequeña, y (iii) existía controversia respecto de la cuantía del salario, pues la diferencia se debía a un incremento de convenio colectivo, respecto del cual se había planteado un conflicto colectivo. Cita esta sentencia la doctrina de la Sala y, entre otras, las SSTs de 24 de abril de 2000, 19 de junio de 2003, 26 de enero de 2006, 20 de diciembre de 2011 y 23 de enero de 2013.

D) Salarios de tramitación acordados en conciliación administrativa

Con fundamento en la TJCEE de 12 de diciembre de 2002, la **STS de 16 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 624/2013, declara el derecho a percibir del FOGASA –tras declararse la insolvencia del empresario– de las cantidades acordadas en conciliación administrativa en concepto de salarios de tramitación, por cuanto estos, pese a su real naturaleza indemnizatoria, «(...) se asimilan a estos efectos a retribuciones (...)».

E) Prestación por desempleo

Las prestaciones percibidas por el trabajador despedido durante el proceso de despido no pueden considerarse indebidas, por cuanto ni la empresa ni el FOGASA le abonaron los salarios de tramitación. Esta es la conclusión a la que llega la **STS de 27 de marzo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 632/2013, y que se dicta en idéntico sentido de la también reciente STS de 5 de febrero de 2013, por cuanto en este supuesto no se ha producido el doble abono de prestación y salarios durante el mismo periodo.

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. IMPROCEDENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La **STS de 25 de marzo de 2013**, Sala Cuarta, IL J 487/2013, declara la nulidad de todas las actuaciones procesales practicadas con posterioridad a una sentencia dictada en instancia por un Juzgado de lo Social. También se anula la sentencia dictada en suplicación que revocó la sentencia de instancia, por considerar que en marzo de 2009, momento en el que se interpuso la demanda en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (cambio de horario por cuidado de menor sin solicitar reducción de jornada), ya se encontraba en vigor la DA 17ª del ET, introducida por la Ley Orgánica 3/2007. Al amparo de dicha disposición, toda discrepancia en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral debía tramitarse por el procedimiento regulado en el art. 138 bis LPL, que establece el carácter firme de la sentencia de instancia. Recuerda finalmente el Alto Tribunal que el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ahora se regula en el art. 139 LRJS y que, contra la sentencia dictada en instancia no cabe recurso, salvo cuando se haya acumulado una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pueda dar lugar al recurso de suplicación.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Contradicción

La **STS de 30 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 572/2013, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa recurrente, en un procedimiento judicial en materia de derecho de libertad sindical y huelga, al apreciar falta de contradicción con la sentencia invocada de contraste. Declara la Sala que la contradicción se debe verificar por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contengan pronunciamientos diversos, respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, y no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación. En palabras del TS, es la existencia de fallos contradictorios y no la diversidad de *ratio decidendi* el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unificación de la doctrina. Por ello, a continuación declara la Sala que el requisito de la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de controversias, sino de una oposición de pronunciamientos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

B) Escrito de interposición

En la **STS de 15 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 685/2013, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al apreciar la Sala que el escrito de interposición no realiza un mínimo examen comparativo de los hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia recurrida y de la sentencia invocada de contraste. Declara el Alto Tribu-

nal que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, lo que a su entender supone, necesariamente, una comparación de hechos, de pretensiones y de fundamentos de ambas sentencias, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, sea suficiente para ofrecer a la parte recurrida y a la Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos.

11. RECURSO DE REVISIÓN. SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA

La **STS de 9 de abril de 2013**, Sala Cuarta, IL J 628/2013, declara que los presupuestos para que una sentencia absolutoria dictada en un proceso penal actúe como motivo de revisión de una sentencia dictada en el proceso laboral, al amparo de los arts.s 236 y 86.3 LRJS, son que la absolución se deba a la inexistencia del hecho punible o que el sujeto no hubiera participado en el mencionado hecho. A continuación, el TS desestima el recurso de revisión planteado por dos trabajadoras despedidas disciplinariamente por considerar que en el caso de autos la absolución en el procedimiento penal vino determinada por la aplicación del principio de presunción de inocencia, ante la inexistencia de prueba suficiente sobre los hechos imputados (apropiación de dinero en estaciones de servicio simulando falsas operaciones de venta de carburante). Entiende la Sala que no procede la revisión interesada, ya que el Juzgado de lo Penal no excluyó la existencia de los hechos objeto de enjuiciamiento, ni declaró la no participación de las trabajadoras acusadas en dichos hechos. Por el contrario, se absolvió a las trabajadoras ante la falta de prueba concluyente sobre el modo y autoría de los hechos. Ante esta aparente contradicción entre resoluciones de órdenes jurisdiccionales distintos, el Alto Tribunal aclara que la valoración de la prueba que realiza un juez del orden penal en un proceso en el que rige el derecho a la presunción de inocencia, para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el trabajador acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el juez del orden social considere suficientemente acreditado el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia de su despido. Esta independencia de los dos órdenes jurisdiccionales implica, según la Sala, que sólo proceda la revisión de la sentencia laboral ante la inexistencia del hecho punible o ante la falta de participación del trabajador en el mismo.

12. TEMERIDAD Y MALA FE

La **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2013**, IL J 510/2013, confirma la multa de 300 euros por mala fe y temeridad impuesta por un Juzgado de lo Social a la empresa demandada. Ésta no acudió al acto de conciliación promovido por un trabajador en reclamación de cantidad (recargo de prestaciones por la existencia de falta de medidas de seguridad en un accidente sufrido por el trabajador demandante) y fue condenada mediante una sentencia cuyo fallo coincidía con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación. Alega la empresa demandada, impugnando la multa, que el trabajador firmó un saldo y finiquito cuando conciliaron judicialmente la extinción de su contrato de trabajo. Ante

dicha afirmación, la sentencia declara que ese finiquito sólo podría cubrir la extinción del contrato de trabajo y no un recargo de prestaciones declarado posteriormente. Finalmente, la sentencia afirma que la imposición de sanciones es facultad discrecional del juzgador de instancia, no revisable por los tribunales que conocen del recurso, salvo cuando tal decisión no se considere razonablemente fundada. Y en el supuesto de autos la decisión se considera razonable, al constar que la empresa demandada y recurrente había sido legalmente citada al acto de conciliación, sin que se justificara su inasistencia.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ÁLVARO NAVARRO CUELLAR
SERGIO PONCE RODRÍGUEZ
INÉS RÍOS GARCÍA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

A) Exoneración de responsabilidad.

B) Cuantía indemnizatoria.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES.

A) Acreditación de la diligencia exigible.

B) Culpabilidad: imprevisibilidad e inevitabilidad del accidente.

a) Exoneración empresarial.

b) Imputación de la responsabilidad.

C) Cuantía.

3. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO.

4. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA.

5. RIESGOS PSICOSOCIALES.

A) Acoso laboral.

6. RESPONSABILIDAD DE LOS TRABAJADORES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PREVENTIVAS: DESPIDO.

7. COMITÉ DE SEGURIDAD SALUD: ACUERDOS.
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una referencia de las sentencias de especial interés relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en la *Revista de Información Laboral* (edición digital), números 4 a 6 de 2013

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Exoneración de responsabilidad

La **STSJ Galicia de 1 de febrero de 2013** (IL J 399/2013) confirma la sentencia de instancia y exonera de responsabilidad al empresario por el accidente con resultado de muerte del trabajador al caerle la carretilla encima y aplastarle la cabeza, con fundamento en la falta de relación de causalidad entre la conducta del empresario y el accidente de trabajo al considerar que el mismo no se produjo por un incumplimiento del empresario sino «por la propia conducta negligente del trabajador» o culpa exclusiva de la víctima, ya que el trabajador contaba con la formación necesaria facilitada por la empresa, realizaba su trabajo con la carretilla desde el inicio de la relación laboral, por lo que conocía su manejo, y la carretilla estaba homologada y cumplía la normativa. De modo que el accidente se produjo por circunstancias concurrentes imputables al trabajador: «no llevar el cinturón de seguridad o conducir con una tasa elevada de alcohol, porque no consta probado que tal circunstancia fuera conocida o evidente para el resto de los compañeros y empresario o se hubiera prohibido hacerlo en tal estado, por lo que la causa del accidente estuvo en la no conducción correcta, puesto que al hacerlo marcha a tras debió tomar todas precauciones». Por otro lado, la sentencia señala, en relación con los hechos, que una incorrecta clasificación profesional «será un incumplimiento laboral pero no una falta de medida de seguridad, ni la causa del accidente de trabajo».

Igualmente constituye un supuesto de culpa exclusiva de la víctima, que desplaza con su propio cuerpo la barandilla, y no de insuficiencia o inadecuación de medidas de seguridad el accidente por caída de altura objeto del recurso de suplicación resuelto por la **STSJ Castilla-León de 13 de marzo de 2013** (IL J 501/2013). En efecto, el órgano judicial considera que no hay falta de medidas de seguridad e interpreta el alcance de las medidas preventivas colectivas previstas en la letra b, apartado 3, «Caídas de altura», de la Parte C «disposiciones mínimas específicas relativas a puestos de trabajo en las obras en el exterior de los locales», contenidas en el Anexo IV sobre Disposiciones mínimas de seguridad y salud que deberán emplearse en las obras del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre: «como son *barandillas, plataformas o redes de seguridad* no habla de que todas estas medidas deban estar de forma coincidente sino optativas».

B) Cuantía indemnizatoria

En relación con la cuantía indemnizatoria por los daños y perjuicios sufridos por el trabajador accidentado, en particular, sobre el lucro cesante como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente total, la **STSJ Galicia de 7 de febrero de 2013** (IL J 532/2013) considera que, respecto del lucro cesante solicitado y derivado de la situación de IPT para garantizar el cuarenta y cinco por ciento restante no cubierto por la prestación, «el lucro cesante por IPT, es decir, la compensación por la pérdida de ingresos profesionales y de expectativas laborales, resulta atendida por la prestación social correspondiente a dicha contingencia; de ahí que, la sugerida capitalización del porcentaje restante de la base

reguladora no sólo excedería los términos del grado de invalidez reconocido si no que, en definitiva, supondría declarar por vía no idónea una clase de incapacidad superior».

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES

A) Acreditación de la diligencia exigible

La **STSJ Asturias de 15 de marzo de 2013** (IL J 502/2013) aborda la cuestión relativa a la acreditación de la diligencia exigible para adoptar medidas razonables para controlar la exposición ambiental a los efectos del cloro. En síntesis, los hechos de la sentencia de instancia, que desestimó la imposición del recargo de prestaciones, se produjeron en las instalaciones de una piscina municipal por una intoxicación por inhalación masiva de cloro que le provocó al trabajador accidentado un síndrome de disfunción reactiva de las vías aéreas causante de una incapacidad permanente total. La empresa realizaba el control de concentración de cloro en el agua pero «La medición habitual del cloro en el aire no se realizaba en la piscina donde prestaba servicios el actor. Se practicaron muy esporádicamente pero no era práctica ordinaria», por eso el Tribunal concluye que «no hay constancia de un seguimiento regular o frecuente de la concentración de cloro en aire, cuestión distinta de la obligatoriedad de efectuarlo». Mientras que los controles de las concentraciones realizados en agua se rigen por una Reglamentación Técnico Sanitaria sobre piscinas de uso colectivo del Principado de Asturias, la norma preventiva aplicable era el RD 374/2001, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, cuyo artículo 3.5 establece las mediciones en concentraciones de aire, que «no serán, sin embargo, necesarias cuando el empresario demuestre claramente por otros medios de evaluación que se ha logrado una adecuada prevención y protección, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo». Se plantea, por tanto, si el control en agua constituye una excepción a los controles en aire y el Tribunal señala: «Se considere o no obligatoria la medición, resultaba en cualquier caso una medida razonable y conveniente: su ejecución periódica hubiera permitido un mejor control de ese parámetro fundamental, difícil de evaluar por otros medios, a la par que hubiera proporcionado datos importantes para aclarar el incidente y la omisión elevó el riesgo de perjuicio para la salud de los trabajadores», y llega a la conclusión que «se comprueba que la empresa demandada, a pesar de sus esfuerzos, no ha conseguido acreditar que puso toda la diligencia la diligencia exigible o que el accidente de trabajo se produjo por fuerza mayor o caso fortuito. Concurren, por consiguiente, todos los requisitos para la imposición del recargo.

B) Culpabilidad: imprevisibilidad e inevitabilidad del accidente

a) *Exoneración empresarial*

La responsabilidad por el recargo de prestaciones está basada en la culpa y tiene un límite en los supuestos de inexigibilidad de responsabilidad a través del expediente de la fuerza mayor y el caso fortuito. La **STSJ Galicia de 8 de marzo de 2013** (IL J 637/2013) enjui-

cia los hechos que provocaron el accidente del trabajador y parte de que el equipo de trabajo tenía un mecanismo de seguridad que no realizó convenientemente el bloqueo de un cilindro y al no funcionar provocó el atrapamiento de la mano y el seccionamiento de los dedos. El dispositivo no actuó correctamente porque el cilindro hidráulico que debía mantenerlo en su posición tenía una fuga, debido a una junta, lo que sólo se comprobó una vez desmontado el equipo para realizar la investigación del accidente. Igualmente, en dicha investigación se comprobó un error en el programa de software del equipo que impidió el bloqueo mecánico del cilindro. La Sala llega a la conclusión que la empresa no es responsable del recargo ya que hasta que no se desmonta el cilindro «esos fallos no pueden ser detectados por el empresario, por lo que no eran previsibles, ni por ello evitables, no hay culpa ni infracción de medida de seguridad alguna», añadiendo que en este caso «ni la obligación de vigilar como se lleva a cabo el trabajo por el empresario u otra persona encargada, hubiere evitado con toda seguridad el accidente de trabajo».

b) Imputación de la responsabilidad

Contrasta con el anterior pronunciamiento la **STSJ Madrid de 25 de febrero de 2013** (IL J 650/2013) dictada en un accidente por caída del trabajador cuando se bajaba del vehículo en marcha (a velocidad lenta) y se rompió el estribo. La sentencia de instancia estimó la demanda dejando sin efecto el recargo de prestaciones, por considerar que el accidente se produjo por una imprudencia del trabajador al ejecutar inadecuadamente su trabajo y bajar en marcha del vehículo y no la falta de formación e información y la falta de previsión en el plan de prevención de la tarea ejecutada. La Sala considera, en cambio, que «la causa del accidente no fue que el trabajador se causara las lesiones al bajar del camión en marcha sino por al apoyar el pie en el estribo y romperse éste, provocando el descontrol del trabajador» y existe una «falta de control adecuado del buen estado del vehículo en el que se llevaba a cabo la actividad, lo que nos sitúa en el marco del Anexo II, 2.4 del Real Decreto 215/1997, cuando señala que «*El acompañamiento de trabajadores en equipos de trabajo móviles movidos mecánicamente sólo se autorizará en emplazamientos seguros acondicionados a tal efecto. Cuando deban realizarse trabajos durante el desplazamiento, la velocidad deberá adaptarse si es necesario*». En este sentido, es incuestionable que si el trabajador tiene que salir del camión para poder apearse y coger el material de desecho y colocarlo en él y tal modo de proceder exige poner el pie en el estribo, si éste no está en perfectas condiciones y se rompe ello que el trabajador pierda el control de la maniobra de salida y ello no es imputable al trabajador sino a la falta de seguridad por ausencia de inspección de ese elemento». Y en relación con la posible exoneración por caso fortuito por la rotura del estribo, la sentencia señala «que no cabe calificar de imprevisible que un determinado elemento del camión, como el estribo o peldaño, pudiera estar defectuoso cuando resulta que se trata de un medio de transporte que debe estar sometido a inspección regular por el peligro que comporta su uso, lo que obliga a extrema la precaución y control sobre el buen y adecuado funcionamiento y puesta en circulación. Esto es, no se puede calificar de extraordinaria la rotura de ese o de cualquier otro componente del vehículo de uso ordinario. Y menos se podría calificar de inevitable en tanto que era previsible cuando la constatación del mal estado del estribo hubiera permitido su arreglo y puesta a disposición en perfecto estado».

C) Cuantía

La cuantía del recargo de prestaciones está en función de la gravedad de la falta (art. 123 LGSS), para determinar la misma, la **STSJ La Rioja de 2 de mayo de 2013** (IL J 503/2013) toma en consideración la concomitante calificación de la infracción impuesta por la Autoridad laboral al empresario infractor. En efecto, la infracción consignada en el acta de infracción se tipifica de grave y el Tribunal toma en cuenta la graduación de las sanciones del artículo 30 LISOS para concluir que «la infracción se ha calificado como grave en su grado medio, de conformidad con el Art. 12.16 f) de la LISOS por lo que en principio el porcentaje fijado del 40% es de todo punto ajustado; ya que ha de entenderse que la mínima graduación del porcentaje aplicable al recargo de prestaciones ha de reservarse para el caso de infracciones calificadas de graves sin que se aprecie la concurrencia de elementos especiales de agravación».

3. RIESGO DURANTE EL EMABARAZO

La protección dispensada a la maternidad por la normativa preventiva, cuando su puesto de trabajo presente riesgos para su salud o la del feto, requiere la acreditación de las distintas circunstancias que pongan de manifiesto la imposibilidad técnica o la imposibilidad del traslado de puesto de trabajo de la trabajadora. La **STSJ Asturias de 18 de enero de 2013** (IL J 423/2013), siguiendo la doctrina del TS, exige la acreditación de la imposibilidad de la existencia de puestos a los que pueda ser movilizadada la trabajadora embarazada, que presta sus servicios como ingeniero técnico auxiliar de minas en el interior de las mismas, y le imputa una deficiente acreditación. La sentencia acoge los razonamientos de la de instancia y considera que resultan «insuficientes» a efectos probatorios «las fichas de evaluación de riesgos comunes a tales puestos de exterior facilitadas por la empresa, pues éstos afectan no solo a la mujer embarazada sino a cualquier operario que desempeñe los mismos, y si bien es cierto que un defectuoso cumplimiento de las obligaciones de su empleadora en este punto concreto no debería generar perjuicio para la trabajadora, no lo es menos que ésta tenía que haber desplegado algún tipo de actividad para que aquélla tuviera ocasión a expresar debida y motivadamente la imposibilidad de resituirla en un puesto compatible con su estado, ya que el artículo 39.4 b) del Real Decreto 295/2009 de 6 de Marzo, al regular el procedimiento para el reconocimiento del derecho objeto de controversia, exige que sea la trabajadora la que acompañe a su solicitud de prestación declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con su estado o cuando éstos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, lo que aquí, como ya se ha razonado, no se ha hecho».

4. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

Para desplegar la protección de la trabajadora durante la lactancia, la doctrina del Tribunal Supremo exige que se acredite la existencia de un riesgo específico en el puesto de trabajo

y su incidencia en la lactancia natural. En la **STS de 21 de marzo de 2013** (IL J 481/2013) se analizan, además de las condiciones del puesto de trabajo como médica del servicio de urgencias, la turnicidad y nocturnidad como consecuencia del sistema de guardias en urgencias y su incidencia como riesgos para la lactancia. La sentencia trae a colación su doctrina sobre la incidencia del tiempo de trabajo y su organización y su inadecuación con los periodos regulares de alimentación del lactante, de modo que existirá ese riesgo si la «incompatibilidad» no puede «paliarse con la extracción de la leche». Ahora bien, la sentencia matiza, en relación con la extracción y conservación de la leche materna, que es posible acreditar «que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante», en cuyo caso, hay que concluir que se consideraría riesgo específico.

5. RIESGOS PSICOSOCIALES

A) Acoso laboral

La delimitación entre lo que constituye acoso laboral y un defectuoso ejercicio de los poderes empresariales es objeto de atención en la **STS Galicia de 4 de febrero de 2013** (IL J 552/2013). Las discrepancias que se produjeron el día 30 de mayo de 2008 entre la trabajadora y su compañero, gerente del establecimiento en el que prestaba sus servicios, terminó en un incidente entre las partes que dio lugar a una denuncia penal que terminó en sentencia penal que condenó al gerente, además la trabajadora fue atendida el mismo día por los servicios médicos de la Mutua que le expidieron parte de accidente de trabajo, reincorporándose a su puesto de trabajo el día 25 de marzo de 2009. La empresa le notificó el traslado del puesto de trabajo con fecha 22 de enero de 2010, decisión que fue recurrida por la trabajadora y, tras el correspondiente iter procesal, declarado nulo por STSJ de Galicia de 20 de abril de 2011. En el ínterin, con fecha 26 de enero de 2011, la trabajadora causa baja hasta el día 17 de febrero de 2011 siendo diagnosticada por el servicio público de salud de síndrome ansioso depresivo relacionado con problemática laboral. La empresa le preavisa de su nuevo traslado a otro centro de trabajo con efectos de 24 de mayo de 2011. En la sentencia de instancia se probó que la empresa no había evaluado adecuadamente los riesgos psicosociales ni puso en funcionamiento el Protocolo de Acoso, que a pesar de no haberlo solicitado la trabajadora, la empresa tenía conocimiento de la situación denunciada ante la Jurisdicción Penal.

La Sala considera que para que se dé una situación de acoso por el empresario no basta con que se comprometan derechos laborales sino que su conducta tiene que tener una finalidad de afectar los derechos fundamentales de la trabajadora y el perjuicio en su integridad física o tolerar el acoso o «desentenderse de su deber de protección en tal sentido» y considera que ninguna de las conductas denunciadas constituye acoso «salvo la señalada de falta de adopción de las medidas imprescindibles y pertinentes para garantizar el buen ambiente laboral», como era el deber de trasladar de forma inmediata al trabajador a otro centro de trabajo. No obstante, considera que realizó «dicho traslado cuatro meses antes de la incorporación de la trabajadora, que estuvo en situación de IT desde el 30 de mayo de 2008, hasta el 26 de marzo de 2009, teniendo en cuenta además que la condena

del citado, fue firme en abril de 2009. En definitiva, si la trabajadora se incorporó el 26 de marzo de 2009 y ya el trabajador citado había dejado de prestar servicios en el centro en noviembre de 2008, la gravedad que se le imputa a la conducta empresarial decae sobremanera, puesto que la propia sentencia recoge que pudiera haber sido dicho retraso el causante del retraso de la actora en reincorporarse, y son cuatro meses los que tenía para hacerlo en su caso».

6. RESPONSABILIDAD DE LOS TRABAJADORES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PREVENTIVAS: DESPIDO

Uno de los problemas que en la práctica plantean los Técnicos y responsables de prevención es la embriaguez y sus consecuencias sobre las obligaciones preventivas. La **STSJ Castilla-León de 16 de enero de 2013** (IL J 428/2013) aborda el despido de un trabajador, técnico de mantenimiento de aeronaves, que llegó con claros síntomas de embriaguez a su trabajo. Frente a la habitualidad de la embriaguez o toxicomanía como una de las notas que definen esta causa de despido y perturbadora en el correcto desarrollo de la prestación laboral, la sentencia considera que la embriaguez tiene también encaje en la trasgresión de la buena fe contractual: «no impide que la conducta aislada consistente en el trabajo en condiciones de intoxicación etílica o por otras sustancias pueda configurar un ilícito de gravedad suficiente para justificar un despido cuando por su entidad y circunstancias encaje en el supuesto previsto en la letra d del artículo 54.2 (transgresión de la buena fe contractual). Esto sucede cuando la situación de embriaguez o toxicomanía se produzcan en situaciones concretas que pongan en especial riesgo la vida y la integridad física de los trabajadores de la empresa o de terceros, comprometiendo incluso con ello la posible responsabilidad patrimonial de la empresa, o incluso en determinados supuestos cualificados de peligro para los bienes materiales, puesto que en tales supuestos no estamos ante una mera falta de producción o disminución del rendimiento, sino ante la generación de un riesgo grave que toda empresa está obligada a evitar adoptando cuantas medidas sean precisas para ello».

Y es que se establece una diferente consideración de la embriaguez o la toxicomanía a la luz de la normativa preventiva: «No se trata por tanto de un mero problema de pérdida de rendimiento por la empresa debido a la incapacidad del trabajador para prestar su servicio, que es el caso regulado en el artículo 54.2.f, sino ante un supuesto más grave, de incumplimiento cualificado de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte del trabajador (artículo 29 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales) y dicho incumplimiento, en aquellos casos en los que pone en riesgo bienes básicos, como la vida, la salud o la integridad física del propio trabajador o de terceros, tiene el carácter de falta muy grave».

7. COMITÉ DE SEGURIDAD SALUD: ACUERDOS

El Comité de Seguridad y Salud se configura legalmente como un órgano de participación colegiado y paritario destinado a la consulta en materia preventiva. No obstante su

configuración legal como órgano consultivo, en la **STS de 11 de marzo de 2013** (IL J 390/2013) se aborda el carácter obligatorio de los acuerdos adoptados en su seno cuando la empresa no los respeta en un momento posterior. El Reglamento de Funcionamiento Interno de los CCSSSS de Telefónica, adoptado por el propio órgano, establece que «los acuerdos tomados en el seno del mismo son de obligado cumplimiento» lo que afecta a su carácter de órgano consultivo en su configuración legal, de modo que «no tienen la simple naturaleza consultiva que les atribuye la LPRL, sino carácter vinculante [sus decisiones «son de obligado cumplimiento», en palabras de la decisión recurrida]». El fundamento de esta mejora de la regulación legal vendría «avalada por la libertad contractual [art. 1255 CC] y por el carácter mínimo de la regulación legal [art.2.2 LPRL]» y porque las partes no pueden desconocer su cumplimiento en virtud del principio *pacta sunt servanda* al amparo del art. 1091 del Código Civil y sobre la doctrina de los actos propios al haber respetado la empresa el pacto desde su aprobación «y ello comportaría para la empresa una indubitada declaración de voluntad tácita que configuraría –sobre la base de la buena fe y el art. 7 CC – una determinada situación jurídica, y determinaría la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio».

Ahora bien, la sentencia, no obstante desestimar el recurso de la empresa, de forma oblicua y *ex abundantia* entra a considerar «al menos en teoría» la eventual nulidad del acuerdo y ello sobre la base de cuatro criterios: «a) la doctrina de los actos propios requiere que tales actos en los en que se apoye sean lícitos y permitidos, no siendo de aplicación cuando se trate de aquéllos que hayan sido prohibidos... b) aunque el art. 2.2 LPRL declare que «las disposiciones de carácter laboral» contenidas en la Ley y en sus normas reglamentarias «tendrán en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo e indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos», lo cierto es que –como hemos señalado en alguna ocasión– «para ello es necesario que la norma suplementada sea objetivamente mejorable y que la mejora sea determinable como tal, lo que es cuestionable cuando se trata ... de sustituir un modelo legal ... por un modelo convencional» c) el art 38.1 LPRL configura el CSS como un órgano consultivo y qué duda cabe que atribuir cualidad decisoria a sus acuerdos [art. 9 del Reglamento de Funcionamiento] supone la alteración del modelo legal; y d) el art. 38.3 de la misma LPRL que ha servido de sustento normativo a la creación del Reglamento, se limita a las «normas de funcionamiento», y tampoco es dudoso que la fijación de efectos –consultivos o decisorios– para los acuerdos, desborda palmariamente la definición del marco funcional legalmente autorizado».

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNAIZ

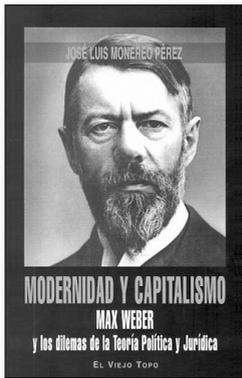
Revista de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)



Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

El Viejo Topo, Barcelona, 2013, 439 páginas.

[VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

*Becaria de investigación FPU. Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada]*

Entre los grandes pensadores de la modernidad, es, sin duda, Max Weber uno de los que ocupan un lugar más remarcable, tanto por el alcance de sus planteamientos teóricos como por la aguda influencia de su desbordante legado en la práctica totalidad de los ámbitos culturales e ideológicos. Precisamente, «Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica», novedad bibliográfica en la Editorial El Viejo Topo, constituye un valioso recorrido por sus aportaciones atinentes a los fenómenos correlativos de la modernidad y el espíritu del capitalismo, la organización del poder político y la racionalidad jurídica que preside el Estado moderno, estimándose, pues, la modernización de la sociedad plenamente entroncada con la

consolidación de la producción capitalista y el Estado burocrático moderno. En el trabajo en cuestión se reflexiona sobre el pensamiento de Weber a la luz de su misma obra (notorio protagonismo tiene por razones obvias «Economía y Sociedad» a este respecto) y del contexto histórico en la que radica, y se hace de modo reposado y concienzudo, tal y como requiere la certera aproximación a un clásico cuyas proposiciones han sido objeto de múltiples interpretaciones en muchas ocasiones desajustadas.

En todo caso, el autor de la obra objeto de reseña, José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, no se limita a realizar un mero análisis descriptivo de las teorías e ideologías jurídico-políticas de Weber. De modo más ambicioso y, siempre a partir de las mismas como telón de fondo, acomete una revisión crítica a la luz del tiempo presente y sus implicaciones. En este aspecto reside uno de los principales alicientes del trabajo, y es que, sirviéndose del pensamiento *weberiano*, el autor se enfrenta exitosamente a los constantes desafíos que plantea la nueva modernidad, y que concreta en esa dialéctica infatigable entre las tradicionales formas de organización del poder político y las nuevas que emergen en un contexto de marcado corte internacional y, sobre todo, transnacional.

La actualidad de esta obra es avalada por el hecho de que gran parte de las inquietudes sociales y político-jurídicas existentes en la teoría de Weber no se antojan hoy muy alejadas de los que la realidad trae consigo. Ciertamente, la grandeza de sus aportaciones reside en su capacidad de detectar los principales retos de nuestros días, influyendo así decididamente en su tiempo y en los subsiguientes. No en vano, las propuestas del pensador alemán mantienen un indeleble

influjo en las corrientes sociológicas y políticas actuales.

El contenido del trabajo se muestra muy nutrido, evidenciada la amplia ristra de campos del saber que se abordan, tales como la sociología, la filosofía, el Derecho, la política o la historia, en clara concordancia con la formación eminentemente interdisciplinar de Weber. En este sentido, a lo largo de las páginas que componen esta investigación, el lector tendrá reiteradas ocasiones de constatar que su legado resulta irreconducible a un único terreno científico.

La obra se halla estructurada en cuatro capítulos que, precedidos de una oportuna introducción, recorren la propuesta de Weber sustentada en la ligazón entre el proceso de modernización occidental con el de racionalización social y jurídica, al estructurarse la empresa capitalista con arreglo a la acción económica racional, haciendo el Estado moderno lo propio conforme a la acción administrativa racional. Por tanto, el binomio conformado por empresa y Estado en la modernidad se caracteriza por la acción racional con arreglo a fines sobre el que se construye buena parte del proceso de racionalización formal del mundo moderno. Lo cierto es que, según se advertirá sin esfuerzo a raíz del somero resumen de cada capítulo, la racionalidad constituye el concepto que preside el pensamiento sociológico, político y filosófico de Max Weber, racionalidad que enlaza directamente con dos notas definidoras de la sociedad moderna, a saber, la consolidación de la economía capitalista y el Estado racional moderno, organizado en base a un sistema administrativo burocrático especializado, adquiriendo el Derecho formal un papel central en la estructuración de la organización económica y social del capitalismo.

– El Capítulo I, «La teoría de la racionalidad en Max Weber. Concepción general de la sociología del Derecho en Max Weber», analiza con carácter nuclear la racionalización específica y peculiarmente concretada en la acción racional con arreglo a fines que, según Weber, caracteriza la moderna civilización y cultura occidental, siendo un proceso que incide en el ámbito jurídico-político y el económico. Se aborda, pues, la racionalidad como concepto histórico, instrumental ordenador de la realidad y coadyuvante al nece-

sario esclarecimiento del sentido de las acciones humanas. En este contexto, se dedica especial atención al espíritu del capitalismo moderno, que aparece en la construcción teórica del pensador alemán como un determinante factor de impulso del proceso de racionalización y ordenación de la vida social, como una fuerza de expansión de la racionalidad objetivada en la persecución de los fines y, con ello, de la consecución de resultados eficientes, mostrándose una clara orientación a la rentabilidad y acumulación del capital.

Ahora bien, el proceso de racionalización no afecta exclusivamente al ámbito del capital, pues se dispersa asimismo por los demás espacios de la vida social. En este carácter extensivo y dominante del principio de racionalización en la sociedad industrial moderna, Max Weber advierte con pesimismo una seria amenaza al libre desenvolvimiento de la personalidad, al tiempo que alerta de una deshumanización consecuencia de la prefijación de los modos de comportamiento. Es así como la acción individual queda fuertemente limitada de modo paralelo a la racionalización de la satisfacción de las necesidades políticas y económicas. De ahí que caracterice la racionalización como la «jaula de hierro» del mundo moderno que coarta la esfera de autonomía de los individuos. Frente a ello, propone la entrada en juego de medios que preserven el carácter dinámico de la sociedad organizada y, en ella, la individualidad y autonomía decisional de cada miembro. El individualismo metodológico asume, por tanto, un carácter preponderante en la sociología de Weber, al ser el comportamiento del individuo y sus motivaciones el punto de constante referencia. En coherencia con lo anterior, rechaza toda suerte de evolución histórica obediente a objetivos predeterminados, ya que hace residenciar el elemento determinante en el decisional del individuo en base a las diversas opciones existentes. Es la acción humana, y no otra variable prefijada, la que determina el boceto del desenvolvimiento histórico.

Siendo Weber uno de los más celebres fundadores de la sociología del Derecho, esta parte de la obra analiza detenidamente el modelo que propone, «sociología comprensiva», en cuanto ciencia cuyo objeto no se circunscribe exclusivamente a los hechos sociales, sino con carácter

fundamental, a la acción social de los individuos a fin de lograr la explicación causal y sus consecuencias. Sitúa, pues, el concepto del actuar social en el mismo epicentro de la sociología, de modo que los comportamientos humanos se estiman orientados subjetivamente por un sistema jurídico considerado válido. Resulta preciso destacar, a estos efectos, que Weber establece una clara diferenciación entre el ámbito propio de la dogmática jurídica, perteneciente al «mundo del deber ser» y centrado en la validez ideal-normativa, y la sociología del Derecho, propia del «mundo del ser» y atinente a la validez sociológica o empírica. Los distintos métodos que ponen en marcha tales disciplinas, el jurídico y el sociológico, requieren de una hábil colaboración en aras de una comprensión global del Derecho, dado que ambos suponen dos prismas diferenciados pero complementarios del fenómeno jurídico.

Especialmente interesante resulta el estudio que se acomete sobre la teoría de la racionalidad jurídica de Weber, la cual distingue entre Derecho formal y material, caracterizándose el primero por la sistematización de las normas jurídicas, siendo el segundo de carácter casuístico y, por tanto, empírico. Cada uno de ellos lleva asociado un modo distinto de racionalización: la lógica formal en el primero y la utilidad en el segundo, advirtiendo el pensador alemán una neta tensión entre legalidad (racionalidad jurídico-formal) y moralidad (racionalidad jurídico-material) en la modernidad. En este contexto, se aborda la crucial cuestión de la relación entre legalidad y legitimidad del poder, estimándose que el carácter legítimo de éste depende de la actuación conforme al sistema de leyes establecido y, por tanto, concretándose el principio de legalidad en la racionalidad formal-racional. En la teoría del Estado que propone Max Weber se acomete, pues, una identificación entre legitimidad y legalidad en su significación técnica y político-jurídica, al considerar el Derecho como fundamento de legitimación del poder instituido en un sistema de dominación legal-racional. Queda descartado todo principio de legitimidad sustentado en criterios materiales o valorativos. La teoría *weberiana* de la racionalidad jurídica concibe, en definitiva, el sistema de Derecho como un medio de organización regido por la

racionalidad estratégica de sujetos jurídicos que actúan conforme a fines, decidiendo según sus intereses y valorando los efectos previsibles o «calculables». Acogiendo una concepción esencialmente positivista del Derecho y, con ella, una noción decisionista de la legitimidad a través del procedimiento, rechaza todo criterio de racionalidad material por ser contraria al formalismo del Derecho.

Oportunamente, y asumiendo un enfoque crítico al respecto, el profesor Monereo no se resiste a cuestionar la relación propuesta por Weber entre legalidad y racionalidad en una sociedad democrática como la actual, fundada en valores constitucionales impuestos en las normas. En ese sentido, rechaza la desconexión entre la racionalidad formal y la material, pues la primera, lejos de constituir un fin, supone un medio preciso en la realización de los valores que inspiran el ordenamiento jurídico-constitucional.

– En el Capítulo II, «La racionalización del Derecho, de la Economía y del Poder en la sociedad moderna», se recorre la aplicación que acomete Weber de su teoría jurídico-sociológica en relación a la acción económica, al Estado y al Derecho, ámbitos condicionados mutuamente sin perjuicio de su relativa independencia. El pensador alemán concibe la racionalización jurídico-formal, de un lado, directamente vinculada con la formación del Estado racional moderno a través de la creación de un Derecho racional formalista y la articulación de una Administración burocrática y, de otro, indirectamente relacionada con el desarrollo del capitalismo moderno sustentado en el cálculo racional del capital y la búsqueda del beneficio. Sin duda, es en el ámbito de acción de la economía donde la racionalidad formal logra su más notable cristalización, asumidos los imperativos de orden y previsibilidad que incorpora aquél. Lo cierto es que el capitalismo se desarrolló con base en el funcionamiento racionalmente calculable de las instituciones jurídicas, de forma que se revelaba imprescindible el Derecho formal antagónico a la arbitrariedad, concluyéndose así que la organización productiva propia del capitalismo moderno exige un Derecho positivizado, esto es, impersonal y previsible, que permita regular y calcular las relaciones de mercado.

Este capítulo aborda, asimismo, la racionalidad del Estado moderno como fenómeno propiamente occidental y asociado al desarrollo del capitalismo moderno. En concreto, y desde una perspectiva sociológica, Weber asocia el Estado moderno con el monopolio de los medios de dominación y administración y con el uso legítimo de la coacción, de forma que el poder político se define por la capacidad exclusiva de alcanzar los fines que le son propios a través del recurso en última instancia de la fuerza física. A este respecto, resulta de sumo interés el análisis que realiza el profesor Monereo de la teoría de la dominación de las estructuras políticas de Weber, en la que el Derecho representa un orden jurídico socialmente percibido como legítimo, garantizándose su validez por el poder de coacción institucionalmente establecido. Según se advierte, existe en la teoría *weberiana* una identificación del Estado moderno con el poder racional-legal e impersonal, reconduciéndose la dominación legal a un poder formalmente racional. En este sentido, el Estado racional moderno se basa en una «dominación legal» que implica una juridificación del poder estatal, o en otras palabras, en un principio de legitimidad democrática procedimental, obediente a la convicción genérica sobre el sometimiento a la legalidad vigente.

– El Capítulo III, intitulado «Modernidad y paradigma de racionalización del Poder y del Derecho en la sociedad contemporánea. La crítica de la razón instrumental en Weber», incide en la modernidad como constante proceso de racionalización y, con ella, de despersonalización de las relaciones sociales fruto de la mecanización de la vida y la incesante expansión del reforzamiento de las estructuras de dominación, quedando todos los ámbitos sociales impregnados del cálculo racionalizador. Es por ello que se atina en el trabajo recensionado cuando se apunta que la teoría de la modernidad que propone Weber es, al tiempo, una crítica de la misma.

Esta parte de la obra emerge en un punto estratégico en el que el profesor Monereo ofrece una sugestiva reflexión sobre las principales cuestiones enraizadas en el examen del Estado moderno a la luz de las variables que introducen hoy día la globalización, la sociedad del mercado gene-

ralizado o la crisis del sistema de partidos. Son nuevas las realidades (principalmente de la mano del capitalismo flexible) que muestran la crisis de la racionalidad formal basada en la previsibilidad y el cálculo, la crisis, en fin, de la reformulación de los fundamentos del paradigma de la modernidad originaria.

Lo cierto es que el análisis *weberiano* de la modernidad bajo el aspecto unilateral de la racionalidad conforme a fines no queda exento de crítica. Y es que, estimándose que la comprensión de la modernidad en su totalidad requiere del empleo de una noción más amplia de racionalidad, se denuncia el carácter incompleto del planteamiento de Weber, centrado únicamente en el plano funcional del Derecho en relación con la dominación legal y, por tanto, descuidando la función más específica sociointegradora del mismo. A lo largo de las páginas que componen este capítulo se asiste, pues, a un vigoroso replanteamiento de la racionalidad vertical legalista y centralizada propuesta por Weber. Ciertamente, el enfoque atinente en exclusiva a la racionalidad vertical se revela insuficiente en la ordenación jurídica actual, que plantea nuevos retos en un panorama cambiante correspondiente a una sociedad contemporánea más abierta y fragmentada. Es este carácter complejo y heterogéneo el que justifica la necesidad de una regulación diversificada y un sistema jurídico más pluralista, siguiendo una lógica de racionalización más cercana a la horizontalidad que deriva de la dinámica de los procesos sociales. Se constata de esta forma que la crisis de racionalidad afecta a su vez al centro de decisión político-jurídica. En particular, el Estado social contemporáneo aparece como núcleo de imputación de dinámicos procesos derivados del pluralismo político propio de las relaciones entre Estado y sociedad del capitalismo desarrollado, procesos decisorios descentralizados que convergen en un pluralismo decisonal. Valorando y meditando tales presupuestos, el profesor Monereo insta a la combinación de diversas lógicas de racionalización de los procesos sociales, más que a la sustitución de la racionalidad vertical por las de tipo comunicativo, reflexivo o economicista. Así pues, rechaza, y lo hace con acierto, toda pretensión reduccionista desde enfoques unilaterales.

– Siendo el burocrático uno de los fenómenos más estudiados en las ciencias sociales, el pen-

samiento de Weber no queda ajeno al mismo. En coherencia con ello, finaliza la obra con un Capítulo IV, «Teoría política de la burocratización: El fenómeno burocrático en el marco de la sociología política de Max Weber», en el que se analiza la significación político-jurídica de la burocracia, la cual es concebida por Weber como una expresión esencial y caracterizadora del proceso de racionalización, en cuanto fenómeno típico de dominación legal. Comporta, según el pensador alemán, una estructura administrativa específica del poder racional-legal de las sociedades modernas, vinculada históricamente al surgimiento tanto del Estado moderno en el proceso de racionalización del mundo occidental como del capitalismo organizado, y es que una organización racional fundamentada en el cálculo y la previsión requiere de un sistema racional de poder, siendo el burocrático el sistema más eficiente de distribución de autoridad. Al avance del mismo participan factores muy variados, concretados en el desarrollo de la economía monetaria, la creciente exigencia de orden en todos los niveles, el aumento de los cometidos del Estado, la concentración de los medios materiales de empresa y de poder, así como la democratización del sistema político.

Son reiteradas las ocasiones en que se resalta el carácter ambivalente que reúne la burocratización en el pensamiento de Weber, pues, si de un lado, es considerada necesaria en las exigencias de funcionamiento de las sociedades complejamente organizadas, de otro, se advierten ciertos riesgos para el respeto de la libertad individual (la racionalidad burocrática impide al individuo elegir libremente el medio más idóneo para alcanzar sus objetivos), así como tensiones estructurales en cuanto al principio de legitimidad y las relaciones entre la estructura administrativa y el gobierno político democrático, con el riesgo de que la burocracia se excediese en las funciones propias de instrumento administrativo y asumiese la función política, desvirtuándose las instituciones de la democracia parlamentaria.

En todo caso, y sin perjuicio de que el planteamiento de Max Weber constituya continuo punto de referencia en la comprensión del fenómeno burocrático, el profesor Monereo no se resiste a reflexionar sobre las aportaciones contempo-

ráneas que advierten las dificultades aplicativas de la teoría *weberiana* clásica de la burocracia a estructuras organizativas más fragmentadas y diversas. En clave valorativa, proporciona un sugerente recorrido de los principales desafíos que las administraciones públicas afrontan en nuestros días, mediante un replanteamiento del modelo tradicional a la luz de los cambios estructurales de las sociedades contemporáneas, reconducibles, entre otros, al progresivo aumento del tamaño y complejidad del sector público. En este sentido, se asiste a un proceso de burocratización impulsado por la implantación de nuevos sistemas de organización técnica del trabajo, la intervención estatal en la economía, la expansión de los servicios públicos paralela al crecimiento del Derecho social del pasado siglo y el auge de los grandes partidos de masas. Es creciente, en fin, la intervención de las administraciones públicas en las esferas económica y social, deviniendo más compleja la toma de decisiones como consecuencia de la multiplicación de las instancias que las adoptan. En efecto, la expansión de los cometidos del Estado no deja de ocasionar un intervencionismo público más intensificado, al tiempo que favorece la tendencia hacia la diversificación de la burocracia pública contemporánea en diferentes tipos de administración y nuevas clases de servidores públicos.

En el seno del que se ha dado en llamar «Estado social activo», el autor de la obra insiste en la precisa adaptación de los modos de actuación del poder público tendente a satisfacer las nuevas necesidades de regulación de los procesos sociales, y ello a través de la realización de las tres notas de integración, transparencia y eficiencia en la gestión de las políticas públicas. Con la pretensión de lograr la superación de la estructura jerarquizada y su sustitución por un modelo organizativo más horizontal, se insta a la articulación de procedimientos fundados en criterios participativos y comunicativos, a la configuración de sistemas de medición y control de rendimientos, así como a la consolidación de una programación estratégica de gestión del personal para la eficiencia administrativa. Cuestionando la viabilidad de una Administración jerarquizada en organizaciones complejas como las actualmente imperantes, el profesor Monereo predica la emergencia de un modelo participativo que dé

paso a una gestión pluralista y diversificada, una participación activa, en definitiva, de todos los miembros en la toma de decisiones.

Una vez expuesto someramente el contenido de «Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica», bien puede afirmarse que el análisis del pensamiento de Weber permite demarcar las grandes cuestiones de la modernidad. Es obvio que su teoría obedece al contexto en el que radica y del que no puede escapar, asumido el condicionamiento histórico de la formulación de toda teoría científica, pero no es menos cierto que supo vislumbrar tendencias y orientaciones relevantes para venideras aportaciones. En efecto, en gran parte de las cuestiones que a día de hoy avivan los debates

contemporáneos, los planteamientos *weberianos* mantienen todo su apogeo. Ello explica que en el presente continúe revistiendo un interés central el legado del pensador alemán, no sólo por la singularidad de su propuesta crítica y reflexiva sino, más aún, por la persistencia de buen número de sus análisis sobre el proceso de racionalización de las sociedades occidentales. En este sentido, abundantes elementos estructurales del sistema jurídico y político del capitalismo considerados por Weber conservan en una sociedad pluralista como la nuestra plena actualidad, en forma de encrucijada, en el ámbito de la racionalidad, la legitimación o la burocratización. De ahí la oportunidad de la obra recensada y la conveniencia de su atenta y detenida lectura a la que se anima sin reserva desde estas líneas.



La Responsabilidad social de Género. Cuadernos de Aranzadi Social

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Thomson Reuters - Aranzadi

Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 276.

[REBECA KARINA APARICIO ALDANA
Doctoranda del Departamento de Derecho al Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid]

La monografía elaborada por el Profesor Titular en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad a Distancia de Madrid, Dr. DJAMIL KAHALE CARRILLO sobre *La Responsabili-*

dad Social de Género, contiene un tema de incuestionable actualidad y de significativa importancia que el autor desarrolla con la suficiencia de saberse conocedor del mismo, en tanto, en varias ocasiones anteriores, ha hecho muestra de esplendidos trabajos que inciden en la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres. Esta vez, por vocación, desarrolla su investigación con incidencia en la relación laboral, por lo que esta obra constituye una valiosa contribución a la aplicación de políticas de igualdad en las empresas basada en una revisión normativa sobre la igualdad de mujeres y hombres vista desde distintas perspectivas y en un análisis jurisprudencial, bibliográfico y documental que enriquece la investigación y la convierte en una herramienta práctica y de aplicación eficiente para los operadores jurídicos y de recursos humanos.

En el Capítulo I «Desarrollo legislativo del Principio de Igualdad entre mujeres y hombres» el autor analiza los diferentes textos normativos sobre igualdad entre mujeres y hombres tanto internacionales sobre derechos humanos como en el ordenamiento jurídico español recalando el matiz que los Tribunales Supremo y Constitucional han desarrollado sobre el, legalmente recogido, principio de igualdad.

En el ámbito internacional determina la importancia de las periódicas Conferencias Mundiales sobre la mujer destacando entre ellas la Conven-

ción sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer y la IV Conferencia Mundial, en el que se aprueba la declaración de Beijing y la Plataforma de acción para garantizar los derechos de la mujer, en tanto que ambos documentos proclaman los derechos de las mujeres como derechos fundamentales.

En el ámbito comunitario pone énfasis en dos instrumentos en materia de igualdad por una parte la Directiva 2002/73/CE 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 profesional y a las condiciones de trabajo y por otro la Directiva 2004/113/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; y en la clasificación del principio de igualdad elaborado por la doctrina dentro del conjunto de instrumentos comunitarios.

Con respecto al ordenamiento jurídico español nos introduce al reconocimiento constitucional del principio de igualdad esbozando su importancia como valor superior del ordenamiento jurídico en un Estado Social y Democrático de Derecho que vincula a los Poderes Públicos a su realización efectiva, en tanto derecho fundamental de naturaleza transversal con un registro abierto a la proscripción de todo tipo de discriminación. Luego, en tanto para esta investigación las exclusiones o tratos diferenciados en razón de sexo constituyen el eje central del estudio, reseña el contenido de las distintas disposiciones normativas españolas que regulan directa o indirectamente el principio de igualdad en razón de sexo con especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH).

En el Capítulo II «El fundamento constitucional de la Ley de Igualdad» KAHALE CARRILLO, teniendo como base la normativa constitucional, empieza delimitando las competencias específicas y compartidas entre Estado y Comunidades Autónomas en torno al desarrollo de la LOIMH resaltando los problemas que genera la terminología difusa utilizada por esta norma legal a la hora de definir las facultades y competencias de estas dos organizaciones territoriales. Finalmente se cuestiona sobre la naturaleza orgánica

de la LOIMH exponiendo y analizando los argumentos, a favor y en contra, de tal condición rematando el capítulo con una sólida y sostenida posición a favor de la naturaleza orgánica de esta disposición legislativa.

En la tercera parte de esta investigación denominada «Responsabilidad social de las empresas (RSE)» el autor ahonda en el significado de este término como concepto Comunitario, que aún se encuentra en elaboración recalando que el término «responsabilidad social de las empresas» comenzó a desarrollarse en España a partir de la iniciativa del antiguo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con la representación de varios ministerios y expertos provenientes de grupos empresariales, organizaciones de la sociedad civil y las universidades a través de Foro de Expertos en RSE. Paso siguiente KAHALE CARRILLO atiende a la regulación del concepto de Responsabilidad Social de las empresas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y en la normativa autonómica destacando, por último, el impulso que la Fundación Luis Vives, con el apoyo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ha desarrollado en torno a la innovación y competitividad en las estrategias empresariales de Responsabilidad social.

El Capítulo IV «Responsabilidad social de género» analiza este concepto desde la perspectiva de la LOIMH destacando el empoderamiento que esta ley otorga a las mujeres para conseguir una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en las empresas. El autor nos ilustra detallando los principios que el Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas han elaborado con el objetivo de empoderar a las mujeres para que participen activamente en todos los sectores y a todos los niveles de la actividad económica con el fin de construir economías más fuertes, establecer sociedades más justas y estables, alcanzar los objetivos de desarrollo, sostenibilidad y derechos humanos pactados en el ámbito internacional, mejorar la calidad de vida de la sociedad en general y promover las prácticas y objetivos empresariales. Asimismo resalta que los principios de respeto por la igualdad y de gestión empresarial respon-

sable de la LOIMH responden en su mayoría a las pautas internacionales y normas de la RSE para lo cual elabora una tabla explicativa de los estándares internacionales de Responsabilidad social de las empresas donde, magistralmente, resume los aportes de las normas internacionales sobre este tema. Luego analiza y detalla las principales acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad destacando la participación de los sindicatos y del Gobierno en la puesta en marcha de estas actividades y en su publicidad, promoviendo de esta forma su real ejercicio, atendiendo incluso a las acciones contra la publicidad engañosa, que podría producirse en caso que alguna empresa publicite una actividad de responsabilidad social que no haya puesto en marcha o no ejecute adecuadamente. Por último se detiene en la participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles haciendo hincapié en la presencia equilibrada de mujeres y hombres en esta parte de la estructura empresarial.

El Capítulo V «Los Planes de acción en la Responsabilidad Social de Género» empieza destacando que la LOIMH no señala cómo debe integrarse en las empresas la Responsabilidad Social de Género, sólo dispone que las mismas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza destinadas a promover condiciones de igualdad entre mujeres y hombres en el seno de la empresa o en su entorno social. Por ello, para la elaboración de los planes de igualdad es necesario, señala el autor, un real compromiso de las empresas en el desarrollo de estos planes. Para ello será necesario generar toda una estructura de organización, seguimiento y evaluación de los planes de igualdad donde se involucre la participación activa de la Alta dirección y dirección de la empresa y de los representantes de los trabajadores. El autor se detiene en cada una de las fases de elaboración de los planes de igualdad desde la formalización del compromiso, la conformación de un comité de igualdad, el proceso de formación sobre igualdad y oportunidades, la comunicación, información y sensibilización de la plantilla sobre el compromiso de la organización con la igualdad de oportunidades, el diagnóstico o balance de la

situación de la empresa respecto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para identificar las áreas que deben ser modificadas; lo que será de gran utilidad para la elaboración posterior del plan de igualdad en donde se recogerán, como objetivos, los indicadores de mejora para integrar la igualdad entre mujeres y hombres en la organización empresarial, de tal forma que se logre reducir los desequilibrios detectados y prevenir las inestabilidades futuras, para lo cual será necesario, según el autor, contar con el apoyo de la empresa quien deberá destinar los recursos humanos y materiales suficientes para el cumplimiento de los objetivos señalados, resultando indispensable el seguimiento y evaluación de las acciones ejecutadas con el fin de comprobar la consecución de los objetivos propuestos consolidando, además, el compromiso mediante mecanismos de negociación colectiva y códigos de conducta empresariales.

En el Capítulo VI «La Gestión de los recursos humanos para la integración de la igualdad en la responsabilidad social de las empresas» KAHALE CARRILLO nos presenta las particulares acciones que en gestión de recursos humanos deben desarrollar las empresas en relación al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, entre ellas la elaboración y aplicación de los planes de igualdad de acuerdo a lo contenido en la LOIM en los procesos de selección y contratación de personal, clasificación profesional, promoción profesional y desarrollo de carrera, formación, sistema retributivo, condiciones de trabajo, conciliación de la vida laboral y familiar, salud laboral, acoso laboral, sexual y por razón de sexo concluyendo con los alcances de la responsabilidad social corporativa dentro de la empresa.

El Capítulo VII «Los beneficios de la responsabilidad social de género» demuestra las ventajas que las políticas de igualdad entre hombres y mujeres puede significar para las empresas. El autor detalla los beneficios empresariales tanto generales como específicos que estas políticas generan concluyendo que tales beneficios hacen atractiva su implantación en las organizaciones empresariales y promueven, a la larga, el desarrollo de la sociedad en su conjunto, pues el aumento de productividad

y de ingresos de la mujer fomenta la industria y la economía en general.

En el último Capítulo «La nueva Fórmula para integrar la igualdad de género» el autor destaca, como elemento innovador para integrar la igualdad de género, el distintivo empresarial en materia de igualdad que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad crea por mandato de la LOIMH para reconocer la excelencia de las empresas en la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras, analizando sus requisitos y las obligaciones que supone el uso del distintivo para las empresas que lo obtengan quienes, para usarlo, deberán promover activamente la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El libro finaliza con las conclusiones del autor y un adjunto de anexos de extraordinaria valía, en tanto complementan perfectamente el contenido de la investigación presentando una serie de tablas y cuadros de apoyo que esquematizan cuestiones, tan importantes, como, entre otras, la normativa básica reguladora de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, la

igualdad de oportunidades, las causas de desproteccionamiento del capital humano, etc. Además adjunta, a modo de ejemplo, la Convocatoria del distintivo de igualdad en la empresa 2011, su formulario de solicitud, las declaraciones a presentar y las instrucciones para su cumplimentación, así como las empresas que, en ese año, logran obtener el distintivo. Por último nos presenta el conjunto de Convenios colectivos que aluden a la Responsabilidad social de las empresas con un periodo de vigencia de 2001-2012.

Este libro constituye, entonces, una prueba más del rigor sistematizador y analítico del Profesor KAHALE CARRILLO acompañado en todo momento por un lenguaje cuidadoso y sobre todo avocado a la práctica, por su claridad y su preocupación por la ejemplificación y el detalle; por lo que se recomienda su lectura. Estas características constituyen un rasgo constantemente buscado por el autor y ello se agradece enormemente. Por último, hay que destacar que la obra que se reseña ha sido galardonada por Forética, MSD, con colaboración de la Fundación Carolina, con el V Premio a la investigación en ética empresarial 2012.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista de 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.